POBREZA Y DESIGUALDAD
PROSPECTIVA 2030

MAGDALENA
CORREA HENAO

DANIELA
AMAYA CASTRO

MARIO ANDRÉS
OSPINA RAMÍREZ

FEDERICO
SUÁREZ RICAURTE

EDITORES

POBREZA Y DESIGUALDAD
PROSPECTIVA 2030

XXI JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO EN TRANSFORMACIÓN.
PROSPECTIVA 2030

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Pobreza y desigualdad. Prospectiva 2030 : XXI Jornadas de Derecho Constitucional Constitucionalismo en Transformación. Prospectiva 2030 / Magdalena Correa Henao, Daniela Amaya Castro, Mario Andrés Ospina Ramírez, Federico Suárez Ricaurte (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2021.
708 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587906585

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos -- Congresos, conferencias, etc. 2. Derechos humanos – Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 3. Pobreza – Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 4. Desigualdad social -- Aspectos jurídicos – Colombia -- Congresos, conferencias, etc. 5. Indígenas de Colombia -- Condiciones sociales -- Congresos, conferencias, etc. 6. Colombia -- Política social -- Congresos, conferencias, etc. I. Correa Henao, Magdalena Inés, editora II. Amaya Castro, Daniela, editora III. Ospina Ramírez, Mario Andrés, editor IV. Suárez Ricaurte, Federico, editor V. Universidad Externado de Colombia VI. Título

342.22 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
septiembre de 2021

ISBN 978-958-790-658-5

© 2021, MAGDALENA CORREA HENAO, DANIELA AMAYA CASTRO, MARIO ANDRÉS OSPINA RAMÍREZ, FEDERICO SUÁREZ RICAURTE (EDITORES)
© 2021, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2021

Imagen de cubierta: José Luis Cote
Corrección de estilo: Javier Correa Correa
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MAGDALENA CORREA HENAO
MARIO OSPINA RAMÍREZ
FEDERICO SUÁREZ RICAURTE
DANIELA AMAYA CASTRO
GERMÁN MEDARDO SANDOVAL TRIGO
JOHANN DILAK JULIO ESTRADA
FLORALBA PADRÓN PARDO
DANIEL RIVAS RAMÍREZ
LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA
LAURA DANIELA GONZÁLEZ ROZO
MARICARMEN MOVIL GÁMEZ
NARLLY VIVIANA ESPAÑA ENRÍQUEZ
AGUSTINA PALACIOS
SERGIO CAMILO SÁNCHEZ GAITÁN
PABLO ARTURO DURÁN BONILLA
CONSTANZA BLANCO BARÓN
DAVID ENRIQUE BETANCOURT CRUZ
PAULA ROBLEDO SILVA
ANDREA LLOREDA FLÓREZ
FÉLIX BURGOS MÉNDEZ

CONTENIDO

Presentación 13

PRIMERA PARTE
DEFINICIONES Y ORIGEN DEL PROBLEMA

Capítulo I
Pobreza y desigualdad: conceptos y decisiones normativas 21
Magdalena Correa Henao, Mario Ospina Ramírez, Federico Suárez Ricaurte y Daniela Amaya Castro

Capítulo II
Desnaturalizar la igualdad: revolucionar al Estado en el siglo XXI 77
Germán Medardo Sandoval Trigo

SEGUNDA PARTE
ACCESO A BIENES PÚBLICOS Y SITUACIÓN EXTREMA
DE LOS GRUPOS VULNERABLES

Capítulo III
El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16 135
Johann Dilak Julio Estrada, Floralba Padrón Pardo y Daniel Rivas Ramírez

Capítulo IV
El internet como herramienta para la construcción de una sociedad más igualitaria 189
Luz Mónica Herrera Zapata y Laura Daniela González Rozo

Capítulo V
Pobreza en las comunidades indígenas wuayúu de La Guajira y caminos para la incorporación de las TIC en la educación 253
Maricarmen Movil Gámez

Capítulo vi
La etnorreparación a favor de pueblos indígenas: la necesidad del fortalecimiento de la actividad judicial en la protección de la diversidad cultural 289
Narlly Viviana España Enríquez

Capítulo vii
Igualdad inclusiva y personas con discapacidad. Algunas reflexiones a la luz de la Observación General n.° 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 347
Agustina Palacios

Capítulo viii
Los derechos fundamentales de los adultos mayores en un contexto de igualdad. Su necesaria garantía para la consolidación de la Agenda 2030 407
Sergio Camilo Sánchez Gaitán

TERCERA PARTE
MODELO ECONÓMICO, SISTEMA FINANCIERO Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL: ENTRE LA EFICIENCIA Y EL INTERÉS GENERAL

Capítulo ix
Inversión extranjera y Derecho de la inversión extranjera en América Latina: retroceso económico y jurídico 447
Federico Suárez Ricaurte y Pablo Arturo Durán Bonilla

Capítulo x
Intervención del Estado en el sistema financiero: entre la corrección de fallas de mercado y las funciones del Estado Social de Derecho 489
Constanza Blanco Barón

Capítulo xi
The International Intellectual Property Law Regime: An Imperial Tool 527
David Enrique Betancourt Cruz y Federico Suárez Ricaurte

CUARTA PARTE
POLÍTICAS DE DESARROLLO COMO RESPUESTA FRENTE A ESCENARIOS DE POBREZA Y DESIGUALDAD

Capítulo xii
El papel de las regiones en la Agenda 2030 577
Paula Robledo Silva

Capítulo xiii
El derecho al desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 613
Andrea Lloreda Flórez

Capítulo xiv
Deporte para el desarrollo y la paz 677
Félix Burgos Méndez

Este libro surge como una iniciativa del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, en el marco de las XXI Jornadas de Derecho Constitucional *Constitucionalismo en transformación: prospectiva a 2030*. Un proyecto académico con el que el equipo de profesorxs e investigadorxs del Departamento queremos propiciar debates rigurosos, creativos e incluyentes de reflexión, para enfrentar o superar, en el mediano plazo, algunos de los más acuciantes problemas e incumplimientos de la promesa universal de los Derechos Humanos y la Democracia.

Ciertamente esta exploración nos llevará por distintos ámbitos del conocimiento. Dentro de ellos, este volumen se ocupa de la pobreza y la desigualdad analizados desde distintos ámbitos del Derecho público que, junto con la economía, la tecnología, las políticas públicas o la antropología, entre otros, se atiende a la pregunta general de cómo encarar su existencia, su aumento y las enormes rupturas que crea en el orden total de las sociedades políticamente organizadas[1]. Recoge, pues, un análisis desde los presupuestos del Derecho constitucional y del Derecho internacional público y de los Derechos Humanos, por ser ámbitos de la ciencia jurídica y herramientas de análisis útiles para revelar algunas de las causas, contradicciones y desafíos que tanto la pobreza como la desigualdad representan en la realidad social actual y en prospectiva 2030.

Reflexiones que cobran mayor importancia en un estado actual de cosas, en el que las crisis económicas, sociales y políticas nacionales e internacionales, sumadas a la crisis por la Covid-19, tienen un efecto abrumador sobre el bienestar de la población en general, aunque con un mayor impacto sobre las condiciones de existencia de sujetos y comunidades histórica y estructuralmente sujetos a privaciones y abandono del Estado y del mercado. Esta problemática de exclusión social y económica no cuenta con una sino con muchas aristas que, asimismo, requieren de múltiples y diversas respuestas de la academia para lograr una transformación verdadera.

De aquí que el presente libro esté conformado por catorce escritos que abordan problemas específicos diversos pero que, en últimas, resultan trans-

1 En efecto, incluye contribuciones de profesores de los Departamentos de Derecho Constitucional, Derecho Económico, Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho del Transporte e Infraestructura de la Facultad de Derecho del Externado, así como de investigadorxs que atendieron a nuestro *call for papers*.

versales a la pobreza y la desigualdad y a la búsqueda de alternativas eficaces para mitigarlas. Así, por razones metodológicas estos capítulos se ordenan en torno a cuatro ejes fundamentales: i) Definiciones y origen del problema; ii) Acceso a bienes públicos y situación extrema de grupos vulnerables; iii) Modelo económico, sistema financiero y Derecho económico internacional: entre la eficiencia y el interés general, y iv) Políticas de desarrollo como respuesta frente a escenarios de pobreza y desigualdad. A continuación, una breve síntesis del contenido de cada uno de estos ejes.

I. DEFINICIONES Y ORIGEN DEL PROBLEMA

En el capítulo primero presentamos un estudio preliminar sobre los conceptos fundamentales que se emplean a lo largo de la obra, como punto de partida fundamental para comprender los diversos enfoques utilizados, su conexidad y las problemáticas que plantean. En este estudio se abordan las principales nociones sobre pobreza y desigualdad tanto desde una perspectiva teórica como práctica, en conexión con las problemáticas abodadas por los autores de esta obra.

En el capítulo segundo se presenta un estudio sobre el carácter colonial de la desigualdad en América Latina y el impacto que este fenómeno ha tenido –y sigue teniendo– en la construcción piramidal de las estructuras sociales. El autor realza la importancia de deconstruir la tradición colonial del eje político estatal a efectos de hallar una salida sólida y duradera a los problemas de desigualdad.

II. ACCESO A BIENES PÚBLICOS Y SITUACIÓN EXTREMA DE LOS GRUPOS VULNERABLES

En el capítulo tercero se esbozan los elementos problemáticos del Índice de Acceso Efectivo a la Justicia (IAEJ 2017), el cual se constituye en una herramienta para conocer el grado de satisfacción y cumplimiento del derecho al acceso de la justicia en Colombia. En el escrito se proponen ajustes para que dicho índice se constituya en una herramienta adecuada para la adopción de políticas públicas.

En el capítulo cuarto se analiza la relación que existe entre el acceso a internet y la construcción de una sociedad más igualitaria. Las autoras examinan el estado actual de desconexión en el país, la normativa en torno

al tema y las recomendaciones que consideran pertinentes en prospectiva 2030. De esta forma, concluyen que en Colombia la brecha digital sigue siendo una asignatura pendiente, situación que se ha agravado con la llegada del Covid-19.

En el capítulo quinto, la autora describe las barreras que enfrentan las comunidades indígenas para acceder a las TIC, las que, a su juicio, tienen incidencia directa en el acceso a la educación de calidad y en condiciones de igualdad frente a los demás. En particular, aborda de manera práctica la situación de extrema pobreza en que vive la comunidad wayúu de La Guajira, y las principales limitaciones que esta enfrenta para el acceso a las TIC.

En el capítulo sexto, la autora plantea la necesidad de adoptar criterios culturales y fortalecer las estructuras judiciales en los procesos de reparación a favor de los pueblos indígenas, a fin de garantizar la protección de la diversidad cultural. Todo ello a partir de la resignificación del derecho a la igualdad como expresión del respeto a la diferencia e identidad colectiva de los pueblos indígenas.

En el capítulo séptimo se describe el alcance del modelo de "igualdad inclusiva", el cual ha sido acogido en la Observación General n.º 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el cual se compone de 4 acciones: corregir desventajas, contrarrestar los prejuicios, ampliar la participación y ajustar la diferencia. La autora profundiza en cada una de estas dimensiones y realza su importancia en el contexto de la discapacidad y los Derechos Humanos.

En el capítulo octavo se presenta un estudio sobre la protección constitucional de los derechos de los adultos mayores, centrando el examen en el derecho a decidir y en el impacto que ha tenido el discurso paternalista sobre este derecho, todo de cara al Objetivo de Desarrollo Sostenible n.º 10 de la Agenda 2030. El autor también aborda los desafíos que representa este objetivo tanto para el legislador como para la Corte Constitucional colombiana.

III. Modelo económico, sistema financiero y derecho económico internacional: entre la eficiencia y el interés general

En el capítulo noveno, los autores realizan un análisis del Derecho de inversión extranjera en América Latina y en Colombia desde una perspectiva económica y jurídica. El estudio pone en evidencia que, dentro de este

ámbito geográfico, el régimen de arbitraje de inversiones ha favorecido a los países exportadores de capital y los derechos de propiedad privada de las grandes corporaciones.

En el capítulo décimo, la autora plantea la tensión que surge entre el principio de eficiencia –que gobierna la obligación del Estado de intervenir en el sistema financiero para corregir fallas del mercado– y el principio de equidad –que informa las funciones del Estado Social de Derecho–. El análisis se realiza en el marco del sistema constitucional colombiano y, además de discutir la mencionada dicotomía, propone soluciones que propenden por la mitigación de la pobreza.

En el capítulo décimo primero, los autores ponen de presente las dinámicas inequitativas del sistema de patentes, lo que subyace de la interacción de diferentes componentes, como son los acuerdos bilaterales de inversión, el régimen internacional de propiedad intelectual y las cadenas globales de valor, lo que a su vez provoca un escenario de desigualdad global, situación que tiene mayor impacto en tiempos de Covid-19.

IV. POLÍTICAS DE DESARROLLO COMO RESPUESTA FRENTE A ESCENARIOS DE POBREZA Y DESIGUALDAD

En el capítulo décimo segundo, la autora analiza cuál es el papel de las regiones frente a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), los que, en el ámbito colombiano, cobraron especial relevancia normativa una vez fueron incorporados al Plan Nacional de Desarrollo que se adoptó en el año 2018. El escrito pone de presente la trascendencia de las entidades territoriales y su responsabilidad en la materialización de las metas de la Agenda 2030.

En el capítulo décimo tercero, la autora define cuál es el alcance del derecho al desarrollo y cómo ha sido su aplicación en el ámbito jurisdiccional, principalmente en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La autora halla la justiciabilidad del derecho al desarrollo como un elemento determinante para la reducción de la pobreza, que encuentra sustento en diferentes instrumentos internacionales e incluso en la jurisprudencia misma de diferentes cortes de Derechos Humanos.

En el capítulo décimo cuarto, el autor explica en qué consiste la fórmula "deporte para el desarrollo y la paz", la cual se constituye en una herramienta para reducir la brecha de pobreza y desigualdad extremas. Para ello, el autor hace un análisis teórico del concepto de "deporte para el desarrollo", que al

final concreta mediante una serie de ejemplos de casos reales en Colombia y Latinoamérica, que revelan la importante contribución del deporte en la educación, comunicación e integración social.

En suma, se trata de una obra que, aunque gira en torno a un mismo eje temático, se construye mediante diferentes perspectivas de la ciencia jurídica y en clave de las soluciones a la pobreza y la desigualdad que cada autor(a), desde su experticia interdisciplinaria, proyecta a 2030.

La obra surge en un momento en que la brecha de pobreza y desigualdad extrema se acentúa debido a los efectos del Covid-19. Según las cifras que publica el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística), en Colombia, a junio del 2020, la cifra de desempleo ya se acercaba al 20%. Situación que puede resultar aún más preocupante si se tiene en cuenta la fragilidad en las fuentes de ingreso –con alta incidencia de la informalidad– y las condiciones de vulnerabilidad en el acceso a los bienes y servicios básicos del segmento mayoritario de la población. El resultado: se estima que habrá un retroceso de entre 10 y 20 años en la lucha contra la pobreza y la desigualdad. Quizá con algunas variaciones porcentuales, muy seguramente será una realidad común en diferentes zonas y espacios geográficos de la región.

La importancia de la obra radica no solo en las reflexiones que aporta desde una dimensión teórica, sino también en las propuestas que plantean lxs autorxs para la búsqueda de soluciones que resulten acordes con una realidad que es altamente fluctuante. De tal modo que, se constituye en una herramienta útil para lxs estudiantxs e investigadorxs; para las personas que hacen parte de entidades estatales e instituciones no gubernamentales, y, en general, para las personas de la sociedad civil que día a día trabajan por la construcción de una sociedad más igualitaria.

Esperamos que la situación actual sea el punto de partida para el ascenso a una nueva era de progreso inclusivo, desarrollo sostenible, igualdad de oportunidades y apertura al conocimiento. Ahora más que nunca vale la pena ser laboriosos y obreros del sueño democrático.

PRIMERA PARTE
DEFINICIONES Y ORIGEN DEL PROBLEMA

CAPÍTULO I

Pobreza y desigualdad: conceptos y decisiones normativas

Poverty and inequality: Concepts and normative decisions

MAGDALENA CORREA HENAO*
MARIO OSPINA RAMÍREZ**
FEDERICO SUÁREZ RICAURTE***
DANIELA AMAYA CASTRO****

RESUMEN

La pobreza y la desigualdad, en todas sus dimensiones, dan cuenta de uno de los desafíos más importantes de nuestra época. Este capítulo presenta un estudio preliminar sobre las nociones más importantes de estos dos conceptos y los diversos enfoques y dimensiones que estos merecen debido a su compleja significación. Así entonces, ubicados en la región más desigual del mundo y en Colombia –el tercer país más desigual de esta–, además de esclarecer el panorama frente a estos dos conceptos polimorfos, se introducen algunas de las reflexiones más importantes en la materia.

PALABRAS CLAVE

Pobreza; Desigualdad; Pobreza extrema; Desigualdad extrema; Exclusión.

ABSTRACT

Poverty and inequality, in all their dimensions, account for one of the most important challenges of our time. This chapter presents a preliminary study of the most important notions of these two concepts and the various approaches and dimensions that they deserve due to their complex significance. So then, located in the most unequal region in the world and in Colombia –the

---

* Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España; Máster en Administración y Gestión Pública de la Universidad de Amberes y Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

** Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Docente Investigador de la misma institución. Máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Máster y Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

*** Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Docente Investigador de la misma institución; Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia; Máster en Derecho Internacional Comercial con Derecho Internacional en la Universidad de Kent, Inglaterra; Investigador visitante en el Instituto de Derecho Transnacional del King's College de Londres e Investigador visitante del Nathanson Centre de Osgoode Hall Law School de York University en Toronto.

**** Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia, candidata a magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos de la misma Universidad. Actualmente investigadora asistente del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

third most unequal country in this–, in addition to clarifying the panorama in front of these two polymorphic concepts, some of the most important reflections on the matter are introduced and it opens a window to all those addressed by the authors of this book.

KEYWORDS

Poverty; Inequality; Extreme Poverty; Extreme Inequality; Exclusion.

INTRODUCCIÓN

En este primer capítulo se presenta un estudio preliminar que tiene por objeto esclarecer la compleja significación de la pobreza y la desigualdad, a los efectos de explicar la diversidad de enfoques y perspectivas con que se asumen y enfrentan. Una revisión que de modo inevitable se completará con la referencia a la profundización que una y otra han tenido con ocasión de la pandemia y que por tanto hacen aún más urgente su reconocimiento y atención como problemas estructurales de las sociedades todas.

Ahora bien, aunque en efecto la pobreza y la desigualdad se aprecian tanto en los países desarrollados como en los que no lo son, el campo de observación que empleamos será el de América Latina y en particular el de Colombia. Con esto no se pretende formular una conceptualización propia o específica para dichos ámbitos geográficos, sino ilustrar la forma como las definiciones se manifiestan o expresan en ellos.

De la misma manera, la pobreza y desigualdad son relevantes para estas áreas del Derecho público en la medida en que desdicen, en términos de resultados efectivos, el Estado de Derecho, el constitucionalismo en todas sus versiones (liberal, social, postsocial, financiera, ecológica), la idea de justicia y de paz mundial en la que se ha fundado el Derecho internacional y, más claro aún, la economía de mercado como el sistema que mejor asegura el ejercicio fáctico y universal de la libertad, de la democracia y la consolidación del bienestar.

Cada año mueren alrededor ocho millones de personas en el mundo por las dificultades que enfrentan para acceder a alimentos que les garanticen un nivel mínimo de kilocalorías, a medicamentos, a un sistema de salud adecuado, a agua potable, entre otros bienes básicos de subsistencia. Estos resultados, sumados al crecimiento económico y el conocimiento alcanza–

dos y al poder de la tecnología, constatan el talante aparente, defectuoso y malogrado de la racionalidad de las teorías y proyecciones con las que se defiende vehementemente la apertura hacia el libre mercado, la propiedad intelectual, las patentes, la seguridad jurídica de las inversiones, la desregularización, el objetivo de maximización de la utilidad, la necesidad de un sistema financiero privatizado, estable y fuerte.

Así las cosas, la tesis que sostendremos a lo largo de este estudio es que a pesar de sus diferencias, las nociones de pobreza y desigualdad confluyen en determinar condiciones de existencia y exclusión social ajenas a las promesas de libertad, igualdad y dignidad humana de la cultura dominante, cuya persistencia explica las inconsistencias e incoherencias de dicho discurso y de la fuerza subyacente del individualismo liberal que aún prevalece en los fundamentos y en el funcionamiento de los Estados democráticos y sociales de derecho.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE POBREZA

Los estudios científicos sobre el reconocimiento de la pobreza como problemática socioeconómica se remontan a finales del siglo XIX, época en la que el filántropo e investigador británico Charles Booth intenta medir matemáticamente la pobreza por primera vez[1]. No fue sino hasta la década de los 40 cuando se logró medir la pobreza a escala mundial, por medio de informes del Banco Mundial[2].

A pesar de las dificultades en establecer los diversos alcances que la noción de pobreza ha tenido dentro de los diferentes sistemas de valores y organización social, política y económica que han existido a lo largo de la historia, se ha entendido como una expresión que contiene un significado

---

1 Booth, Charles. Life and labour of the people in London: first results of an inquiry based on the 1891 census. 1893. Journal of the Royal Statistical Society, vol. 56, n.º 4, pp. 557-593.

2 En aquellos informes el Banco Mundial utilizaba un método de medición muy simple, que en la actualidad ha sido muy controvertido: países de renta mayor al umbral (100 dólares de renta por habitante) y países de renta inferior que, en consecuencia, se empezaron a denominar 'pobres' entre la comunidad internacional. Vid. Bazán-Ojeda, Abigail; Quintero-Soto, María Luisa y Hernández-Espitia, Aurea Leticia. Evolución del concepto de pobreza y el enfoque multidimensional para su estudio. *Quivera Revista de Estudios Territoriales*, vol. 13, no 1, 2011, pp. 207-219.

negativo: el de ser una condición en la que se encuentran personas y grupos que soportan carencias que se traducen en la precariedad de su existencia[3].

La consideración de la pobreza como un mal social es casi universal[4]. Hasta Adam Smith, prominente defensor del *laissez-faire*, afirmó que "ninguna sociedad puede ser próspera y feliz cuando la mayor parte de los miembros de su población son pobres y miserables"[5]. En esa misma línea, Smith define la pobreza como la ausencia de aquellas necesidades que, según la costumbre de cada país, sea indecente para todas las clases soportar su carencia.

Por su parte, en 1973 el entonces presidente del Banco Mundial, Robert NcNamara, afirmó que las personas en situación de pobreza se caracterizaban por encontrarse en unas condiciones de vida tan degradadas por la enfermedad, el analfabetismo, la desnutrición y la miseria, que niegan a sus víctimas las necesidades humanas fundamentales. Negando así, de contera, su propia dignidad humana[6].

Solo hasta la década de los 80 se empezó a hablar de pobreza como un fenómeno multidimensional, es decir, que debe ser abarcado desde la cantidad de ingresos o renta, pero también desde el acceso a la educación, el nivel de sanidad, entre otras necesidades básicas de subsistencia. Y no fue sino hasta 1997 cuando por primera vez el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su informe anual sobre Desarrollo Humano fractura el *statu quo* para fijar una nueva significación multidimensional de pobreza: llevar una vida larga y saludable, tener educación y disfrutar de un nivel de vida decente[7].

Por su parte, la pobreza extrema, también llamada "pobreza absoluta", "pobreza crítica", "pobreza aguda", "indigencia", "miseria"[8], se diferencia de la pobreza moderada en tanto que la primera representa mayores limitaciones en el acceso a recursos, bienes y servicios para satisfacer necesida-

---

3 Beaudoin, Steven M. Poverty in world history. Routledge. 2006, p. 10.

4 Gasparini, Leonardo; Cicowiez, Martín; Sosa Escudero, Walter. Pobreza y desigualdad en América Latina: conceptos, herramientas y aplicaciones. Documentos de Trabajo del CEDLAS.

5 Smith, Adam. *Riqueza de las naciones* (1776). Madrid: Alianza, 1994, vol. 37, pp. 67-72.

6 Macnamara, Robert Strange. One Hundred Countries, Two Billion People. The Dimensions of Development. Praeger, 1973.

7 PNUD. *Informe sobre desarrollo humano 1997*. Mundi-prensa. New York (EUA), 1997.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164, 2017.

des básicas[9], lo cual traduce a su vez una mayor afectación a la dignidad y autodeterminación del ser humano.

A partir de allí la definición de "pobreza" plantea enormes retos y dificultades, en cuanto a sus contenidos atribuibles, a su medición, a sus alteraciones en el tiempo.

1.1. LAS SIGNIFICACIONES DE LA POBREZA

Siguiendo la pauta metodológica formulada por Paul Spicker de no buscar un único núcleo definitorio dentro de las múltiples significaciones de la pobreza, se pueden destacar 4 enfoques distintos[10], a saber: pobreza como situación económica; como concepto material; como condiciones sociales, y como un juicio moral. A continuación, se explica cada uno de ellos.

1.1.1. POBREZA COMO PRODUCTO DE FACTORES ECONÓMICOS

A lo largo de los años, el significado de la pobreza se ha abordado como un problema asociado a la ausencia de factores económicos, principalmente[11]. Desde esta perspectiva, la literatura de investigación en la materia hace uso frecuente del concepto de "pobreza monetaria", concebida como la falta de ingreso o de poder adquisitivo mínimo para garantizar las necesidades básicas de subsistencia (medida a partir del ingreso)[12]. En otras palabras, la pobreza monetaria mide el porcentaje de la población con una renta por debajo del mínimo de ingresos que se requieren para "adquirir una canasta de bienes (alimentarios y no alimentarios) que permiten un nivel de vida adecuado"[13].

---

9 Vera, Óscar Parra. Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. *Revista IIDH*, pp. 273-320.

10 Vid. Spicker, Paul. Definiciones de pobreza: doce grupos de significados. En *Pobreza: un glosario internacional*. Paul Spicker, Sonia Álvarez Leguizamón, David Gordon (eds.). CLACSO. Buenos Aires, 2009, p. 291.

11 Vid. Spicker, Paul, *op. cit.*, p. 294.

12 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, "Derechos Humanos y Pobreza Extrema: Informe del experto independiente Arjun Sengupta Human sobre cuestiones de derechos humanos y extrema pobreza". 2005, UN DOC: E/CN.4/2005/49, párr. 3.

13 Departamento Nacional de Planeación, 2012. Metodologías oficiales y arreglos institucionales para la medición de la pobreza en Colombia (Documento CONPES Social 150). Bogotá: DNP.

Su fijación, expresada en términos monetarios, parte en principio de variables comunes que le otorgan una cierta objetividad. No obstante, dejando de lado la aún más estrecha medición de la pobreza extrema[14], definir la pobreza monetaria depende del significado atribuido al nivel de vida adecuado como estándar mínimo por debajo del cual se encuentran los individuos y familias que se consideran pobres[15]. A este umbral mínimo de vida digna se le conoce técnicamente como la "línea de pobreza" y al respecto la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha observado que los diferentes organismos que se proponen medir la pobreza por lo general utilizan una línea o umbral distinto. En efecto, según la CEPAL, es evidente "la heterogeneidad de procedimientos y supuestos utilizados en los países de la región en sus mediciones y (…) las diferencias en los niveles de bienestar implícitos en las mediciones resultantes", lo que impide "una comparación directa de las tasas de pobreza provenientes de las mediciones nacionales (…) toda vez que no es posible aislar cuánto de las diferencias observadas proviene de los hechos y cuánto de los mecanismos diseñados para medirlos"[16].

Como corolario, el Banco Mundial ha desarrollado una "línea global de pobreza extrema", es decir "un nivel de ingresos para determinar la población que a nivel mundial se consideraría en situación de pobreza extrema"[17]. En un principio, esta línea fue fijada en US $1,25 al día, pero actualmente fue actualizada a US $1,90[18]. Sin embargo, en razón de las diferencias en los niveles de bienestar que existen en cada región del planeta, el Banco Mundial encontró que, en lo que respecta a América Latina y el Caribe, en tanto

---

14 Se centra en los ingresos que tan siquiera permiten adquirir la canasta de bienes alimentarios mensuales.

15 En este sentido, Vid. OIT. "The framework of ILO action against poverty" en RODGERS, G. (ed.) The poverty agenda and the ILO (Ginebra: International Labour Organization). 1995. En donde la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que "al nivel más básico, individuos y familias son considerados pobres cuando su nivel de vida, medido en términos de ingreso o consumo, está por debajo de un estándar específico".

16 CEPAL. Medición de la pobreza por ingresos Actualización metodológica y resultados. Santiago, Naciones Unidas, 2018, p. 19. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44314/1/S1800852_es.pdf

17 Banco Mundial, Lac Equity Lab. Ver, Banco Mundial, Poverty and Inequality and Monitoring Latin America and the Caribbean: A Slowdown in Social Gains, 2016. p. 4.

18 *Ibíd*, p. 4.

el nivel económico de la región, la línea de pobreza debía ser más alta para poder cubrir las necesidades básicas de subsistencia *per cápita*[19].

Por esta razón, el Banco Mundial fijó la línea de pobreza extrema para América Latina y el Caribe en US $2,50 al día y, para el caso de la pobreza moderada, en US $4,00. Como resultado, encontró que el 25% de la población de la región vive con menos de US $4,00 al día[20]. A su vez el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), siguiendo exactamente la misma línea de pobreza para América Latina[21], encontró que tras la Covid-19 "el porcentaje de la población que vive en condiciones de pobreza extrema se incrementó de 12,1 a 16,2 por ciento, mientras que la pobreza moderada pasó de 11,7 a 14,6 en promedio[22]. Esto equivale a un incremento de 7 puntos porcentuales, es decir, un aumento de 44 millones de personas en condición de pobreza tras la pandemia"[23].

Resulta llamativo –por emplear un eufemismo– que los estimativos sobre los ingresos *per capita* que debe recibir una persona para hallarse por encima no ya de la línea de pobreza extrema sino de pobreza, parecen asociar el concepto de nivel de vida adecuado con la mera subsistencia[24] y no con

---

19 Banco Mundial, Trabajar por el Fin de la Pobreza en América Latina y el Caribe –Trabajadores, Empleos y Salarios, junio de 2015, p. 7.

20 Banco Mundial, LAC Equity Lab. Ver, Banco Mundial, Poverty and Inequality and Monitoring Latin America and the Caribbean: A Slowdown in Social Gains, 2016, p. 4.

21 El Banco Interamericano de Desarrollo agrega que la "clase vulnerable" es aquella que percibe entre US $4,00 y US $10,00 y que la "clase media" recibe un ingreso de entre US $10,00 y US $ 50,00. Y finalmente, la "clase de altos ingresos" es aquella con un ingreso mayor a US $ 50,00. Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo del BID n.° 591: Pobreza, Vulnerabilidad y la Clase Media en América Latina, 2015, p. 3.

22 Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Discusión n.° IBD-DP-820: Implicaciones Sociales de Covid-19: Estimaciones y Alternativas para América Latina y El Caribe, 2020, p. 21.

23 Guatemala, El Salvador y Ecuador son los países que reportan un mayor incremento de la población clasificada como pobre extremo, con incrementos de alrededor de 9.6, 7.2 y 7.1 puntos porcentuales, respectivamente. Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Discusión n.° IBD-DP-820: Implicaciones Sociales de Covid-19: Estimaciones y Alternativas para América Latina y El Caribe, 2020, p. 9.

24 Según lo señalado por el Banco Mundial, "Vivir con menos de US $3,20 al día refleja las líneas de pobreza en los países de ingreso mediano bajo, mientras que US $5,50 al día representan el parámetro en los países de ingreso mediano alto". Por lo demás, esta organismo de financiamiento internacional "mantiene su compromiso de lograr el objetivo de poner fin a la pobreza extrema –que se define como vivir con menos de US $1,90 al día– a más tardar en 2030". Banco Mundial, Comunicado de prensa, octubre 17/2018. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day. Igualmente, vid. The World Bank. "*Poverty and Shared Prosperity 2018: Piecing Together the*

unos ingresos que le permitan autodeterminarse y en su caso progresar[25]. Bajo el enfoque de Amartya Sen es posible plantearse la siguiente pregunta ¿Se adquiere libertad con US $1,90, US $2,50 o US $4,00 al día?[26].

Cabe advertir, por supuesto, que la literatura especializada manifiesta que de tiempo atrás se han venido ampliando los indicadores para medir la pobreza en términos monetarios, con miras a encontrar información más confiable y que represente las distintas realidades existentes al interior de los Estados[27]. La pobreza no afecta de manera igual a todos los diferentes grupos de la población de un Estado. En América Latina son particularmente visibles el impacto diferenciado de estos fenómenos entre quienes habitan en zonas urbanas o rurales, y entre quienes pertenecen a grupos humanos específicos, como las mujeres, los indígenas y la población afrodescendiente, los adultos mayores, la población infantil o las personas con menos escolarización[28].

En Colombia, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), consciente de la importancia de estos factores diferenciales, optó

Poverty Puzzle", Washington, 2018, 201 p. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30418/9781464813306.pdf.

25 Sobre Colombia, informa al respecto la Revista Portafolio: "Aunque suene increíble, para el Dane una persona (…) no pertenece a este grupo si sus ingresos [mensuales] son superiores a los $283.828 en zonas metropolitanas, y de $257.433 en zonas rurales. Sí, así como lo lee". Esto equivale aproximadamente a 79 y 75 dólares americanos, respectivamente, a una tasa representativa de 3600 pesos colombianos por dólar. Cfr HÉCTOR F. ZAMORA, Portafolio, mayo 3 de 2019. Disponible en: : https://www.portafolio.co/economia/que-es-ser-pobre-para-el-dane-en-colombia-529203. Vid. DANE. Boletín Técnico Pobreza Monetaria en Colombia Año 2018. Bogotá, 3 de Mayo/2019, p. 4. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/2018/bt_pobreza_monetaria_18.pdf.

26 Según la CEPAL, línea de pobreza se elabora con base en los siguientes criterios: (i) una canasta de consumo mínimo de alimentos básicos conforme a la composición de los hogares y de los requerimientos nutricionales de los mismos acordes a diversos parámetros; (ii) del valor de adquirir estos alimentos considerando precios promedio; y (iii) del ingreso de los hogares, medidos a través de la encuesta de hogares. De esta forma para superar la línea de indigencia o de pobreza extrema, se considera la capacidad de cubrir las necesidades kilo calóricas y nutricionales diarias. Posteriormente, a esta línea se suman otros bienes y servicios básicos, que varían en cada país y que pueden incluir el acceso al derecho a la vivienda, educación, salud, vestimenta, entre otros, que se consideran como mínimos para acceder a lo que se ha denominado calidad de vida. CEPAL, La Medición Multidimensional de la Pobreza, 2013. LC/L.3615 (CE.12/5). Ver también SEN, AMARTYA. Development as freedom. Oxford Paperbacks, 2001.

27 JUAN CARLOS FERES y XAVIER MANCERO. Enfoques para la medición de la pobreza. Breve revision. CEPAL, s.f., s.a. Disponible en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/enfoques-para-la-medicion-de-la-pobreza-breve-revision-de-la-literatura.pdf

28 Cfr. CEPAL. Panorama Social de América Latina. 2019. p. 104. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/44969-panorama-social-america-latina-2019.

por medir el costo per cápita mínimo de la canasta de bienes y servicios (alimentarios y no alimentarios) a partir del departamento[29] y la zona donde se ubica el análisis (rural/urbana)[30]. De esta manera se estableció una línea de pobreza diferente para cada uno de estos y, en consecuencia, se halló que la población rural colombiana es considerablemente más pobre que la urbana[31], y que los departamentos con mayores niveles de pobreza son el Chocó y La Guajira[32]. Tal análisis se enriqueció calculando a su vez los índices de pobreza que sufren las personas en cada una de estas zonas a partir del género, la edad, el nivel educativo, la situación laboral, la afiliación a seguridad social y el tamaño del hogar[33].

En particular, se encontró que en la mayoría de departamentos de Colombia los hogares que tienen jefatura femenina son los más azotados por la pobreza moderada y extrema. El caso más alarmante debido al impacto diferencial del fenómeno fue Antioquia, pues el 32,9% de hogares de jefatura femenina se encontraban en situación de pobreza monetaria, mientras que solo el 27,9% de hogares con jefatura masculina se encontraba en esa situación[34]. En el Chocó, el departamento con mayores índices de pobreza monetaria, los hogares de jefatura femenina en situación de pobreza representaban un 69 %, mientras que los de jefatura masculina un 67,9%[35].

En suma, las cifras oficiales estiman que el total de pobreza monetaria para Colombia en 2019 fue de 35,7%. Sin embargo, por la crisis causada por el Covid-19, Fedesarrollo calcula que la pobreza monetaria para 2020 pudo haberse elevado hasta alcanzar entre un 45 y un 50%[36].

---

29 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 21 de diciembre de 2020. Boletín técnico: Pobreza Monetaria Departamental, 2019 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá: DNP.

30 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 13 de octubre de 2020. Boletín técnico: Pobreza Monetaria en Colombia, 2019 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá: DNP.

31 *Ibíd*. pp. 5 y 6.

32 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 21 de diciembre de 2020. *Op. cit*. p. 7.

33 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 13 de octubre de 2020. *Op. cit*. pp. 9-21.

34 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 21 de diciembre de 2020. *Op. cit*. pp. 11 y 12.

35 *Ibíd*. p. 3.

36 NÚÑEZ MENDEZ, JAIRO. Impacto de los aislamientos obligatorios por covid-19 sobre la pobreza total y extrema en Colombia. mimeo, Fedesarrollo, Bogotá. Disponible en: www. fedesarrollo. org. co/sites/default/files/DocumentosTrabajo/impacto_de_los_ aislamientos_obligatorios_. pdf, 2020.

I.I.2. POBREZA COMO UN CONCEPTO MATERIAL

Si bien el ingreso es uno de los elementos constitutivos de bienestar más importantes, según el economista Arjun Segupta este tiene un rol instrumental. No siempre contar con ingresos superiores a la línea de pobreza equivale a la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia[37] y, en este sentido, el concepto material de pobreza comprende las definiciones que parten de entender que "la población es pobre porque no tiene algo que necesita, o cuando carece de los recursos para acceder a las cosas que necesita"[38]. En otras palabras, se es pobre cuando en efecto no se tiene acceso a la satisfacción de las necesidades humanas indispensables para la propia existencia, siendo el patrimonio económico exiguo para ello.

Dentro de este grupo se encontraría la definición de las Naciones Unidas, según la cual la pobreza representa "la condición caracterizada por una privación severa de necesidades humanas básicas, incluyendo alimentos, agua potable, instalaciones sanitarias, salud, vivienda, educación e información". Por lo demás, la pobreza "depende no solo de ingresos monetarios sino también del acceso a servicios."[39] Eso sí, siempre que la falta de acceso a esos bienes y servicios básicos de subsistencia sea consecuencia de la no disponibilidad de medios o recursos económicos.

Estas necesidades básicas corresponden al núcleo de condiciones humanas que, de no satisfacerse, como mínimo, la vida humana tal como la conocemos no es posible a plenitud. Por ejemplo, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), existe una relación inexorable entre la pobreza y el hambre, y en especial entre la desnutrición infantil crónica y la subalimentación. Gran parte de estos problemas son consecuencia de la pobreza de la población. Para la FAO, las necesidades mínimas deben contener necesariamente una cantidad mínima de "kilocalorías" que son claves para desarrollar una vida sana y activa[40].

---

37 Vid. SPICKER, PAUL. *Op. cit.*, p. 294.

38 *Ibíd*. p. 292.

39 ONU. The Copenhagen Declaration and Programme of Action (Nueva York: Organización de las Naciones Unidas). 1995.

40 FAO. Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional en América Latina y el Caribe, 2012, p. 12.

Esta aproximación se construye a partir de la existencia de un patrón de privaciones[41], que enfatiza en las necesidades básicas insatisfechas[42] o en la carencia de bienes o servicios como resultado de insuficientes recursos económicos y para el consumo. Con todo, estas carencias o necesidades son cambiantes en el tiempo y en el espacio, y evolucionan en la misma medida en que lo hacen las nociones de bienestar y de mínimos indispensables para una existencia digna, a partir de diferentes a valoraciones y contextos[43]. De la misma manera, la pobreza no es igual para quienes habitan en una sociedad avanzada o en desarrollo, pues para "estos últimos es mucho más precaria", mientras que para los primeros es expresión de necesidades insatisfechas que en el entorno capitalista y consumista en que se desenvuelven, no siempre son reales sino "creadas artificialmente"[44].

Tal naturaleza subjetiva de las necesidades ha dado lugar a que en la literatura especializada se distinga entre pobreza absoluta y pobreza relativa. Mientras que la pobreza absoluta se mide a través de un parámetro de comparación fijo, como lo es la línea de pobreza que establece el Banco Mundial, la pobreza relativa se mide por medio de un parámetro relativo, que se define en relación con el resto de una población en particular. Por ejemplo, en los países de ingresos altos se suelen considerar pobres aquellas personas que viven con menos del 40% de la media de los ingresos de la población total[45]. "La escasez de ingresos puede considerarse en términos absolutos o relativos, según se entienda la noción de necesidades básicas"[46].

Entender la pobreza como una privación del bienestar físico y mental por la falta de recursos económicos implica partir de un enfoque multidimensional que, en otras palabras, hace referencia a la falta de capacidad básica para vivir una vida con dignidad[47]. Se trata de una conceptualización mul-

---

41 Spicker, Paul, *op. cit*., p. 292.

42 Sobre el concepto de necesidades básicas insatisfechas Vid. Quintana, Eva. Medición de la pobreza: enfoques multidimensionales. Editorial Escuela Virtual pnud, 2008.

43 Vid. López Jiménez, José María. La desigualdad y la pobreza en el mundo: una realidad con varias faces. En *Revista eXtoikos*. N.º 13. 2014. p. 15. Disponible en: http://www.extoikos.es/numero13.htm

44 *Ibíd*., p. 32.

45 Haughton, Jonathan; Khandker, Shahidur R. Handbook on poverty inequality. World Bank Publications, 2009.

46 Desai, Meghnad. Human development: concepts and measurement. European Economic Review, 1991, vol. 35, n.° 2-3, p. 350-357.

47 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, "Derechos Humanos y Pobreza Extrema:

tidimensional en la medida en que incluye dentro del análisis métrico de la pobreza distintas características, mucho más amplias y complejas, y menos rudimentario y generalizador nivel de ingresos o renta. En consecuencia, tanto la pobreza material como la social y moral se encuentran dentro del enfoque multidimensional.

Bajo este enfoque, en suma, la pobreza radica en la "privación de capacidades y libertades básicas, reconociendo que estas están asociadas no solo con deficiencias en el ingreso, sino también con privaciones sistemáticas en el acceso a derechos y a servicios básicos"[48]. En ese mismo sentido, la CEPAL en numerosas ocasiones ha llamado la atención sobre el consenso creciente respecto de la necesidad de que los países dispongan de mediciones multidimensionales de la pobreza[49]. De hecho, el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2000 resalta la importancia del desarrollo como medio para hacer realidad los derechos humanos[50].

En Colombia la pobreza multidimensional se mide a través del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), el cual cuenta con cinco dimensiones donde los hogares colombianos podrían estar en privación: (1) condiciones educativas del hogar; (2) condiciones de la niñez y la juventud; (3) trabajo; (4) salud, y (5) acceso a servicios públicos y condiciones de la vivienda[51]. Como resultado, se halló que el 17,5% de la población en 2019 se encontraba en situación de pobreza multidimensional, lo cual significa una reducción de 1,6 puntos porcentuales con respecto a 2018[52].

Este tipo de significaciones pone de presente una valoración de mínimos que, si bien no es exclusiva de los Estados que reconocen como razón de ser de su existencia la salvaguarda de los derechos humanos, es compatible

---

Informe del experto independiente Arjun Sengupta Human sobre cuestiones de derechos humanos y extrema pobreza". 2005, UN DOC: E/CN.4/2005/49, p. 6.

48 Naciones Unidas, Declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". 25 periodo de Sesiones, Ginebra, 23 de abril - 11 de mayo de 2001, Párr. 7.

49 CEPAL, La Medición Multidimensional de la Pobreza. LC/L.3615 (CE.12/5), 17 de abril de 2013.

50 PNUD, Informe de Desarrollo Humano 2000, Pobreza, derechos humanos y desarrollo humano, p. 73.

51 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 14 de julio de 2020. Comunicado de prensa: Pobreza Multidimensional en Colombia, 2019 y 2018 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá: DNP, p. 2.

52 *Ibíd*. p. 2.

con un ingrediente sustancial de estos últimos, a saber: la procura de la igualdad material. Cuando menos en los componentes indispensables para el ejercicio de la libertad.

Aun así, estas necesidades básicas, por su naturaleza misma y su relación insoslayable con la existencia humana, deben ser consideradas universales, objetivables e inalienables, por tratarse de un grupo pequeño pero poderoso de necesidades que deben ser vigiladas por el Estado toda vez que, si no se sacian a niveles adecuados, pueden causar un daño irreparable en la vida misma de las personas incluso durante generaciones.

1.1.3. POBREZA COMO PRODUCTO DE CONDICIONES SOCIALES

Aunque se relaciona con los enfoques anteriores, mucho más complejo resulta el grupo de significados de la pobreza basados en las condiciones sociales en que se encuentran determinados grupos humanos. Sus elementos definitorios, según Spicker[53], son variados. Cada uno de ellos responde a una visión constructivista del asunto, pues se resalta dentro del análisis la identidad que ocupan los sujetos dentro de la estructura social.

El primero es la *clase social*. Este elemento posee un especial significado en la historia del capitalismo y de las teorías marxistas y postmarxistas. Su reconocimiento como condición material ha servido para identificar un estatus socioeconómico que permite conceptualizar la posición de los pobres dentro de una sociedad. Es además punto de referencia para la concepción de políticas públicas y para la investigación empírica sobre sus impactos[54]. Con todo, la ordenación que produce crea una suerte de adscripción natural sobre los individuos y comunidades que hacen parte de la clase social pobre, que los diferencia y separa de los demás miembros de la sociedad.

El segundo es la *dependencia*, según la cual se considera pobre a la población que recibe beneficios sociales por razón de su carencia de medios. A pesar de ser uno de los criterios recurrentes para la conceptualización de la pobreza[55], genera distorsiones no solo en su medición al interior de

---

53 Spicker, Paul, *op. cit*., p. 297.

54 Cfr. *Ibíd*, p. 297. En efecto, esta concepción considera de gran importancia los roles sociales y ocupacionales como constitutivos de la noción de clase.

55 Cfr. *Ibíd,* pp. 297-298.

un país o de una región determinada, sino en la correcta asignación de recursos públicos[56]. Al mismo tiempo, puede dar lugar a la degradación de la dignidad de quienes se consideran pobres, al ser vistos no como personas que no han podido emplear sus habilidades para autoproveerse de los bienes que requieren para vivir dado un cierto contexto social, económico y político, sino como sujetos incapaces que se convierten en cargas para el Estado[57].

El tercero son *las carencias de seguridad básica*, que pueden ser entendidas como vulnerabilidad ante los riesgos sociales[58]. Naturalmente, se relaciona con la limitación de recursos, pero su vínculo no es directo[59], ni se agota en ella. En este último sentido, a más de ampliar la perspectiva de las carencias, tiene la virtud de realzar el peso que el orden jurídico preexistente posee si no en la formación sí en la perpetuación de la pobreza[60].

El cuarto, *la ausencia de titularidades*, que más que ausencia de bienes esenciales se entiende como falta de derechos, de su realización efectiva para ejercer las libertades o para acceder a los servicios y prestaciones que los materializan[61], limitando así el desarrollo individual, familiar, comunitario en todos sus entornos[62]. En esta característica definitoria juegan de manera

---

56 En Colombia, este es el caso del SISBEN, como sistema de información con el que la autoridad nacional encargada de implementar la planeación económica dispuesta por los gobiernos, ordena a la población según su calidad de vida. Vid. ÓSCAR FRESNEDA BAUTISTA. "La Focalización en el Régimen Subsidiado de Salud: Elementos para un Balance". En *Rev. Salud Pública*. 5 (3):209-245, 2003. Disponible en: https://www.scielosp.org/pdf/rsap/2003.v5n3/209-245

57 LUHMANN, NIKLAS, 2002. Teoría Política en el Estado de Bienestar, Alianza Universidad.

58 Vid. BUHR, P. y LEIBFRIED, S. "What a difference a day makes: the significance for social policy of the duration of social assistance receipt" en Beyond the threshold. Bristol: Policy Press. Room, G. (ed.). United Kingdom. 1995. En donde se hace referencia a que las personas pobres viven en un estado crónico de necesidad.

59 Cfr. SPICKER, *op. cit*., p. 298.

60 En Colombia, un buen ejemplo de ello se encuentra en la constatación de que, aparte del conflicto armado, las deficiencias en la intervención regulatoria de la propiedad rural de los campesinos ha sido una de las causas del despojo y la concentración de la tierra. Ver. R. PEÑA y S. ZULETA. "El derecho al despojo en Colombia: Un análisis de la regulación de la adjudicación de baldíos desde abajo". In *Análisis Político*, vol.31 no.92 Bogotá enero-abril, 2018 (pags. 3-17) p. 4; EDELMAN, OYA, & BORRAS (2013). "Legal dispossession and civil war in Colombia". In *Journal of Agrarian Change. 2017;17:759–769.* Disponible en: https://onlinelibrary.wiAct.com/doi/epdf/10.1111/joac.12233

61 Vid. SPICKER, *ob. cit*, p. 298.

62 Vid. PISARELLO, E. Los derechos sociales y sus garantías, *Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007. Vid. BAZÁN OJEDA, ABIGAIL; QUINTERO SOTO, MARÍA LUISA y HERNÁNDEZ ESPITIA, AUREA LETICIA. Evolución del concepto de pobreza y el enfoque multidimensional para

sustancial las tradicionales distinciones que la evolución de los Derechos Humanos se ha trazado entre los derechos civiles y políticos y los DESC o, lo que es lo mismo, en la falta de consistencia que caracteriza a estos últimos, que al ser concebidos como progresivos no concretan en general posiciones jurídicas definitivas, más que cuando así se dispone por las leyes, las políticas públicas y las asignaciones presupuestales[63].

El quinto, *la exclusión*, como concepto que enfatiza la naturaleza multidimensional de la problemática en cuestión, asume que la pobreza es un factor de exclusión social que no se reduce a las condiciones de distribución de los ingresos de renta o de privación, sino que comprende un conjunto de relaciones sociales en las que ciertas personas están fuera de los procesos de participación en la normalidad social, como resultado de la estigmatización y el rechazo social[64].

En consecuencia, este enfoque constituye una expresión de los mencionados métodos multidimensionales o no monetarios de la pobreza adoptados en las últimas décadas, que se centran en establecer qué tan lejos de los estándares sociales se encuentran las condiciones observables de vida determinados grupos poblacionales[65]. Es el caso del IPM que, como se mencionó, "identifica el conjunto de carencias a nivel de los hogares" en tres dimensiones: salud, educación y nivel de vida, "y refleja la proporción de personas pobres y el número promedio de carencias que cada persona pobre sufre al mismo tiempo"[66].

Desde esta perspectiva, según el informe de Desarrollo Humano de 2015, la pobreza puede ser entendida desde múltiples dimensiones: "la privación en cuanto a una vida larga saludable, en cuanto a conocimiento, en cuanto a

---

su estudio. En Revista Quivera. Vol 13. n.º 1. Enero-junio de 2011. Universidad Autónoma de México. p. 212. Disponible en: : https://www.redalyc.org/pdf/401/40118420013.pdf.

63 Cfr. *Ibíd*, p. 299. En este sentido, al Interior de la Unión europea, el Consejo Europeo desde 1984 señalaba que se "considerarán pobres aquellas personas, familias y grupos de personas cuyos recursos (materiales, culturales y sociales) son limitados a tal punto que quedan excluidos del estilo de vida mínimamente aceptable para el Estado Miembro en el que habitan.". Vid. Comunidad Europea. "On specific community action to combat poverty (Council Decision of 19 December 1984), 85/8/EEC". En *Official Journal of the EEC* (Bruselas) Vol. 2, n.º 24.

64 Vid. Bazán Ojeda, Quintero Soto y Hernández Espitia, *op. cit*., p. 209.

65 Cfr. Spicker, *op. cit*. Ibíd, pp. 299-300.

66 Vid. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 14 de julio de 2020. Comunicado de prensa: Pobreza Multidimensional en Colombia, 2019 y 2018 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá: DNP, p. 2.

un nivel decente de vida, en cuanto a participación"[67]. Todos estos, insumos indispensables para el ejercicio de las libertades y garantías constitucionales cuya privación continuada puede engendrar una violación de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, así como económicos, sociales y culturales[68].

Según sus componentes, es visible que no cubre todos los contenidos sociales de la pobreza descritos, pero al menos amplía los criterios de medición más allá de la estrechez y simplicidad de los ingresos percibidos. Asimismo, destaca el vínculo ineludible que se traza entre la satisfacción o no de derechos sociales fundamentales y el nivel de vida adecuado.

1.1.4. POBREZA COMO JUICIO MORAL

Un último grupo de significados por destacar es el que comprende la pobreza como una privación severa considerada moralmente inaceptable, juicio que conlleva un imperativo del mismo orden según el cual, a pesar de las dificultades que representa definirla, debe hacerse algo al respecto[69]. Bajo este concepto de la pobreza, el foco ya no está en las necesidades o los recursos, sino en su sustento moral dentro de la estructura social.

Este enfoque se conecta claramente con la dimensión moral del constitucionalismo[70] y con el de las constituciones como normas fundamentales cuya fuerza normativa y obligación de obediencia se deriva del hecho de regular la convivencia, a través de la garantía de "ciertos valores morales como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz"[71]. Dentro de ellos, sobresalen los mandatos sociales y fines esenciales del Estado, así como de los derechos y libertades fundamentales de diverso contenido predicables de toda persona humana y exigibles cuando menos en sus ingredientes mínimos. Siendo entonces la pobreza una condición que impide la satisfacción de las necesidades básicas por carencia de recursos o ingresos suficientes,

---

67 PNUD, Informe de Desarrollo Humano. Glosario de Derechos Humanos y Desarrollo Humano, 2015, p. 17.

68 CEPAL, La Medición Multidimensional de la Pobreza, 2013. LC/L.3615 (CE.12/5).

69 Cfr. SPICKER, *ob. cit*. *Ibíd*., pp. 299-300.

70 Y que para Prieto Sanchís es precisamente una "ciencia jurídica comprometida que pone en cuestión la separación entre derecho y moral". Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México, 1997, p. 16.

71 *Ibíd*, p. 17.

de titularidades y seguridad básica y que además anula el libre albedrío y excluye socialmente, se trata de una realidad moralmente reprochable desde el propio Derecho constitucional entendido como positivo, al representar un abierto incumplimiento de los valores escogidos como sustento y razón de ser de la organización política.

1.2. POBREZA COMO SIGNIFICADO ABIERTO Y SUELTO

La multiplicidad de significados atribuidos a la pobreza deja ver la amplitud de perspectivas con que se ha estudiado su existencia y comprensión, a más de la dificultad de su correcta y completa medición. Pero también da cuenta de que su tratamiento no es objeto principal de ninguna disciplina, lo que le resta valor epistémico y, con ello, interés en su abordaje.

Sin duda parece razonable que por las muchas facetas que adquiere, la pobreza deba ser analizada desde distintas ciencias sociales y que su impacto en la vida de las personas esté llamado a estudiarse con el apoyo de ciencias exactas o naturales. No obstante, la experiencia muestra cuán difícil resulta enfrentar fenómenos que no pueden ser entendidos sino desde tal complejidad. Tanto más en el caso de la pobreza, si se tiene en cuenta que su valoración pone en cuestión supuestos teóricos relevantes como ocurre con la economía en su comprensión predominante, o es tan solo descriptiva, analítica, deontológica, como sucede con buena parte de las escuelas de la sociología y de las variantes de la filosofía. Qué decir cuando la ciencia, que podría contener un razonamiento prescriptivo, el Derecho positivo, no la afronta como un problema, dada la estructura individual o segmentada con que se interpreta y analiza desde lo jurídico.

En definitiva, la complejidad de la pobreza hace un llamado a su comprensión desde sus diferentes significaciones en conjunto, e incluso desde visiones transversales e interdisciplinarias del asunto. La importancia del enfoque multidimensional no reside sino en ello, en conjugar las diferentes variables para un mayor entendimiento del fenómeno. De ahí que en 1997 se haya acuñado la expresión "pobreza humana", con el fin de ampliar el concepto más allá de su dimensión económica o de ingresos[72].

---

72 PNUD, Informe de Desarrollo Humano. Pobreza, derechos humanos y desarrollo humano, 2000, p. 76.

2. SOBRE LA NOCIÓN DE DESIGUALDAD

En los últimos años se ha venido formando una mayor conciencia sobre el problema mundial de la desigualdad. Según la OXFAM[73], 26 personas tienen la misma riqueza que la mitad de la humanidad y, de la misma manera, en los últimos 30 años el patrimonio del 1% de las personas más ricas del mundo ha venido incrementándose 182 veces más que los ingresos del 10% de personas más pobres[74]. Una realidad que se torna aún más trágica debido a la pandemia por Covid-19, cuyos efectos, según el Banco Mundial, en octubre de 2020, podrían generar un importante aumento en la pobreza mundial y un retroceso de por lo menos una década de crecimiento económico[75] que, de contera, impacta en los índices de desigualdad.

América Latina, por su parte, para 2019 y principios de 2020, ya se había catapultado como el continente más desigual del mundo[76]. Un "logro" que ya se advertía desde 2015 por OXFAM, cuando estimó que el 10% de la población más rica en la región concentraba el 71% del total de la riqueza[77] y que el patrimonio de los milmillonarios latinoamericanos y del Caribe venía incrementándose en un 21% promedio anual, es decir, un crecimiento seis veces superior al del PIB de la región entera. Corremos el riesgo de que esto implique que los mejores resultados económicos alcanzados tras la revolución industrial hayan sido absorbidos por los más ricos[78].

Pero ¿es acaso la desigualdad una noción que, como la pobreza, representa de suyo un disvalor para la sociedad? Y siendo así o no ¿qué se entiende por ella? Son estos los asuntos que se abordan en este apartado. Primero para

---

73 HARDOON, D. *Una economía para el 99%: Es hora de construir una economía más humana y justa al servicio de las personas*. OXFAM. DOI: http://dx. doi. org/10.21201/2017.8616, 2017.

74 *Ibíd*, p. 6.

75 Banco Mundial, 2020. Debido a la pandemia de Covid-19, el número de personas que viven en la pobreza extrema habrá aumentado en 150 millones para 2021. *Banco Mundial*. 7 de octubre. Disponible en: : https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021

76 Cfr. Diario *El Espectador*. "Latinoamérica, el continente más desigual del mundo: Cepal". Por: Virginia Hebrero – EFE, . 6 feb. 2020 - 10:56 p. m. Disponible en: https://www.elespectador.com/economia/latinoamerica-el-continente-mas-desigual-del-mundo-cepal-articulo-903452/

77 CAÑETE ALONSO, ROSA, 2015. *Privilegios que niegan derechos: desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe* [en línea]. OXFAM. Disponible en: : https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/reporte_iguales-oxfambr.pdf

78 *Ibíd*, p. 11.

distinguir cuándo es la desigualdad un problema y, segundo, en este último caso, cómo se calcula o qué significados expresa.

2.1. LA ESPECIFICIDAD DE LA NOCIÓN DE DESIGUALDAD

La desigualdad es un concepto relacional, de modo que su medición no proporciona información sobre la situación de las personas en términos absolutos sino relativos o respecto de otros sujetos. Pero lo que es más relevante del significado de la desigualdad es que su existencia al interior de una sociedad democrática no es por sí misma vista como un problema. A diferencia de la pobreza que con independencia de sus acepciones en todos los idiomas representa una condición negativa, la "desigualdad" entendida en su significado común no lo es *per se.*

En efecto, lo resalta Insulza, la sociedad está compuesta por diferentes seres, con distintas culturas, gustos, costumbres, creencias y modos de vida, por lo que desconocer dicha realidad iría en contra de los principios que fundamentan los Estados constitucionales[79]. En efecto, el Estado constitucional protege la diversidad y, en ese sentido, igualar no hace parte de sus finalidades ni en términos sociales (ideológicos, raciales, culturales, de género, identitarios, entre otros) ni económicos. El sistema de ordenación política y social no procura, ni siquiera en la configuración más social del constitucionalismo, la igualdad plena.

Lo anterior, bajo el entendido de que la desigualdad, en sentido amplio, se manifiesta en razón de las diferencias propias del ejercicio de las libertades del pensamiento, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo. Adicionalmente, dado que dicha organización política se ha estructurado sobre la base del mercado, se ha admitido desde los orígenes del liberalismo económico que un cierto grado de desigualdad es necesario para asegurar que los individuos tengan los incentivos suficientes para crear, mantener e incrementar el valor y obtener ganancias de su propio esfuerzo[80]. De manera

---

79 Cfr. Insulza, José Miguel. Desigualdad, democracia e inclusión social. En Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Organización de Estados Americanos. Segunda edición. Recuperado de: https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf En el mismo sentido Vid. Tilly, Charles. Durable inequality. University of California Press. United States, 1998.

80 Crf. Ríos Espinosa, María Cristina. Bernard Mandeville: la ética del mercado y la desigualdad social como base del progreso moderno. En-clav. pen [online]. 2007, vol.1, n. 1 [citado 2020-07-31],

que las ganancias derivadas de ese esfuerzo individual constituyen el premio anhelado que está a la base de la iniciativa privada. Así, el arriesgar capitales funge como promotor del desarrollo, la investigación y el vertiginoso avance del conocimiento para la mejora de las condiciones de vida. Por eso se puede hablar de una desigualdad "positiva".

Sin embargo, desde una y otra perspectivas se ha reconocido y demostrado, en su orden, que la desigualdad deja de ser una condición positiva de las sociedades cuando afecta de forma lesiva las condiciones de existencia humana y cuando genera ineficiencias en el funcionamiento del mercado[81]. En especial, la desigualdad económica adquiere una connotación negativa y deja de ser valiosa para las nociones de Estado de Derecho y de democracia cuando como resultado supone para otras personas, familias, comunidades, el hallarse desprovistas de los bienes, servicios, recursos, garantías, oportunidades necesarias, no solo para subsistir, sino para vivir con dignidad y para progresar con el ejercicio de su libertad. Es sobre esta dimensión negativa de la desigualdad sobre la que se indagará en el presente capítulo.

Sobre este punto, la cláusula de Estado Social de Derecho impresa en la columna vertebral de nuestra Constitución revela por antonomasia la especial significación que adquiere el principio de igualdad material y la idea de justicia que este modelo de Estado trae consigo[82]. Es bajo este modelo que la noción de desigualdad material (negativa) y la necesidad de otorgar un trato diferenciado ganan un valioso soporte jurídico y constitucional.

El principio de igualdad material que de allí se desprende hace de la desigualdad negativa o discriminación indirecta[83] su preocupación fundamental. Ello con el fin de suprimir, o por lo menos reducir, la perpetuación

---

pp. 13-38. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2007000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2594-1100.

81 Cfr. Richard Wilkinson y Kate Pikett. The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better, Allen Lane, 2009.

82 Correa Henao, Magdalena, Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 110.

83 En este contexto, la discriminación puede ser directa o indirecta. Directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable en razón de sus características personales, e indirecta cuando aquel trato es formalmente razonable, pero tiene un impacto negativo, material y particular en ciertos grupos protegidos. Ver Díaz de Valdés, José Manuel, 2015. La igualdad constitucional: múltiple y compleja. *Revista chilena de derecho*, Santiago de Chile, vol. 42, n.º 1, p. 153-187. ISSN 0718-3437. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007.

de las situaciones de casta o de estigmatización que aún sufren ciertos grupos, ofreciéndoles un tratamiento desigual –e incluso diferenciado– pero positivo, en tanto propende por el respeto a la dignidad humana, el pluralismo, la diversidad, la autonomía individual y la paz.

De aquí que la diferenciación entre la desigualdad positiva y la desigualdad negativa plantee numerosas dificultades. Por la ardua y discutible identificación del nivel a partir del cual se pasa de la una a la otra, y por el sesgo de concentrar la atención en la última desde la perspectiva solo de uno de sus extremos, la de los perdedores, sin considerar en su comprensión el otro extremo de esa desigualdad, a saber, la de los triunfadores o beneficiados con ella[84].

Los medios y herramientas para participar en el mercado, generar utilidades o acceder a oportunidades laborales se encuentran distribuidos desigualmente entre la población. Por ende, considerar la igualdad de oportunidades solo enfocados en la meritocracia conllevaría perpetuar e incluso reforzar los patrones de desigualdad existentes. De aquí que el Estado opte por redistribuir la riqueza de tal manera que se permita remover los obstáculos que impiden la movilidad socioeconómica de las personas[85]. Eso sí, entre mayor sea la versión de igualdad de oportunidades mayor será la intervención estatal frente a las libertades.

Se trata entonces de una interpretación de la libertad en su contexto social que apuesta por propender por su mejor realización y de la manera más extendida posible dentro del grupo de personas que están llamadas a ejercerla. De esta manera, por ejemplo, la protección especial o diferenciada que el Estado puede otorgar a ciertos grupos sumidos en la pobreza extrema o en diferencias socioeconómicas de antaño que lesionan gravemente sus condiciones de existencia, constituye una salvaguarda del interés general

---

84 Una relevante excepción se encuentra en los recientes trabajos de Thomas Piketty. El capital en el siglo XXI. Bogotá, F.C.E., 2014; Capital e ideología, Bogotá, editorial Planeta, 2019. No obstante, sus análisis han sido objeto de acaloradas polémicas. Cfr. DIANA FURCHTGOTT-ROTH, 'The Systematic Errors In Thomas Piketty's New Book' Real Clear Markets (April 22, 2014); CLIVE CROOK, 'The Most Important Book Ever Is All Wrong' Bloomerang Opinion (April 20, 2014); J. BRADFORD DELONG et. al (editors) Debatiendo a Piquetty. La agenda para la economía y la desigualdad. Barcelona, Planeta, 2018.

85 DÍAZ DE VALDÉS, JOSÉ MANUEL, La igualdad constitucional: múltiple y compleja. *Revista chilena de derecho*, Santiago de Chile, vol. 42, no 1, 2015, p. 153-187. ISSN 0718-3437. Disponible en: : https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007.

que, en consonancia con el principio de solidaridad, limita razonablemente el ejercicio formal de la libertad clásica.

2.2. LOS SIGNIFICADOS DE LA DESIGUALDAD NEGATIVA

Aun desde esta lectura de la desigualdad en su dimensión negativa, la definición de la desigualdad también admite diversas significaciones, según el factor de comparación.

2.2.1. DESIGUALDAD DE INGRESOS O DE OPORTUNIDADES

Según el objeto de medición, con Robert[86] se destacan dos tipos. La distribución de los ingresos, bien entre personas y familias, bien funcional, esto es, según "la forma en que se reparten los ingresos entre los factores de producción básicos (tierra, mano de obra y capital) y el rendimiento que estos generan (rentas, salarios y ganancias)"[87]. Esta dimensión de la desigualdad, también conocida como "desigualdad de renta", se refiere concretamente a la diferencia o disparidad en los niveles de renta/salario/ganancia entre las personas. El enfoque de análisis radica en el valor numérico de los ingresos de los individuos.

En cuanto a la forma de medir la desigualdad se suele usar el índice de Gini para cuantificar "lo alejada" que una distribución se encuentra de la distribución perfectamente igualitaria. Así, si el coeficiente de un país igual a cero nos indica que estamos ante la distribución perfectamente igualitaria, mientras que un Gini igual a la unidad refleja una distribución donde la desigualdad es máxima. El gozar de una interpretación muy intuitiva y el verificar las cuatro propiedades consideradas básicas junto a la invarianza ante incrementos proporcionales en las rentas explica que sea el índice que tradicionalmente más se ha utilizado en la literatura empírica de desigualdad. Sin embargo, existen otros índices que, además de las anteriores, verifican

---

86 Cfr. Robert, Maryse. La desigualdad y la inclusión social en las Américas: Elementos clave, tendencias recientes y caminos hacia el futuro. En Organización de Estados Americanos. Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Segunda edición, 2014. Disponible en: : https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf.

87 *Ibíd*, p. 78.

propiedades normativas añadidas que los hacen más atractivos que el índice de Gini[88]. Por ejemplo, encontramos los llamados índices éticos o normativos, que miden la desigualdad en términos de la pérdida de bienestar social debida a la dispersión de las rentas. Estos índices tratan de cuantificar el coste potencial ocasionado por la desigualdad.

Ahora bien, fue solo a partir de 1970 que se intentó ir más allá y explorar por fuera de las tradicionales distribuciones de renta a través por los enfoques iniciados por Atkinson, Sen y Kolm durante esta década. La piedra angular de este enfoque radica en situar el análisis y la medición empírica de la desigualdad en el marco de la Economía del Bienestar. Mas, como se indicó sobre la noción de pobreza, un análisis basado únicamente en los ingresos es una medida imperfecta, de corto alcance, pues solo mide la desigualdad de resultados en términos de ingresos, o "'lo que la gente tiene'", sin considerar además "'lo que puede hacer o ser'"[89]. Es decir, en términos de lo que una persona sea capaz de hacer como, por ejemplo, la habilidad de alimentarse adecuadamente, moverse, vestirse, tener un hábitat o participar en la vida social. Más allá de la satisfacción de estas necesidades en sí, lo que se analiza es lo que las personas pueden hacer con estos bienes en términos de capacidades y oportunidades.

En otras palabras, el enfoque de desigualdad por ingresos reduce la medición del bienestar individual a la variable monetaria (el ingreso o el consumo), es decir, a una sola dimensión e ignorando otras dimensiones relevantes no perfectamente correlacionadas con la monetaria. Ello podría tener como resultado una visión sesgada del grado de inequidad real en la sociedad, pues dos personas pueden tener el mismo ingreso, pero acceder a niveles diferentes de salud, educación, seguridad, servicios básicos domiciliarios, seguridad, entre otros[90].

---

88 Cfr. Silber, Jacques (ed.). Handbook of income inequality measurement. Springer Science & Business Media, 2012.

89 Robert, Maryse. La desigualdad y la inclusión social en las Américas: Elementos clave, tendencias recientes y caminos hacia el futuro. En Organización de Estados Americanos. Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Segunda edición, 2014. Disponible en: https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf.

90 Cfr. Gasparini, Leonardo; Cicowiez, Martín; Sosa Escudero, Walter, 2012. *Pobreza y desigualdad en América Latina*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial. isbn 978-987-1826-45-2. p. 487.

Por esto, Robert apela a un segundo objeto de medición, formulado a partir del concepto de desigualdad de "capacidades o aptitudes para alcanzar metas razonadas"[91], propuesto por Amartya Sen[92], o de las oportunidades reales para que cada individuo pueda llevar la vida que quiera, según sus preferencias. Se concreta en los elementos que contempla el Índice de Desarrollo Humano (IDH) que entre otros componentes mide: la esperanza de vida al nacer, los años esperados de escolaridad, los años promedio de escolaridad y el ingreso nacional bruto (INB) *per cápita*[93].

Se trata de una evolución importante en el concepto de desigualdad, porque ya no solo se indaga por los recursos o bienes primarios, sino por sus capacidades y por la libertad con la que cuentan para alcanzar aquello que valoran[94]. En consecuencia, este enfoque "se constituye en una metodología crítica, plural y abierta para las ciencias sociales y humanas"[95].

Esta fórmula para reconocer el problema sigue siendo liberal, pues al apostar por la igualdad en capacidades, esto no tiene por qué dar lugar a la obtención de los mismos resultados. Sin embargo, se basa en la libertad positiva y se agregaría en la libertad fáctica, en el sentido de que, si los resultados se diferencian, se apunta citando a Melamed y Samman, esto debe ser producto de "las decisiones de las personas y no de las limitaciones de su capacidad para tomar esas decisiones"[96]. Por lo demás, desde el Informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas se resalta que la desigualdad de ingresos como de resultados, suele ser producto del "acceso dispar a capacidades"[97].

En la práctica, los investigadores suelen definir la noción de desigualdad de acuerdo con las variables e información disponibles en encuestas y censos,

---

91 *Ibíd*, p. 487.

92 Sen, Amartya. *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Alianza. Madrid. Primera Edición, 2000, p. 14-20.

93 pnud. Índices e indicadores de desarrollo humano Actualización estadística de 2018. Washinton, pnud, 2018, p. 22. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_es.pdf

94 Urquijo Angarita, Martín J., 2014. La teoría de las capacidades en Amartya Sen. Edetania, n.º 46, pp. 63-80.

95 *Ibíd*, p. 67.

96 Cfr. Robert, Maryse, *op. cit*., p. 38. Melamed, Claire & Samman, Emma. Equity, inequality and human development in a post-2015 framework. United Nations Development Programme. Research paper. New York. February, 2013.

97 Cfr. Robert, Maryse, *op. cit*., p. 47.

más que adscribirse fervorosamente a uno de estos enfoques. Eso sí, siempre se preferirá el análisis más multidimensional posible[98].

2.2.2. DESIGUALDAD VERTICAL Y HORIZONTAL

En cuanto a las dimensiones con que se cubre el análisis, Robert identifica igualmente dos significaciones: la dimensión vertical donde la desigualdad se establece conforme las carencias en el acceso a recursos tangibles e intangibles, sin tener en cuenta el lugar donde las personas vivan o del grupo social del que hagan parte; y la dimensión horizontal, que se refiere a la desigualdad entre grupos o personas por razones de raza, sexo, nacionalidad o cualquiera de los criterios sospechosos de discriminación[99]. Ambas suelen reforzarse mutuamente, en cuanto afectan la distribución entre las personas, entre los Estados y entre las generaciones, así como las relaciones entre la base social y las instituciones, dando como resultado la creación o perpetuación de ciclos de pobreza[100].

Como expresión de esta tipología de desigualdad, se encuentran los análisis que han procurado estudiar la movilidad social. Esta se entiende como "los cambios que experimentan los miembros de una sociedad en su posición en la distribución socioeconómica"[101]. Dos son los tipos de movilidad social que han valorado: la "intergeneracional –el cambio en la posición con relación al hogar de origen–", y la "intrageneracional, –cambios en la posición socioeconómica a lo largo del ciclo de vida de las personas"[102].

Sobre esta última –la movilidad intrageneracional– un estudio de UNICEF y la CEPAL sobre pobreza infantil en América Latina y el Caribe indicó que "los niños y las niñas que viven en la pobreza sufren una privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar de sus derechos, alcanzar

---

98 Cfr. GASPARINI, LEONARDO; CICOWIEZ, MARTÍN; SOSA ESCUDERO, WALTER, 2012. Pobreza y desigualdad en América Latina. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial. ISBN 978-987-1826-45-2. p. 487.

99 Cfr. CAMACHO, MARÍA CLAUDIA. Desigualdad en el empleo y el trabajo. En: OEA. Desigualdad e inclusión social en las Américas, *op. cit.,* pp. 261-265.

100 Cfr. ROBERT, *op. cit*., p. 36-37.

101 VÉLEZ GRAJALES, ROBERTO; CAMPOS VÁZQUEZ, RAIMUNDO y FONSECA, CLAUDIA. *El concepto de movilidad social: dimensiones, medidas y estudios en México*. México, Centro de Estudios Raimundo Yglesias, 2015, p. 2.

102 *Ídem*, p. 4.

su pleno potencial o participar como miembros plenos y en pie de igualdad en la sociedad"[103]. Lo cual significa que un niño que nace en condiciones de pobreza y privación de oportunidades difícilmente logra superar su posición socioeconómica durante su ciclo de vida.

De otro lado, de especial interés para el estudio es la movilidad intergeneracional cuya medición se ha efectuado, entre otros, a través del Indicador de Movilidad Social (IMS), por el que se calcula en qué medida el desempeño económico de las generaciones previas determina el de las generaciones actuales[104]. Incluye dentro de sus variables el ingreso, el nivel educativo y la clase social o estrato socioeconómico de padres e hijos. Tras de sí lo que se busca es que "la construcción de vida dependa menos de las características personales, físicas o del hogar de origen y más del talento y el esfuerzo de las personas"[105].

Basado en lo mismo, un estudio de la OCDE de 2018 buscó establecer el tiempo que tomaría a quienes nacen dentro de familias de bajos ingresos alcanzar el ingreso medio de la sociedad a la que pertenecen, y encontró que en Colombia se requiere de 11 generaciones (330 años) para salir de la pobreza y alcanzar el ingreso medio. Número que contrasta con las 6 generaciones que requeriría un chileno y las 2 generaciones que requeriría un danés, conforme a los patrones existentes al momento del estudio[106].

La desigualdad que perdura a nivel intergeneracional, en últimas, significa que el acceso dispar a recursos tiene el efecto final de robarle a la próxima generación la posibilidad de alcanzar una mayor igualdad de oportunidades. Las estructuras sociales son entonces las que determinan y eternizan el grado de acceso a oportunidades y, como resultado, sociedades altamente desiguales se caracterizan por una escasa movilidad social que prolonga la escasez económica por un largo período de tiempo y, de forma simultánea, aíslan poco a poco las posibilidades de que los miembros de un núcleo familiar superen las condiciones de vida de origen[107].

---

103 CEPAL, N.U., 2010. Pobreza infantil en América Latina y el Caribe. Disponible en:

104 GALVIS, LUIS; MEISEL, ADOLFO. Aspectos regionales de la movilidad social y la igualdad de oportunidades en Colombia. (Cartagena: Documentos de trabajo sobre economía regional #196, CEER – Banco de la República, 2014, pp. 1, 12, 40.

105 *Ídem*.

106 OECD. A Broken Social Elevator? How to Promote Social Mobility (June 2018) 26.

107 BÁRCENA, ALICIA *et al*. The social inequality matrix in Latin America, p. 78. Ver también AR-

No resulta claro que sea censurable la desigualdad extrema por acaparar o acumular una riqueza descomunal o extrema, aun cuando en un escenario de recursos escasos esta última pueda ser parte de las causas de la pobreza. Sin embargo, resulta interesante que también son amplios los casos de escasa movilidad intra e intergeneracional en el escenario de la riqueza extrema. Por ejemplo, la OXFAM revela que una tercera parte del patrimonio de los milmillonarios actuales tiene su origen en la riqueza heredada y, si bien una parte de estos ricos ha forjado su fortuna mediante el trabajo duro y el talento, naturalmente contar con los medios para acceder a un mejor asesoramiento financiero y de inversión y la posibilidad de realizar lobby político contribuyen al mantenimiento de la riqueza.

Igual sucede para el caso de quienes se benefician por los intereses compuestos que les generan las grandes sumas de dinero ahorradas y depositadas en el sistema financiero, o quienes poseen propiedades y se benefician de su renta y valorización. Los privilegios, en definitiva, también tienen un costo generacional que prolonga la desigualdad.

2.2.3. DESIGUALDAD CATEGÓRICA Y DURABLE

Por su parte, para Insulza, la desigualdad que adquiere una connotación negativa es la que se predica de categorías de ciudadanos y no de manera individual; la que es durable y estructural, es decir, no transitoria ni incidental, y la que deriva en una discriminación importante y verificable[108]. Dentro de ellas, entre otras destacan[109]:

– La desigualdad económica.

– La desigualdad en el acceso a servicios públicos esenciales (salud, agua potable, educación, vivienda, entre otros).

– La desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos.

MANDO GALVIS *et al.* Aspectos regionales de la movilidad social y la igualdad de oportunidades en Colombia. Documentos de trabajo Economía Regional, véase p. 44.

108 Cfr. INSULZA, JOSÉ MIGUEL. Desigualdad, democracia e inclusión social. En Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Organización de Estados Americanos. Segunda edición. p. 24. Disponible en: https://www.oas.org/docs/desigualdad/LIBRO-DESIGUALDAD.pdf. En el mismo sentido Vid. TILLY, CHARLES. Durable inequality. University of California Press. United States. 1998.

109 Vid. INSULZA, *op. cit.*, pp. 25, 26. Puede consultarse la lista completa.

– La desigualdad y discriminación frente a las mujeres, migrantes, afroamericanos y demás grupos vulnerables.

– La desigualdad en el trabajo (informalidad laboral).

– La desigualdad en la participación política.

Estas constituyen tipos de desigualdad categórica y durable, y en su versión extrema comportan exclusión social[110]. Tan durables como lo serán, por ejemplo, los efectos de la actual pandemia por Covid-19 en las mujeres que tienen menos posibilidades de aislarse y protegerse, que probablemente ya contaban con problemas de salud previos, que trabajan en empleos precarios y que, además, constituyen el 70% del personal de salud del mundo[111].

Tilly criticaba los estudios sobre la desigualdad que se enfocaban en la distribución de recursos entre actores, con el objetivo de llamar la atención sobre las desigualdades que se generaban como consecuencia de la interacción entre grupos, creando fronteras que los diferencian unos de otros. Fronteras internas como las que dividen a los trabajadores de los jefes y fronteras externas como ser hombre o mujer, que cuando coinciden se magnifican y normalmente terminan convirtiéndose en mecanismos de explotación y acaparamiento[112].

Insulza admite que cuando la desigualdad llega a niveles importantes, estos se expresan en diferencias desmedidas en la riqueza; o en la acumulación de oportunidades anulando o afectando las de los demás; o en el uso arbitrario del poder para mantener el estatus quo, todo lo cual resulta incompatible con la democracia y genera efectos nefastos en la estabilidad institucional[113]. De este modo afronta la desigualdad en su conjunto, solo que enfatizando en las políticas públicas que se dirigen a reducir la desigualdad negativa de oportunidades, como las que permitan la movilidad social mediante educación de calidad, acceso a la salud, acceso al crédito en condiciones de igualdad, acceso a la vivienda, al transporte y a la seguridad pública[114].

---

110 Cfr. Insulza, *op. cit*., p. 30.

111 Development Finance International; oxfam, 2020. *Combatir la desigualdad en tiempos de coronavirus: Índice de Compromiso con la Reducción de la Desigualdad (cri) 2020* [en línea]. Disponible en: https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621061/rr-fighting-inequality-covid-19-cri-index-081020-summ-es.pdf

112 Reygadas, Luis. The Symbolic Dimension of Inequalities. desiguALdades.net, véase pp. 9-11.

113 Cfr. Insulza, *op. cit*., *Ibíd*, p. 28.

114 Insulza, *op. cit*., *Ibídem*. El autor señala que el proceso de incremento de las desigualdades se manifestó consistentemente hace 40 años, cuando los gobiernos iniciaron una reducción sistemática en los impuestos a los sectores con mayores ingresos, con el pretexto de aumentar las

La geografía local, las capacidades de las políticas públicas, la tecnología o el acceso a servicios básicos que se diferencian por su origen, urbano vs. rural, es determinante para la explicación de los factores no controlados por los individuos en sus posibilidades de ascenso en la escala social.

Sin duda resulta clave conocer en qué proporción la pobreza es transitoria o permanente y, en ese sentido, centrarse en los determinantes de entrada y salida de la pobreza. Los estudios de movilidad no solo explican los niveles de desigualdad, sino también en qué medida es una situación fija y cuáles son los colectivos de riesgo y las políticas sociales más adecuadas[115].

2.3. DESIGUALDAD ECONÓMICA, DESIGUALDAD TOTAL

La desigualdad es endémica y aparece prácticamente en todas las economías, aunque en dimensiones variadas. Los estudios de desigualdad suelen concentrar la atención en la desigualdad económica, quizás a efecto de enfatizar en la legitimidad de los ámbitos en los que esta noción es, como se ha anotado, expresión de las libertades. Aun así, está claro que la posición de desventaja que se deriva de la escasez de recursos e ingresos es causa o resultado de todas las demás expresiones que la desigualdad adopta, estableciéndose una relación circular entre una y otras.

En este sentido, Robert advierte que, aunque el primer determinante de la desigualdad es la clase social (o estrato socioeconómico), las desigualdades de género, étnico-raciales, de edad, políticas, civiles, ambientales, entre otras, también hacen parte de la misma matriz y su valoración es esencial para explicar la reproducción y alcance de las brechas sociales que inciden en los ámbitos del desarrollo individual y colectivo y en el ejercicio de los derechos humanos[116].

Las brechas productivas operan no solo en el ámbito socioeconómico, donde generan ingresos desiguales; también afectan la cultura y las capacidades y socavan la autonomía de las personas, afectando el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus capacidades. Estas otras dimensiones de la

---

tasas de inversión y con la implementación de políticas antisindicalistas para reducir la mano de obra.

115 Gradín, Carlos; Del Río, Coral. La medición de la desigualdad. Vigo: Universidad de Vigo, 2001, Disponible en: https://ctinobar.webs.ull.es/1docencia/desigualdad%20social/vigo.pdf.

116 Cfr. Robert, *op. cit*. Cfr. *Ibíd*. p. 72.

desigualdad, al mismo tiempo que refuerzan las desigualdades socioeconómicas, son influenciadas por ellas[117].

A su vez esto vuelve a resaltar que el entendimiento de la desigualdad como problema no puede dejar de considerar sus extremos. Porque, como la CEPAL lo ilustra, tanto el acceso a un trabajo como a la educación tienen incidencia en la posición socioeconómica de un individuo en un orden preestablecido, dado que la inserción laboral depende del ciclo económico y del funcionamiento del mercado de trabajo, así como del nivel educativo que se asocie a la demanda por cierto tipo de calidades y factores personales y territoriales[118].

3. POBREZA Y DESIGUALDAD: DOS NOCIONES CONFLUYENTES

Sin pretender el imposible de agotar la materia, la revisión que precede permite concluir que son más las similitudes que las diferencias existentes entre las nociones de pobreza y desigualdad. Dos fenómenos socioeconómicos y culturales que apuntan a supuestos distintos pero que causan graves estragos cuando coexisten, pues terminan por reforzar entre sí las condiciones de exclusión económica y social[119].

3.1. ELEMENTOS COMUNES

En su base conceptual son distintas, pues la pobreza se asocia *per se* con una condición negativa, mientras que la desigualdad posee también una faceta positiva. No obstante, cuando lo que se contrasta es la pobreza con la desigualdad negativa, se aproximan.

Las dos han sido analizadas desde diferentes disciplinas, sin que exista consenso sobre el significado de cada una, lo que realza tener en común su carácter irreductible. Además, su forma de calcularlas es igualmente problemática, por la discutible fijación de las variables a considerar y los límites

---

117 Cfr. ROBERT, *op. cit*. Vid. *Ibíd*. pp. 62, 64.

118 Cfr. ROBERT, *op. cit*. Vid. *Ibíd*, pp. 62, 64.

119 RIBOTTA, SILVINA. Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre. *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, 2010, vol. 4, n.º 1, pp. 144-180.

de los métodos y fuentes que se utilizan para identificarlas al interior de una sociedad determinada[120]. No obstante, en la práctica, para los investigadores estos dos fenómenos dicen mucho más juntos que separados.

Ambas suelen destacar su connotación económica, cuya medición ha partido de considerar primero los ingresos, para luego contemplar criterios más amplios constitutivos de indicadores más complejos, que sopesan los distintos factores que contribuyen a explicar las dificultades para satisfacer las necesidades básicas, o la posición de desventaja en la que se encuentra una persona o un grupo, en comparación con los demás. Es cierto que no siempre la línea de pobreza coincide con los indicadores de desigualdad, y que no todas las políticas que se adoptan para luchar contra la pobreza permiten disminuir la brecha de desigualdad. Pero en general existe una conexión casi necesaria entre ellas, en tanto la persona que se considera pobre se encuentra en desigualdad de condiciones para decidir, actuar, desenvolverse, mejorar su nivel de vida[121]. Y del mismo modo, la pobreza se suele perpetuar en una sociedad marcada por la exclusión y desigualdad.

La pobreza y la desigualdad describen realidades asociadas a la negación de la igualdad material, a la exclusión y vulnerabilidad social y a la discriminación en tanto implican la disminución de la capacidad de subsistir y desarrollarse dentro del sistema económico[122]. Constituyen una negación de los derechos y de la ciudadanía misma, que degrada la dignidad humana, invisibiliza y aparta del sistema social y político. Resultados que se profundizan cuando las carencias y la desigualdad son extremas, o cuando recaen sobre grupos poblacionales sometidos a tratos diferenciados, producto de prácticas culturales y de relaciones de dominio[123].

Tales problemáticas, además, afectan la gobernabilidad y la legitimidad democrática, al ser percibidas como resultado de la actuación u omisión de los poderes públicos, lo cual puede llevar, como en efecto ha sucedido, a la ruptura implícita o explícita del Estado de Derecho y al surgimiento de re-

---

120 Cfr. Robert, *op. cit*., p. Cfr. *Ibíd*. p. 45.

121 Cfr. pnud; Oxford Poverty and Human Development Initiative (ophi), 2019. Global Multidimensional Poverty Index 2019. Illuminating inequalities. us, pp. 13-14. Disponible en:

122 Cfr. cepal. La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. Santiago de Chile. Febrero de 2001. p. 39. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf

123 Cfr. Álvarez Icasa, Emilio & Colledani, Norma & González, Imelda. Discriminación y exclusión. En *Desigualdad e inclusión social*…, *op. cit*., pp. 81, 82, 88-90.

gímenes populistas autoritarios[124]. A este respecto, la CEPAL ha advertido que "el alto grado de vulnerabilidad y de desigualdades que se observan en los países de la región está provocando una grave acentuación de contradicciones políticas e insuficiencias económicas que de no encontrar respuestas en el corto plazo pueden llegar a provocar una crisis social de proporciones"[125].

En fin, coinciden los estudios sobre uno y otro problema que, no obstante los progresos en la ciencia, la tecnología y el crecimiento y eficiencia de los procesos productivos, y a pesar de los esfuerzos grandes o pequeños de los Estados por enfrentarlos, estos persisten o se acrecientan[126]. En América Latina, sobre la pobreza y desigualdad extremas se admite que ha disminuido lentamente en términos relativos, pero no absolutos[127]. No obstante, Colombia sigue siendo el tercer país más desigual del continente y uno de los 10 más desiguales del mundo[128]. Sumado a ello, se recalca que el aparato productivo ha perdido la capacidad para generar nuevos empleos, lo cual impacta en la escasa movilidad social.

Tales hallazgos se confirman y profundizan en la actualidad por los efectos de la pandemia, lo cual evidencia en el caso de América Latina la fragilidad de los avances y el fundamento estructural de los retrocesos. Señala al respecto el informe producido desde Naciones Unidas: "El COVID-19 ha generado un enorme impacto sanitario, social y económico, que se ha cobrado un número muy elevado de vidas humanas en los países de América Latina y el Caribe. Se prevé que genere la recesión más profunda de la historia reciente. (…) La intensidad de esta crisis se ve agravada por el modelo de desarrollo seguido en la región durante décadas. La pandemia ha puesto de manifiesto la fragilidad de este modelo, ha exacerbado sus numerosas desigualdades y ha transformado las dificultades crónicas en una crisis

---

124 MUDDE, C., & ROVIRA KALTWASSER, C. (2018). Studying Populism in Comparative Perspective: Reflections on the Contemporary and Future Research Agenda. *Comparative Political Studies*, *51*(13), 1.667-1.693 Disponible en: https://doi.org/10.1177/0010414018789490

125 CEPAL. La vulnerabilidad social y sus desafíos …, *op.cit., Ibídem*.

126 Dixon, Rosalind & Suk, Julie. Liberal Constitutionalism and Economic Inequality. The University of Chicago Law Review, 85, 2018, pp. 371-372.

127 Vid. SANCHEZ ALMANZA, ADOLFO. Crecimiento económico, desigualdad y pobreza: una reflexión a partir de Kuznets. *Prob. Des* [online]. 2006, vol.37, n.145 [citado 2020-08-04], pp. 11-30. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362006000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0301-7036.

128 Banco Mundial, Índice de Gini. En: Indicadores Banco Mundial [en línea]. Disponible en: https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?view=chart.

aguda que exige atención urgente"[129]. De acuerdo con la CEPAL, la pandemia tendrá efectos catastróficos para las economías latinoamericanas. Se calcula que se tendrá una reducción de al menos -1,8 del PIB regional, lo que podría llevar a que el desempleo en la región suba en diez puntos porcentuales[130], para un total de 620 millones de personas, y a que el número de pobres se sitúe de 185 a 220 millones de personas; y las que se encuentran en pobreza extrema aumenten de 67,4 a 90 millones[131], casi como inicios del siglo[132].

En contraste, un reciente estudio de Angus Deaton indica que la desigualdad global aumentó tras la pandemia y no precisamente debido a las economías en desarrollo, sino todo lo contrario. Según Deaton, las economías más afectadas fueron aquellas en las que hubo un mayor número de muertes por coronavirus y que, por ende, el aumento de la desigualdad global en la actualidad se debe en gran parte a que China sufrió pocas muertes y experimentó un crecimiento positivo que la sigue catapultando aún más como potencia económica mundial. Mientras que, al tiempo, los demás países del primer mundo sufrieron un mayor número de muertes y en consecuencia un grave declive económico[133].

3.2. MODELO ECONÓMICO Y CONSTITUCIONALISMO APARENTE COMO CAUSAS REDUCTIBLES DE LA POBREZA Y LA DESIGUALDAD

Ahora bien, todos estos elementos que acercan las nociones objeto de análisis se conectan con lo que entre líneas o de manera explícita se ha anotado atrás.

Por una parte, que la pobreza y la desigualdad, a pesar de lo que representan o pueden ocasionar, y de contradecir el discurso de los derechos humanos y del Estado democrático, son en gran medida producto no ya del

---

129 Naciones Unidas. Informe: El impacto del Covid-19 en América Latina y el Caribe, julio 2020, p. 6.

130 CEPAL, N. U. El Covid-19 tendrá graves efectos sobre la economía mundial e impactará a los países de América Latina y el Caribe. cepal.org. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/45527-desafio-social-tiempos-covid-19.

131 *Ibíd*, p. 14.

132 Observatorio de coyuntura económica y social *et al*. Efectos en pobreza y desigualdad del Covid-19 en Colombia: un retroceso de dos décadas. Nota Macroeconómica n.° 20, 2020. Disponible en: https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/41160.

133 DEATON, ANGUS. Covid-19 and global income inequality. National Bureau of Economic Research, 2021.

"sistema" de economía de mercado en el que este se asienta, sino de "modelos económicos" que, con diferentes etiquetas, confluyen en determinar la concentración de la riqueza y en la extensa distribución de los daños, pérdidas, inequidades que esta conlleva.

Dentro de este escenario de grandes contradicciones dos factores sobresalen. La teoría económica neoliberal trazada a partir de la segunda mitad del siglo XX, acogida a partir de los años 80 por los Estados Unidos y el Reino Unido[134] y en los decenios siguientes por los países de América Latina, con todo y la falta de evidencia empírica de la validez de sus supuestos[135].

A esto se suma la marcada preeminencia del sistema financiero sobre el productivo, donde la intermediación que ofrece está regulada de forma radicalmente asimétrica, por lo que los accionistas e inversionistas concentran sus utilidades mientras los Estados y las poblaciones asumen las pérdidas de las operaciones[136]. Tal construcción se expande por conducto de la globalización financiera la cual, lejos de haber fomentado la productividad mundial o el crecimiento del empleo, al contrario, ha agravado la inestabilidad económica, ha disminuido los ingresos y la capacidad de ahorro de la clase media y, lo que es peor, ha empeorado la situación de las clases sociales más pobres y desiguales[137].

---

134 Bresser la describe de manera sintética: "se expresará de forma clara en cuatro corrientes de pensamiento: la teoría económica neoclásica; el nuevo institucionalismo basado en los costos de transacción; la teoría de la elección pública (*public choice*); y la teoría de la elección racional (*rational choice*)". Todas esta teorías, "definieron una visión reduccionista del Estado y de la política. La teoría económica neoclásica buscó demostrar la inutilidad de la acción reguladora del Estado; el nuevo institucionalismo intentó transformar el Estado en un «segundo mejor» (*second best*) en relación con el mercado; la teoría de la elección pública transformó el Estado en una organización intrínsecamente corrupta; y las versiones más radicales de la elección racional redujeron la política a un juego de ganancias y pérdidas en el mercado". Cfr. BRESSER, LUIS CARLOS. Neoliberalismo y teoría económica. Nueva Sociedad 221, Mayo - Junio 2009, ISSN: 0251-3552. Disponible en: https://nuso.org/articulo/neoliberalismo-y-teoria-economica/

135 En particular, en lo que hace a la inocuidad de la intervención económica del Estado. Vid. Pobreza, desigualdad de oportunidades y políticas públicas en América Latina. – Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d82f6024-1a73-0a65-6ea4-530e5bd750d3&groupId=252038

136 Cfr. GUERRERO PINO, YOLANDA. Colombia: sistema Financiero y Pobreza. En Revista Ola Financiera. Vol. 10 N° 27. Mayo-agosto de 2017. p. 39. Disponible en: http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/27/pdfs/PDF27/GuerreroOlaFin27.pdf

137 BOLLÉ, PATRICK. Desigualdad y globalización financiera en un informe que llega justo a tiempo. En *Revista Internacional del Trabajo*. OIT. Ginebra. 2008. p. 484. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s7_bolle.pdf

De allí que Insulza encuentre poco probable crear, dentro de dicho contexto, una situación que permita el aumento más acelerado de los ingresos de los sectores más desprovistos y necesitados de la sociedad, frente a quienes controlan los procesos económicos[138]. De manera que para lograr el primer objetivo de la Agenda 2030, consistente en eliminar la pobreza extrema, se requiera redoblar esfuerzos para aumentar la capacidad de intervención del Estado y la posibilidad de redistribuir el crecimiento económico hacia los grupos sociales más desprotegidos[139].

Por otra parte, es notorio que la consolidación de dicho modelo económico ha tenido lugar gracias a su adopción como política de desarrollo de los Estados, promovida o exigida por las organizaciones internacionales rectoras del orden económico mundial. Lo formula con claridad Stiglitz: "aunque pueda que intervengan fuerzas económicas subyacentes, la política ha condicionado el mercado, y lo ha condicionado de forma que favorezca a los de arriba a expensas de los demás. Cualquier sistema económico (…) tiene que funcionar dentro de un marco jurídico. Hay muchos marcos distintos, y cada uno de ellos tiene consecuencias para la distribución de la riqueza, así como para el crecimiento, para la eficiencia y para la estabilidad. La élite económica ha presionado para lograr un marco que le beneficia, a expensas de los demás, pero se trata de un sistema económico que no es ni eficiente ni justo"[140].

Las prácticas corporativas y políticas a las que se alude han hecho posible, legítima y exigible la cultura de privilegios, los repartos excesivamente desiguales entre pérdidas y ganancias y derechos y responsabilidades, la concentración de los mercados, la precarización del empleo, el debilitamiento del poder de intervención del Estado para el cumplimiento de los mandatos sociales y ambientales, y en consecuencia, convertir en imposible eliminar o reducir la pobreza y las desigualdades excluyentes mediante normas jurídicas (constitucionales, legales, administrativas) internas y tratados de Derecho internacional económico.

En el plano nacional, sin poder cubrir las muchas decisiones y políticas que han servido para al establecimiento del modelo neoliberal y financiero,

---

138 Cfr. Insulza, *op. cit*., p. 29.

139 Cfr. *Ibíd*. p. 40.

140 Vid. Stiglitz, J. E. *El precio de la desigualdad: el 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*. Taurus. Madrid. 2012, pp. 36-37.

sobresalen las políticas fiscales cada vez más regresivas. No solo por la ampliación de los impuestos indirectos, sino además por la amplitud de beneficios y exenciones con que se favorece a los sectores económicos, empresas y particulares que acumulan mayor riqueza. Esto, acompañado de políticas sociales débiles e inestables, explica la fragilidad de los logros en el mejoramiento del bienestar y la calidad de vida de la población en su conjunto y el fracaso del componente social que define a los Estados democráticos.

A este respecto, según los datos registrados por el Fondo Monetario Internacional en 2017, todos los países desarrollados o no, reportan niveles de desigualdad en el coeficiente de Gini. Pero esta se reduce al calcular el coeficiente ajustado en los Estados donde las medidas de intervención señaladas son robustas y eficientes. Así, por ejemplo, España y Ecuador reportan, en su orden, coeficientes de 0,53-0,35 y 0,48-0,45, mientras que Colombia reporta valores idénticos en uno y otro, 0,57-0,57[141].

En América Latina, aunque los datos sobre el impacto de las políticas fiscales en la redistribución de la riqueza y la disminución de la pobreza y las desigualdades varían en cada Estado, en su conjunto se observa que "las instituciones en la región no logran limitar (*ex ante*) las dinámicas de mercado que genera la concentración del ingreso y la capacidad que tienen de corregirla (*ex post*) a través de transferencias monetarias e impuestos es limitada (…)"[142]. Y en lo que hace a Colombia, se ha encontrado que los "efectos redistributivos de los impuestos directos e indirectos se anulan mutuamente (…), y las transferencias monetarias no tienen impacto alguno sobre el coeficiente de Gini"[143]. Esto es, que el sistema tributario incumple abiertamente con los principios de progresividad, equidad y eficiencia dispuestos constitucionalmente[144].

---

141 Fondo Monetario Internacional, Database Oct. 2017. Disponible en: https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/02/weodata/index.aspx

142 Amarante, Verónica y Jiménez, Juan Pablo. "Desigualdad, concentración y rentas altas en América Latina". En Jiménez, Juan Pablo (editor). Desigualdad, concentración del ingreso y tributación sobre las altas rentas en América Latina. Santiago de Chile, cepal, 2015, p. 26. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39662/S1420855_es.pdf?sequence=1

143 Moller, Lars Christian, 2012. Política Fiscal en Colombia: Aprovechamiento de su Potencial para lograr una Sociedad más Equitativa. Banco Mundial. Disponible en: http://documents1.worldbank.org/curated/en/685441468026423863/pdf/676230SPANISHooiedadoMasoEquitativa.pdf

144 Garay, Luis Jorge y Espitia, Jorge Enrique. Desigualdad y Reforma estructural tributaria en Colombia. Hacia una economía política de inclusión social. Bogotá, Ediciones Desde abajo, 2020.

Al hilo de lo anterior, entre más adinerada es una persona, la diferencia entre su tasa nominal y su tasa efectiva de tributación es más alta. Es decir que al dividir a la población colombiana en deciles de ingreso[145], entre más cerca esté una persona de ubicarse en los deciles más altos (de mayor ingreso), sus privilegios tributarios van aumentando, haciendo que su tasa efectiva de tributación sea menor en comparación con los deciles más bajos (de menor ingreso)[146].

De acuerdo con el Foro Económico Mundial, la política fiscal puede maximizar el impacto de la redistribución mediante un cuidadoso diseño de cómo se asignan los recursos a diferentes grupos, áreas geográficas y tipos de gasto. Así, aumentos progresivos sobre la renta personal y políticas que aborden la acumulación de riqueza y reequilibren ampliamente las fuentes de tributación pueden apoyar la agenda de movilidad social en caso de ser invertidos en los tres factores determinantes, como la búsqueda de salarios justos, el fortalecimiento de los sistemas de seguridad social y el acceso a educación[147]. Sin embargo, las políticas redistributivas que tienen como propósito compartir la pobreza no logran el mismo éxito en términos de sensibilizar los suficientes adeptos. Ni para recaudar mayores recursos ni para reformular la manera en que se invierten aquellos con los que ya cuenta el Estado.

Resulta interesante que incluso bajo una perspectiva utilitarista de maximización del beneficio, si aumenta el rubro de ingresos que reciben los pobres

---

145 Los deciles de ingreso se crean ordenando el ingreso de toda la población de menor a mayor en 10 grupos. Por lo tanto, los deciles inferiores son los de menores ingresos y los superiores los de mayores.

146 Por ejemplo, al analizar el decil de ingresos más altos de las personas naturales (los ricos) (es decir, en el decil 10), la tasa nominal parece formalmente progresiva, pues el decil 1 dentro de los ricos (o el "sub-decil 1") tiene una tasa nominal de 12,87% mientras que el sub-decil 10 tiene una tasa de 27,61%; sin embargo, debido a los privilegios tributarios, la tasa efectiva de tributación del sub-decil 1 es de 4,47% mientras la del sub-decil 10 es de 2,58%. Como se puede ver, hasta el sub-decil 6 la tasa efectiva aumenta con el decil de ingresos, pero a partir del sub-decil 7 la tasa efectiva comienza a disminuir progresivamente hasta llegar a la menor tasa efectiva de tributación de todos los sub-deciles. La tarifa del sub-decil 10 (2,58%) es incluso menor que la tarifa del decil 9 del total de personas jurídicas (3,86%) y casi igual a la del decil 8. Ver Garay, Luis Jorge y Espitia, Jorge Enrique. Dinámicas de las desigualdades en Colombia: En torno a la economía política en los ámbitos socioeconómico, tributario y territorial. Bogotá D.C.: Ediciones Desde Abajo, 2019, p. 112) citado por Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Jorge Garay Salamanca, Jorge Enrique Espitia Vivian Newman Pont *et al.*, art. cit.

147 Foro Económico Mundial, 2020. The Global Social Mobility Report 2020 Equality, Opportunity and a New Economic Imperative, véase p. 6.

y la clase media, la economía en su totalidad crece –e incluso quienes más ganan[148]. Mientras que si lo único que aumenta es el porcentaje del ingreso que capturan los más ricos, la economía del país se reduce. De manera que dirigir los recursos disponibles a la eliminación de la pobreza no constituye un gasto sino una inversión social para que la mayor parte de la población pueda vivir con dignidad y progresar con el ejercicio de su libertad.

De aquí que diversos autores se refieran a las "políticas suicidas de Estado" como aquellas que condenan a las personas a malvivir en situaciones de pobreza e insatisfacción de las necesidades. Estas políticas que generan una lesión irreparable en la vida de los individuos, en últimas, generan el efecto "multiplicador del gasto", pues la austeridad en inversión social para el acceso a condiciones de vida dignas no solo mata, enferma, genera conflicto, violencia y discriminación, sino que también tiene el efecto de excluir a estas personas de participar en el esquema productivo de la economía de mercado y retrasar su crecimiento y desarrollo, lo cual demanda mayores ayudas del Estado.

Es oportuno destacar igualmente las medidas adoptadas en el marco de la pandemia. Pues con ellas, antes que reorientar la economía política preexistente la han reforzado, con preferencias en favor del sistema financiero y de los actores económicos más fuertes. Pero, además, disminuyendo garantías para los trabajadores, asumiendo todos los costos sociales mediante distribución de transferencias siempre insuficientes, elevando el endeudamiento público sin incrementar de donde es posible los ingresos tributarios, poniendo en vilo la inversión social de cara al desarrollo integral de las regiones, poblaciones y comunidades[149].

En el plano internacional, esto se ha producido mediante la suscripción de tratados de libre comercio, de promoción de la inversión y de prohibición de la doble tributación, todos ellos justificados en la necesidad de liberalizar los

---

148 Así sucede en economías de primer mundo, donde la pobreza extrema desapareció en las últimas décadas gracias al modelo propuesto por Keynes, basado en el crecimiento económico continuado a interés compuesto. Este modelo justamente resaltó el papel de la ciencia, la tecnología y la capacidad de los avances al alcance de la mayor parte de la población como el clima perfecto para el desarrollo. Keynes, J. M. Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero. Bogotá: FCE. Kington, A. *et. al.* (2011) Stories and Statistics: Describing a Mixed Methods Study of Effective Classroom Practice. Journal of Mixed Methods Research, 1936, vol. 5.

149 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164, p. 41.

mercados, otorgar seguridad jurídica y asegurar la máxima utilidad posible a los inversionistas extranjeros.

Es palmario cómo los Estados han venido abriendo sus economías para facilitar la globalización sin sopesar el impacto social que esta genera ni las falencias internas de los mercados en términos de productividad, competitividad o las debilidades de los mecanismos de control público[150].

De igual forma, con los tratados de inversión con los que los Estados han asumido compromisos internacionales ante particulares que, como empresas o individuos, suelen invertir en sectores y actividades que generan poco desarrollo, empleabilidad precaria y enormes costos ambientales[151]. Esto a través de cláusulas estándar indeterminadas pero ciertas con las que se aseguran a favor de los últimos expectativas como derechos adquiridos y trato desigual "positivo" frente a los nacionales[152], a cambio de obligaciones a cargo de los primeros que o bien congelan su capacidad de intervención legítima y justificada en mandatos constitucionales como la protección de derechos humanos[153] o, en su defecto, les imponen un deber de indemnizar

---

150 Cfr. Bollé, Patrick. Desigualdad y globalización financiera en un informe que llega justo a tiempo. En *Revista Internacional del Trabajo.* oit. Ginebra. 2008. p. 485. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s7_bolle.pdf

151 Cfr. Bonnitcha, Jonathan. Foreign Investment, Development and Governance: What international investment law can learn from the empirical literature on investment. *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7, n.º 1, p. 31-54.

152 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-252 de 2019, 6 de junio de 2019. Disponible en: . Sobre el particular, se recomienda el estudio de Berger, Busse and Nunnenkamp, en el que se demuestra que los tratados de inversión bilaterales y regionales solo logran atraer inversión extranjera a países en desarrollo cuando se pactan reglas de admisión de la inversión laxas. Los autores se centraron en dos disposiciones de inversión relacionadas con la liberalización y la protección de la inversión extranjera: a) garantías de acceso a los mercados para los inversores extranjeros mediante el trato nacional de nación más favorecida (tn y tnmf) durante el preestablecimiento; y (b) compromisos creíbles contra el trato discriminatorio y discrecional a través de cláusulas compromisorias ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones. De esta forma, los tratados de inversión, además de otorgar los beneficios de protección de la inversión que por regla general consignan de manera expresa, comprometen a los Estados anfitriones a brindar la mejor protección posible o la más extendida en comparación tanto con los nacionales -para el caso del tn- y como con los demás inversionistas internacionales -para el tnmf. Berger, Axel *et al.* Do trade and investment agreements lead to more fdi? Accounting for key provisions inside the black box. International Economics and Economic Policy, 2013, vol. 10, no 2, p. 247. Ver también Harding, Torfinn; Javorcik, Beata S. Roll out the red carpet and they will come: Investment promotion and fdi inflows. The Economic Journal, 2011, vol. 121, no 557, pp. 1.445-1.476.

153 Cfr. Shinde, Sheetal Narayanrao. Investment and Human Rights: Sensitizing the Arbitration Mechanism to Protect Human Rights in the Host State. Indian J. Arb. L., 2018, vol. 7, p. 45.

lo ordenado y calculado con altos márgenes de arbitrariedad por tribunales de arbitramento internacional[154].

Por lo que hace a los tratados de doble tributación como instrumentos destinados a robustecer las políticas de "internacionalización" de la economía, se afirma que su valoración depende del tipo de modelo que se adopte y que sus beneficios para los países receptores del comercio y de los capitales se pueden esperar en el largo plazo[155]. Sin embargo, para el caso de América Latina, ha demostrado que las ventajas que suponen estos instrumentos internacionales dependen de condiciones macroeconómicas sólidas y estables que un número importante de los Estados que integran la región no poseen[156]. De modo que lo que queda de ellos, aún a nuestros días, hace "forzoso reconocer la injusticia que supone que un incentivo fiscal establecido en favor de un inversor extranjero, con el consiguiente sacrifico del país que lo concede, quede en definitiva no en beneficio del mismo sino del Estado del cual [aquel] es residente"[157].

En paralelo, no se ha observado desde el Norte Global un compromiso decidido por aprobar un sistema de responsabilidad internacional de las empresas (multinacionales) por violación de derechos humanos, menos aún por atribuirles obligaciones concretas de satisfacción de estos últimos. Una aspiración o un reclamo. Lo anterior, no obstante las evidencias de su incidencia en los conflictos sociales, los desplazamientos y daños ambientales

---

154 Cfr. Reinisch, August. How narrow are narrow dispute settlement clauses in investment treaties? *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, n.º 1, pp. 115-174. Ver también Bjorklund, Andrea K. (ed.). Yearbook on International Investment Law & Policy 2014-2015. Oxford University Press, 2016, pp. 269-264.

155 Granados, A. "Los convenios para evitar la doble imposición en Colombia: aspectos generales sobre la tributación de los beneficios empresariales". En *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* - Núm. 77 - Año 54, Noviembre 2017 - ISSN: 0122-0799 - Bogotá, Colombia - pp. 311 – 318.

156 Cfr. Shah, Mumtaz Hussain and Qayyum, Saba, Impact of Double Taxation Treaties on Inward FDI in Latin American and Caribbean Developing Countries. *Business & Economic Review*, Vol. 7(1), p. 1-18, 2015, Disponible en: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2846484. También sobre el bajo o nulo incentivo que tales tratados producen para atraer inversión extranjera en economías nacionales de bajos ingresos, vid. Eric Neumayer (2007) Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries?, *The Journal of Development Studies,* 43:8, 1501-1519, DOI: 10.1080/00220380701611535l.

157 Cfr: Vallejo, J.M. y Gutiérrez, M. "Los convenios para evitar la doble imposición. Análisis de sus Ventajas e inconvenientes. *Documentos de trabajo, Instituto de Estudios Fiscales* DOC. n.º 6, 2002, p. 31. Disponible en: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/2/11542/jmvallejo.pdf.

soportados por las comunidades, mercados y territorios donde operan. No obstante ser, de más en más, en el Sur Global, las productoras y prestadoras de los bienes y servicios con que se satisfacen en especial los derechos que garantizan las condiciones materiales mínimas de existencia digna (p.e., salud, educación, alimentación, vivienda, servicios públicos esenciales), así como las que disponen y explotan con las ventajas y privilegios enunciados, valiosos recursos naturales (p.e. agua, tierras, maderas, petróleo, oro, coltán).

Es decir que los Estados, al establecer y juridificar un orden económico que produce, incrementa y en definitiva normaliza la pobreza y la desigualdad, materialmente no son lo que se predican. Dicho de otro modo, dejan ver que esos mandatos constitucionales que definen como fines últimos de la organización política la dignidad humana, el bienestar colectivo y el desarrollo social y económico sostenible y como formas y procedimientos de actuación la democracia y el *rule of law* son aparentes[158]. O que no son estos los valores fundamentales perseguidos, ni es democrático, representativo ni al servicio del interés general, el ejercicio del poder público[159].

OBSERVACIONES FINALES

La multiplicidad de dimensiones y significados que pueden alcanzar la pobreza y la desigualdad ponen de presente lo amplio y heterogéneo que ha sido su estudio y análisis a lo largo de los años. De manera que no solo son muchas las facetas que adquieren estos conceptos sino también las perspectivas desde las que se analizan (descriptiva, analítica, deontológica, pero también política, económica, sociológica, filosófica, entre otras).

Sin embargo, las diferencias y ante todo las dificultades cognitivas y de medición de la pobreza y la desigualdad no han sido óbice para reconocer su existencia, sus componentes social, económico, ambiental, ciudadano y político, sus consecuencias lacerantes de la condición humana, como problemas y realidades que se profundizan, renuevan e incrementan. Y las respuestas han sido insuficientes, incoherentes o perversas.

---

158 Law, D. S.; Versteeg, M. *Sham Constitution*. California Law Review, 2013, p. 101.

159 Correa Henao, Magdalena. "Transformative constitutionalism and extreme inequality: a problematic relationship". En Albert, Richard, Bernal, Carlos, Benvindo, Juliano (eds). Constitutional Change and Transformation in Latin America. Oxford, Hart, 2019, p. 333.

Esto ha sido así porque el valor que guía la cultura predominante es que la libertad fáctica y la igualdad material es para los más fuertes. Ello se manifiesta poderosamente en el funcionamiento de la economía legal e ilegal, en el antropocentrismo, así como en las relaciones políticas, interpersonales o de intereses que se establecen en el marco del sistema convencional (occidental) de organización social. En consecuencia, la pobreza y la desigualdad se tornan en irremediables, tolerables, necesarias, al ser el resultado de un patrón de comportamiento individualista y utilitario, el único eficiente para alcanzar el crecimiento y la prosperidad, porque premia el logro de los objetivos particulares como medio indispensable.

Es extraño, sin embargo, que esta preconcepción no haya sido puesta seriamente en cuestión, antes que por sus fundamentos, por sus resultados. Pues la libertad, la autonomía, la dignidad de autoconstruir las condiciones de existencia están por fuera de toda duda como finalidades últimas de un orden político y social justo, más con la garantía de que sea fáctica, universal, con las igualdades y diferencias requeridas, según las oportunidades y las capacidades. Pero también con responsabilidad y obligaciones, esto es, deberes de conducta como la buena fe y el no abuso del derecho entre los particulares, mandatos exigibles para el Estado o quienes proveen bienes y servicios públicos o meritorios. Sin ellos, lo que hay son privaciones, exclusiones, indignidad humana en aumento, malestar social, inseguridad, ingobernabilidad, daño irreversible sobre el medioambiente, ineficiencias económicas e insostenibles en el mediano y largo plazo.

Evadir la protección de la dignidad humana de quienes viven en condiciones precarias de subsistencia es una decisión jurídica, política y administrativa de los Estados. La pobreza y la desigualdad, en su diversidad y en su proximidad, son el resultado de estructuras y decisiones políticas y corporativas, de omisiones deliberadas y de normas jurídicas nacionales e internacionales que promueven el crecimiento económico a toda costa, pero no la prosperidad compartida ni el desarrollo de ciertos sectores de la población. De aquí el reproche, pero también la solución, pues es este el medio o la herramienta adecuada para reducir o eliminar eficientemente la pobreza y la desigualdad.

Los cálculos y proyecciones de que con el modelo económico aplicado y garantizado por los Estados todos perdemos, acentúan pues la fuerza no solo moral y normativa sino material del imperativo de una justicia redistributiva, restaurativa y transformadora que erradique la pobreza y disminuya radical-

mente la desigualdad económica y todas sus exclusiones[160]. El procedimiento democrático, el *rule of law*, la pluralidad y la participación, la autonomía territorial, la garantía de mínimos, se muestran aún como principios básicos para lograrlo. El desarrollo como derecho humano y colectivo, la política social como eje de la política, la tecnología como un bien público asegurado, una economía incluyente con reparto equitativo de sus costos y utilidades y sentido de la preservación de los recursos escasos, entre muchas, se plantean como métodos razonables y útiles. ¿Qué hace falta entonces? Tan solo, ¡vaya si no es poco!, una ruptura de los paradigmas de la cultura *up-down* consciente y decente que haga posible cumplirlos y activarlos. ¿Seremos capaces?

¿Tendremos el buen criterio de emplear sabiamente nuestra riqueza para sanear un planeta dividido, poner fin al sufrimiento de quienes todavía están atrapados por la pobreza y forjar un vínculo común de humanidad, seguridad y metas comparativas entre culturas y pueblos?

REFERENCIAS

Amarante, Verónica y Jiménez, Juan Pablo. "Desigualdad, concentración y rentas altas en América Latina". En Jiménez, Juan Pablo (editor). Desigualdad, concentración del ingreso y tributación sobre las altas rentas en América Latina. Santiago de Chile, cepal, 2015, p. 26. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39662/S1420855_es.pdf?sequence=1

Álvarez Icasa, Emilio; Colledani, Norma y González, Imelda. Discriminación y exclusión. En Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Organización de Estados Americanos. Segunda edición. Disponible en: Disponible en: https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf

Banco Interamericano de Desarrollo. Documento de Trabajo del bid No 591: Pobreza, Vulnerabilidad y la Clase Media en América Latina, 2015.

Banco Interamericano de Desarrollo. Documento de Discusión n.° ibd-dp-820: Implicaciones Sociales de Covid-19: Estimaciones y Alternativas para América Latina y El Caribe, 2020.

Banco Mundial. Debido a la pandemia de Covid-19, el número de personas que viven en la pobreza extrema habrá aumentado en 150 millones para 2021. Banco

160 Cfr. cepal. Panorama Social de América Latina. 2019. p. 95. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/44969-panorama-social-america-latina-2019

Mundial. 7 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021

Banco Mundial. lac Equity Lab. Ver, Banco Mundial, Poverty and Inequality and Monitoring Latin America and the Caribbean: A Slowdown in Social Gains, 2016.

Banco Mundial. Trabajar por el Fin de la Pobreza en América Latina y el Caribe – Trabajadores, Empleos y Salarios, junio de 2015.

Banco Mundial. Comunicado de prensa, octubre 17/2018. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day

Banco Mundial. "Poverty and Shared Prosperity 2018: Piecing Together the Poverty Puzzle", Washington, 2018, 201 p. Disponible en: .

Banco Mundial. Índice de Gini. En: Indicadores Banco Mundial [en línea]. Disponible en: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30418/9781464813306.pdf.

Bárcena, Alicia *et al*. The social inequality matrix in Latin America. cepal Review, 2010.

Bazán Ojeda, Abigail; Quintero Soto, María Luisa y Hernández Espitia, Aurea Leticia. Evolución del concepto de pobreza y el enfoque multidimensional para su estudio. En *Revista Quivera*. Vol. 13. n.º 1. Enero-junio de 2011. Universidad Autónoma de México. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/401/40118420013.pdf

Beaudoin, Steven M. Poverty in world history. Routledge, 2006, p. 10.

Berger, Axel *et al*. Do trade and investment agreements lead to more fdi? Accounting for key provisions inside the black box. International Economics and Economic Policy, 2013, vol. 10, n.° 2.

Bollé, Patrick. Desigualdad y globalización financiera en un informe que llega justo a tiempo. En Revista Internacional del Trabajo. oit. Ginebra. 2008. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s7_bolle.pdf

Bonnitcha, Jonathan. Foreign Investment, Development and Governance: What international investment law can learn from the empirical literature on investment. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, no 1, 2016, p. 31-54.

Booth, Charles. Life and labour of the people in London: first results of an inquiry based on the 1891 census. 1893. *Journal of the Royal Statistical Society*, vol. 56, n.° 4, pp. 557-593.

Bresser, Luis Carlos. Neoliberalismo y teoría económica. *Nueva Sociedad* 221, mayo - junio 2009, issn: 0251-3552. Disponible en: https://nuso.org/articulo/neoliberalismo-y-teoria-economica/.

Buhr, P. y Leibfried, S. What a difference a day makes: the significance for social policy of the duration of social assistance receipt en Beyond the threshold. Bristol: Policy Press. Room, G. (ed.). United Kingdom. 1995.

Camacho, María Claudia. Desigualdad en el empleo y el trabajo. En: oea. *Desigualdad e inclusión social en las Américas, op. cit*.

Cañete Alonso, Rosa. Privilegios que niegan derechos: desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe, 2015 [en línea]. oxfam. Disponible en: https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/reporte_iguales-oxfambr.pdf.

Casanovas, Oriol y Rodrigo, Ángel. Compendio de derecho internacional público. Tecnos. Quinta edición. Madrid. 2016.

cepal. La Medición Multidimensional de la Pobreza. lc/l.3615 (ce.12/5), 17 de abril de 2013.

cepal. La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. Santiago de Chile, febrero de 2001. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4762/S0102116_es.pdf

cepal. Panorama Social de América Latina, 2019. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/44969-panorama-social-america-latina-2019

cepal. El Covid-19 tendrá graves efectos sobre la economía mundial e impactará a los países de América Latina y el Caribe. cepal.org. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/45527-desafio-social-tiempos-covid-19.

cepal. Pobreza infantil en América Latina y el Caribe. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1421/S2010900_es.pdf?sequence=1.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. oea/Ser.l/v/ii.164, p. 41.

Comunidad Europea. "On specific community action to combat poverty (Council Decision of 19 December 1984), 85/8/eec". En *Official Journal of the eec* (Bruselas) Vol. 2, n.º 24.

Correa Henao, Magdalena. "Transformative constitutionalism and extreme inequality: a problematic relationship". En Albert, Richard, Bernal, Carlos, Benvindo, Juliano (eds). *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. Oxford, Hart, 2019, p. 333.

Correa Henao, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008.

Crook, Clive. 'The Most Important Book Ever Is All Wrong' Bloomerang Opinion, April 20, 2014.

Deaton, Angus. Covid-19 and global income inequality. National Bureau of Economic Research, 2021.

Delong, J. Bradford *et al.* (editors) Debatiendo a Piquetty. La agenda par a la economía y la desigualdad. Barcelona, Planeta, 2018.

Declaración final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. A/conf.157/dc/1/Add.1. junio de 1993.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 14 de julio de 2020. Boletín Técnico Pobreza Monetaria en Colombia Año 2018. Bogotá, Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/2018/bt_pobreza_monetaria_18.pdf).

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 3 de mayo de 2019. Comunicado de prensa: Pobreza Multidimensional en Colombia, 2019 y 2018 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 13 de octubre de 2020. Boletín técnico: Pobreza Monetaria en Colombia, 2019 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística. 21 de diciembre de 2020. Boletín técnico: Pobreza Monetaria Departamental, 2019 (Misión de Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad). Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación, 2012. Metodologías oficiales y arreglos institucionales para la medición de la pobreza en Colombia (Documento conpes Social 150). Bogotá: dnp.

Desai, Meghnad. Human development: concepts and measurement. *European Economic Review*, 1991, vol. 35, n.° 2-3.

Development Finance International; oxfam, 2020. Combatir la desigualdad en tiempos de coronavirus: Índice de Compromiso con la Reducción de la Desigualdad (cri) 2020 [en línea]. Disponible en: https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621061/rr-fighting-inequality-covid-19-cri-index-081020-summ-es.pdf.

Díaz de Valdés, José Manuel. La igualdad constitucional: múltiple y compleja. *Revista chilena de derecho*, Santiago de Chile, vol. 42, n.° 1, 2015, pp. 153-187. issn 0718-3437. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100007.

Dixon, Rosalind & Suk, Julie. Liberal Constitutionalism and Economic Inequality. The University of Chicago Law Review, 85, 2018.

Edelman, Oya & Borras. "Legal dispossession and civil war in Colombia". In *Journal of Agrarian Change*. 2013, 2017;17:759–769. Disponible en: https://onlinelibrary.wiAct.com/doi/epdf/10.1111/joac.12233

fao. Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional en América Latina y el Caribe, 2012, p. 12.

Feres, Juan Carlos y Mancero, Xavier. La medición de la pobreza. Breve revision. cepal, s.f., s.a. Disponible en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/enfoques-para-la-medicion-de-la-pobreza-breve-revision-de-la-literatura.pdf.

Fondo Monetario Internacional, Database, oct. 2017. Disponible en: https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/02/weodata/index.aspx.

Foro Económico Mundial, 2020. The Global Social Mobility Report 2020 Equality, Opportunity and a New Economic Imperative, p. 6.

Fresneda, Óscar. "La Focalización en el Régimen Subsidiado de Salud: Elementos para un Balance". En *Rev. Salud Pública*. 5 (3):209-245, 2003. Disponible en: https://www.scielosp.org/pdf/rsap/2003.v5n3/209-245.

Furchtgott-Roth, Diana 'The Systematic Errors in Thomas Piketty's New Book' Real Clear Markets (April 22, 2014).

Galvis, Luis; Meisel, Adolfo. Aspectos regionales de la movilidad social y la igualdad de oportunidades en Colombia. Cartagena: Documentos de trabajo sobre economía regional #196, ceer - Banco de la República, 2014, 1, 12, 40.

Garay, Luis Jorge y Espitia, Jorge Enrique. Desigualdad y Reforma estructural tributaria en Colombia. Hacia una economía política de inclusión social. Bogotá, Ediciones Desde abajo, 2020.

Garay, Luis Jorge y Espitia, Jorge Enrique. Dinámicas de las desigualdades en Colombia: En torno a la economía política en los ámbitos socioeconómico, tributario y territorial. Bogotá D.C.: Ediciones Desde Abajo, 2019, p. 112) citado por Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Jorge Garay Salamanca, Jorge Enrique Espitia Vivian Newman Pont *et al.*, art. cit.

Gasparini, Leonardo; Cicowiez, Martín y Sosa Escudero, Walter. Pobreza y desigualdad en América Latina: conceptos, herramientas y aplicaciones. Documentos de Trabajo del cedlas.

Gradín, Carlos; Del Río, Coral, 2001. La medición de la desigualdad. Vigo: Universidad de Vigo. Disponible en: https://ctinobar.webs.ull.es/1docencia/desigualdad%20social/vigo.pdf.

Granados, A. "Los convenios para evitar la doble imposición en Colombia: aspectos generales sobre la tributación de los beneficios empresariales". En *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* - Núm. 77 - Año 54, Noviembre 2017 - issn: 0122-0799 – Bogotá.

Guerrero Pino, Yolanda. Colombia: sistema Financiero y Pobreza. En *Revista Ola Financiera*. Vol. 10 n.° 27. Mayo-agosto de 2017. Disponible en: http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/27/pdfs/pdf27/GuerreroOlaFin27.pdf

Insulza, José Miguel. Desigualdad, democracia e inclusión social. En Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos. Organización de Estados Americanos. Segunda edición. Disponible en: https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf

Jacob, Olaf; Perticará, Marcela C. (ed.). Pobreza, desigualdad de oportunidades y políticas públicas en América Latina. Konrad Adenauer Stiftung, sopla, 2012. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=d82f6024-1a73-0a65-6ea4-530e5bd750d3&groupId=252038

Jonguitud Zamora, Jaqueline. El derecho al desarrollo como derecho humano: entre el deber ser, el ser y la necesidad. En *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Ceriol*. n.º 36/37. Valencia. 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23303.pdf

Keynes, J. M. Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero. Bogotá: fce. Kington, A. *et. al.* (2011) Stories and Statistics: Describing a Mixed Methods Study of Effective Classroom Practice. Journal of Mixed Methods Research, 1936, vol. 5.

Hardoon, D. Una economía para el 99%: Es hora de construir una economía más humana y justa al servicio de las personas. oxfam. doi: http://dx. doi. org/10.21201/2017.8616, 2017.

Harding, Torfinn; Javorcik, Beata S. Roll out the red carpet and they will come: Investment promotion and fdi inflows. *The Economic Journal*, 2011, vol. 121, n.° 557.

Haughton, Jonathan; Khandker, Shahidur R. Handbook on poverty inequality. World Bank Publications, 2009.

Holzmann, Robert; Jorgensen, Steen. Manejo social del riesgo: un nuevo marco conceptual para la protección social y más allá. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 2003, vol. 21, n.° 1. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/120/12021106.pdf

Law, D. S.; Versteeg, M., 2013. Sham Constitution. *California Law Review*, 101.

López Jiménez, José María. La desigualdad y la pobreza en el mundo: una realidad con varias faces. En *Revista eXtoikos*. n.º 13, 2014. Disponible en: http://www.extoikos.es/numero13.htm

Luhmann, Niklas, 2002. Teoría Política en el Estado de Bienestar, Alianza Universidad.

Macnamara, Robert Strange. One Hundred Countries, Two Billion People. The Dimensions of Development. Praeger, 1973.

Melamed, Claire & Samman, Emma. Equity, inequality and human development in a post-2015 framework. United Nations Development Programme. *Research paper*. New York. February 2013.

Moller, Lars Christian. Política Fiscal en Colombia: Aprovechamiento de su Potencial para lograr una Sociedad más Equitativa. Banco Mundial, 2012. Disponible en: http://documents1.worldbank.org/curated/en/685441468026423863/pdf/676230spanishooiedadoMasoEquitativa.pdf

Mudde, C. & Rovira Kaltwasser, C. (2018). Studying Populism in Comparative Perspective: Reflections on the Contemporary and Future Research Agenda. Comparative Political Studies, 51(13), 1667–1693. Disponible en: https://doi.org/10.1177/0010414018789490.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. "Derechos Humanos y Pobreza Extrema: Informe del experto independiente Arjun Sengupta Human sobre cuestiones de derechos humanos y extrema pobreza". 2005, UN DOC: E/CN.4/2005/49.

Naciones Unidas. Declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Cuestiones Sustantivas que se Plantean en la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". 25 periodo de Sesiones, Ginebra, 23 de abril - 11 de mayo de 2001.

Naciones Unidas. The Copenhagen Declaration and Programme of Action, Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1995.

Neumayer, Eric. Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries?, *The Journal of Development Studies*, 43:8, 1501-1519, DOI: 10.1080/00220380701611535l, 2007.

Novales Cinca, Alfonso. Crecimiento Económico, desigualdad y pobreza. Intervención del académico ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. 21 de junio de 2011. Disponible en: https://www.ucm.es/data/cont/docs/518-2013-11-27-Ponencia%20210611.pdf

OIT. "The framework of ILO action against poverty" en Rodgers, G. (ed.) The poverty agenda and the ILO, Ginebra, International Labour Organization, 1995.

Núñez Méndez, Jairo. Impacto de los aislamientos obligatorios por covid-19 sobre la pobreza total y extrema en Colombia. mimeo, Fedesarrollo, Bogotá, 2020. Disponible en: https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/DocumentosTrabajo/impacto_de_los_aislamientos_obligatorios_.pdf

OECD. A Broken Social Elevator? How to Promote Social Mobility (June 2018) 26.

Observatorio de Coyuntura Económica y Social *et al.* Efectos en pobreza y desigualdad del Covid-19 en Colombia: un retroceso de dos décadas. Nota Macroeconómica n.º 20, 2020. Disponible en: https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/41160.

Organización de Naciones Unidas. Resolución AG 41/128. Declaración sobre el derecho al desarrollo. 4 de diciembre de 1986.

Pisarello, E. Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción. Madrid, Trotta, 2007.

pnud. Informe de Desarrollo Humano. Glosario de Derechos Humanos y Desarrollo Humano, 2015.

pnud. Informe de Desarrollo Humano. Pobreza, derechos humanos y desarrollo humano, 2000.

pnud. Índices e indicadores de desarrollo humano Actualización estadística de 2018. Washinton, 2018.

pnud. Oxford Poverty and Human Development Initiative (ophi), 2019. Global Multidimensional Poverty Index. Illuminating inequalities, 1997.

pnud. Informe sobre desarrollo humano. Mundi-prensa. New York (eua), 1997.

Prieto Sanchís, Luis. Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México, 1997, p. 16.

Quintana, Eva. Medición de la pobreza: enfoques multidimensionales. Editorial Escuela Virtual pnud, 2008.

Reygadas, Luis. The Symbolic Dimension of Inequalities. desigualdades.net, pp. 9-11.

Reinisch, August. How narrow are narrow dispute settlement clauses in investment treaties? *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, vol. 2, no 1, p. 115-174. Ver también Bjorklund, Andrea K. (ed.). Yearbook on International Investment Law & Policy 2014-2015. Oxford University Press, 2016, pp. 269-264.

Ríos Espinosa, María Cristina. Bernard Mandeville: la ética del mercado y la desigualdad social como base del progreso moderno. En-clav. pen [online]. 2007, vol.1, n.1 [citado 2020-07-31], pp.13-38. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2007000100002&lng=es&nrm=iso>. issn 2594-1100.

Robert, Maryse. La desigualdad y la inclusión social en las Américas: Elementos clave, tendencias recientes y caminos hacia el futuro. En *Desigualdad e inclusión social en las Américas: 14 ensayos*. Organización de Estados Americanos. Segunda edición. Disponible en: https://www.oas.org/docs/desigualdad/libro-desigualdad.pdf

Sachs, Jeffrey. El fin de la pobreza: cómo conseguirlo en nuestro tiempo. Debate, 2013.

Sánchez Almanza, Adolfo. Crecimiento económico, desigualdad y pobreza: una reflexión a partir de Kuznets. Prob. Des [online]. 2006, vol.37, n.145 [citado 2020-08-04], pp.11-30. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362006000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0301-7036.

Sen, Amartya. *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Alianza. Madrid. Primera Edición, 2000, pp. 14-20.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-252 de 2019, 6 de junio de 2019. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-252-19.htm.

Shah, Mumtaz Hussain & Qayyum, Saba, Impact of Double Taxation Treaties on Inward FDI in Latin American and Caribbean Developing Countries (2015). *Business & Economic Review*, Vol. 7(1), p. 1-18, 2015, Disponible en: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2846484.

Shinde, Sheetal Narayanrao. Investment and Human Rights: Sensitizing the Arbitration Mechanism to Protect Human Rights in the Host State. Indian J. Arb. L., 2018, vol. 7, p. 45.

Silber, Jacques (ed.). Handbook of income inequality measurement. Springer Science & Business Media, 2012.

Ribotta, Silvina. Pobreza, hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren hambre. *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, 2010, vol. 4, no 1, p. 144-180.

Smith, Adam. *Riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza, 1994, vol. 37, 1776, pp. 67-72.

Spicker, Paul. Definiciones de pobreza: doce grupos de significados. En *Pobreza: un glosario internacional*. Paul Spicker, Sonia Álvarez Leguizamón, David Gordon (eds.). CLACSO, Buenos Aires, 2009.

Stiglitz, J. E. el precio de la desigualdad, el 1% de la población tiene lo que el 99% necesita, Taurus, Madrid, 2012.

Tilly, Charles. Durable inequality. University of California Press. United States. 1998.

Urquijo Angarita, Martín J., 2014. La teoría de las capacidades en Amartya Sen. Edetania, n.º 46.

Vallejo, J.M. y Gutiérrez, M. "Los convenios para evitar la doble imposición. Análisis de sus ventajas e inconvenientes. Documentos de trabajo. Instituto de Estudios Fiscales doc. n.º 6, 2002, p. 31. Disponible en: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/2/11542/jmvallejo.pdf.

Vélez Grajales, Roberto; Campos Vázquez, Raimundo y Fonseca, Claudia. *El concepto de movilidad social: dimensiones, medidas y estudios en México*. México, Centro de Estudios Raimundo Yglesias, 2015.

Vera, Óscar Parra. Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano. Revista iidh, pp. 273-320.

Wilkinson, Richard y Pikett, Kate. *The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better*, Allen Lane, 2009.

Zamora, Héctor F. ¿Qué es ser pobre para el Dane en Colombia? *Portafolio*, mayo 3 de 2019. En: https://www.portafolio.co/economia/que-es-ser-pobre-para-el-dane-en-colombia-529203.

CAPÍTULO II

Desnaturalizar la desigualdad: revolucionar al Estado en el siglo XXI

Denaturalize inequality: An XXI Century revolution of the State

GERMÁN MEDARDO SANDOVAL TRIGO*

RESUMEN

América Latina es una de las regiones más pobres del mundo y por desgracia la más desigual. La desigualdad ha sido un problema desde el colonialismo a la fecha; sin embargo, poco se ha escrito sobre las raíces coloniales de la desigualdad y cómo históricamente se ha naturalizado en el Estado y consecuentemente en el Derecho. La debilidad discursiva del Estado latinoamericano solo se equipara al autoritarismo de su expresión, para hacerse imponer desde la violencia de sus normas. Por tanto, el colonialismo interno que priva en el campo político, económico y jurídico, la dependencia económica internacional y el papel geopolítico de las elites nacionalistas en el plano geopolítico, se han vuelto el contrapeso que perpetúa la desigualdad.

En este capítulo pretendo analizar los fundamentos coloniales de la desigualdad y llevarlos al campo de la reflexión y propuesta, a fin de comprender una visión de Estado e instituciones políticas y sociales que desnaturalicen el régimen de desigualdad desde la raza, la clase y el género hacia un giro en la comprensión de la Constitución y el Estado desde los que se pueda aprehender y aprender a partir de los movimientos sociales y las luchas de resistencia en América Latina.

PALABRAS CLAVE

Descolonización del Derecho; Colonialidad del saber; Biopolítica; Refundar el Estado

ABSTRACT

Latin America is one of the poorest regions in the world and unfortunately the most unequal. Inequality has been a problem since colonialism to date, however, little has been written about the colonial roots of inequality and how it has historically been naturalized in the state and consequently in law. The discursive weakness of the Latin American State is only equated with the authoritarianism of its expression, to make itself imposed from the vio-

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de tiempo completo en la Universidad del Norte. Su línea de investigación parte de las Epistemologías del Sur y la descolonización del Derecho.

lence of its norms. Therefore, the internal colonialism that deprives in the political, economic and legal fields, the international economic dependence and the geo-political role of the nationalist elites in the geo-political plane, have become the counterweight that perpetuates inequality. In this chapter I intend to analyze the colonial foundations of inequality and take them to the field of reflection and proposal, in order to understand a vision of the State and political and social institutions that distort the inequality regime from race, class and gender towards a turn in the understanding of the Constitution and the State from which it can be apprehended and learned from social movements and resistance struggles in Latin America.

KEYWORDS

Decolonization of Law; Coloniality of Knowledge; Biopolitic; Refound the State.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la narrativa geopolítica contemporánea existen tres elementos sobre los que el presente latinoamericano es descrito con suma realidad y crudeza: pobreza, debilidad institucional y desigualdad social. No es nada nuevo asumir que estos tres conceptos están ligados esencialmente al desarrollo histórico del presente en la región; sin embargo, vale decir que, si bien es cierto, no somos la región más pobre, en pleno siglo XXI somos la región más desigual del planeta.

A pesar de la preocupación internacional (como los Objetivos de Desarrollo Sostenible propuesto por las Naciones Unidas) y los procesos locales (las agendas de desarrollo de cada país), los avances sobre la disminución de la brecha de la desigualdad en la población latinoamericana muestran una progresión lenta e, incluso, casi aparente. Las políticas públicas suelen concentrarse en acciones políticas que terminan en el populismo disfrazado de programas asistencialistas, o bien en la retórica hueca de los discursos constitucionales sobre la protección de derechos fundamentales instrumentalizados en concordancia con las políticas neoliberales. En esta tesitura, quizá la tendencia más clarificadora de la reducción de la desigualdad sea la extensión de los padrones electorales y su participación en los ejercicios democráticos; sin embargo, la realidad sobre la democracia institucional y

las consecuencias del monopolio de las elites en los procesos democráticos continúa produciendo una peligrosa articulación entre elites políticas, diseño económico del sistema jurídico y simulación democrática.

Dentro de la razón institucional, la transformación social solo puede ser tomada en cuenta desde el ejercicio de los derechos y las políticas públicas instrumentalizadas por el Estado, que en ambos casos dependen estructuralmente del marco constitucional. En este sentido, la tradición constitucional latinoamericana ha ofrecido un crisol de alternativas transformadoras como lo fue la Constitución mexicana de 1917, la colombiana de 1991, o la ecuatoriana de 2008. Empero, la instauración de un contenido constitucional que marche a la par de las necesidades reales de su sociedad ha mostrado una distancia casi tan grande como la propia desigualdad social que pretende reducir. La inflación reformista en las constituciones (o las leyes secundarias que posibilitan las promesas de las cartas magnas) solo devela la alternancia entre la otrora voluntad popular y las agendas económicas globales que dependen del ejercicio político de las elites. Por tanto, el giro de este capítulo se centra en la instauración de un sentido diferente de la constitución que, desde abajo, pueda retomar el carácter transformador del *Estado*[1]. De ello el título de este capítulo, si deseamos propugnar por la continuación de un proyecto reformista, me parece que es suficiente con la actualización de un catálogo de derechos humanos y fundamentales que al fin terminarán por ser considerados como derechos difusos, o reformulados en las cortes supremas para homogenizarse con las reformas económicas y los megaproyectos nacionalistas en pro del libre mercado; por tanto, usando la clásica oposición al reformismo, la refundación de la acción política deberá desnaturalizar la desigualdad y revolucionar al Estado.

---

1 En este sentido utilizo la noción de la Refundación del Estado que propone Boaventura de Sousa Santos en *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*. Por lo que la idea de refundación implica necesariamente pensar una organización social más allá del colonialismo y del capitalismo, ejes que articulan la naturalización del Estado como medio de la clasificación racial, de género y de clase desde una concepción hegemónica a fin de continuar el proyecto colonial.
De Sousa Santos, Boaventura. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur [en línea]. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Socidad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf.. 156 p. ISBN: 978-612-45667-2-1

El presente capítulo pretende incluirse en la discusión derivada de "Constitucionalismo en marcha: prospectiva a 2030". Desde este acercamiento, he pretendido plantear una cuestión: sin la refundación del Estado no es posible acotar la brecha de desigualdad.

Esta visión parte de la propuesta de las epistemologías del Sur, por lo que este capítulo tiene la misión de construir un diálogo entre las prácticas y experiencias, con las expectativas y anhelos de nuestra región. La visión que se comparte pretende tejer un puente entre expectativas y experiencias a fin de proveer un horizonte de posibilidades utópicamente realistas, antes que una versión optimista-ingenua o distópica.

De conformidad con lo anterior, la extensión de este capítulo construye un andamiaje temático que resalta la construcción histórica de la desigualdad y la *naturalización* de esta como una sustancia esencial de la emergencia de las instituciones políticas coloniales e independentistas, consolidadas desde la afirmación de las elites europeas y luego criollas. Este trabajo sitúa un entendimiento sincrónico entre la desigualdad en Latinoamérica y el ejercicio de poder de las elites como la *esencia política* de la identidad institucional del Estado latinoamericano.

Desde este capítulo, la narrativa de la desigualdad no se establece como una condición o consecuencia diacrónica, como un simple producto de una mala implementación de normas jurídicas en el campo social, o del atraso en la cultura cívica como efecto de una continua debilidad en el discurso democrático; por el contrario, la desigualdad se entiende como una condición "natural" en el desarrollo histórico de la fundación política de los Estados excoloniales. Entiendo por condición natural al desarrollo de las instituciones políticas en América Latina, desde la continuación histórica del colonialismo que normalizó la desigualdad entre seres humanos a partir de la perspectiva de la segmentación racial, de género y de clase; pues es importante señalar que incluso la construcción del concepto de nación o la idea de Estado moderno y Constitución provienen de la tradición europea y no fueron creados a partir de necesidades generales, sino adaptados bajo esquemas particulares. En tal orientación, la asimilación de las instituciones sociales fue conformada de acuerdo con la normalización de las distinciones entre raza, clase y género, lo que evidentemente determinó la construcción desigual de las estructuras sociales en América Latina. Por tanto, pretender construir alternativas, sin desmontar la tradición colonial del eje político estatal se trata de una tarea que trabaja más en las necesidades de la urgencia y del presente, antes que

en la vocación de una transformación de fondo. ¿Cuántos siglos más? Es importante romper con las representaciones teóricas del *presentismo* que nos ata a la necesidad de dar solución instantánea a problemas de antaño. Si no sabemos en dónde estamos, nunca sabremos a dónde vamos, y mucho menos sabremos cómo llegamos a este punto si no entendemos nuestro pasado, ni el contexto de nuestro presente y las manifestaciones de su herencia histórica.

1. LA HERENCIA COLONIAL DE LA ESTRUCTURA SOCIAL

La organización social es inherente en toda expresión de la humanidad. Cada uno de los rasgos que determinan la orientación de las estructuras y funciones de las instituciones sociales forman parte de la configuración y contexto de cada grupo social. La sociología clásica, como la mayoría del conocimiento ilustrado, pretendió establecer una versión unilineal y progresista de la evolución institucional de la sociedad. Tanto los trabajos de A. Comte, E. Durkheim, M. Weber y T. Parsons –entre otros– conciben a la sociedad como un objeto cuyas caracteristicas pueden representarse en universalizaciones. Las explicaciones que van desde la dinámica social o el estructural funcionalismo tienden a proyectar el ánimo moderno de la representación universal[2]. Dichas generalizaciones sociológicas concibieron en abstracto –como el resto de las ciencias sociales– la reducción de la realidad hacia el contorno de la autodescripción de la sociedad colonial, judeocristiana y capitalistaindustrial, es decir europea, performando la extensión de las realidades periféricas al sometimiento de una realidad específica.

De tal suerte que en la construcción del ideario contemporáneo la noción de Estado moderno y sus instituciones se entiende como algo absolutamente normalizado en la literatura de las ciencias sociales y en la armonización de esta con la organización gubernamental de cada país. En este sentido, la afirmación del Estado como el pináculo de la organización social moderna, solo podría concebirse desde la representación social de la evolución del contexto histórico europeo, tanto así que las justificaciones hegelianas

---

2 De Sousa Santos, Boaventura. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. 1 Vol. Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática [en línea]. Bilbao: Desclée de Brouwer S.A., 2003. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/critica_de_la_razon_indolente.pdf. 481 p. ISBN: 84-330-1768-3.

sobre la naturaleza del Estado como superación dialéctica en la historia y la fundamentación del Derecho como un medio racional condicionarían la orientación de una sola expresión de la realidad a la noción de *progreso*[3]. Por tanto, establecer la explicación del porqué y el cómo un Estado latinoamericano debe crear estrategias para fomentar la igualdad entre sus poblaciones carece de un sentido profundo y se llena de presentismo y de angustia por el cambio, sin dar cuenta quizá de lo que es obvio: el problema no está en el presente, sino en los condicionantes pasados de nuestro presente. De ello es necesario dar cuenta de la formación de la desigualdad como parte de la herencia en la construcción de América Latina tanto en su historia colonial, como en la organización social in-dependiente. La representación de la organización social colonial fue reflejo intrínseco del reflejo eurocéntrico y de su imagen, pues más allá de un proyecto religioso, las colonias se convirtieron en la justificación de un régimen totalizador, pero para entender el alcance totalizador de las instituciones europeas, es seminal comprender la formación de su concepción totalizadora.

Los orígenes de la identidad europea están relacionados con la conciencia colectiva que afianzó al cristianismo como un ejercicio ideológico fundado en la concepción de lo absoluto, lo completo y lo total. Es importante destacar que las rutas de interacción social creadas con antelación por el imperio romano sirvieron de vías de contacto entre las diferentes comunidades pertenecientes a otras visiones de mundo, que poco a poco fueron conectándose y enriqueciéndose como parte de las dinámicas sociales, tales como la migración o el intercambio comercial. El sentido de liberación del cristianismo, la formación de un nuevo paradigma monoteísta y la redención del paraíso situaron al discurso cristiano en un medio que fluyó en otras realidades simbólicas, adaptándose a los discursos válidos de la fe en una sola identidad. Aunque en este trabajo no pretendo una antropología del cristianismo, es importante tomar en cuenta que la identidad europea está contorneada desde este, y que además sirvió como un eje toral de la unidad étnica-religiosa que constituyó la afirmación de lo próximo y lo lejano desde lo ideal, territorial y que evolucionaría más tarde en la noción de "raza". Por lo que no solo bastó la construcción de la fe, sino que la rivalidad con la religión judía y con las fronteras del islam, se contribuyó a la creación

---

3 Buck-Morss, Susan. *Hegel, Haití y la historia Universal*. Lewiston, Nueva York: Fondo de Cultura Económica USA, 2014. 232 p. ISBN 6071618088

de una consciencia colectiva situada en la *verdadera fe*, lo que se llevó al extremo (y punto más importante en la creación de la identidad europea) con las cruzadas.

Mientras que en la tradición de la cultura griega, macedónica y romana la proximidad entre grupos étnicos contribuyó a la creación de intercambios y préstamos culturales[4], luego de la caída del imperio romano, se consolidó la unidad simbólica de la identidad del cristianismo, dando paso a una visión uniformizada desde la base monolítica de pertenencia religiosa, la proyección de su identidad esencializó su proyecto cultural a partir de la oposición binaria del Ser y del No-Ser. La construcción de la identidad cristiana como un ejercicio étnico-religioso común se fortaleció con la traducción de la Biblia al latín (la *vulgata editio* a finales del siglo IV y luego reconocida hasta el concilio de Trento); sin embargo, las extensiones del culto por las antiguas venas del imperio romano dieron vida a un nuevo monopolio de interpretación. En este sentido, el aumento de comunidades de interpretación fueron coptadas por la unidad simbólica del texto y de la verdad conferida desde la fe, así tanto la pertenencia como aceptación del cristianismo homologó diferentes expresiones de pensar, sentir, actuar, creer, etcétera. En segundo lugar, a pesar de las diferencias generales, ese discurso se convirtió en una ideología reconocida y aceptada por un grupo extensamente determinado, por lo que es importante dar cuenta de que las estructuras religiosas basadas en el cristianismo encontraron nuevas y antiguas rivalidades como el judaísmo y el islam y que, en consecuencia, su identidad se afirmó a partir de la confrontación y creación de la diferencia.

Por tanto, el proceso de unificación pudo concentrarse en un discurso más o menos homogéneo a partir de un momento histórico determinante. Tal fue la oportunidad del sometimiento musulmán a la región europea. El inicio de la "reconquista" o las llamadas "cruzadas" fueron parte del proceso auto-identitario que logró convertir una identidad cristiana en una identidad europea. Las invasiones musulmanas en Europa lograron crear más que la unificación religiosa, la concepción territorial étnico-religiosa. Los orígenes

---

4 Monateri, P.G. Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En: Monateri, P.G y Geoffrey, Samuel. *La invención del Derecho Privado* [en línea]. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2006. Disponible en: https://www.academia.edu/31517172/p.g._monateri_-_gayo_el_negro. p. 266. ISBN 9586650820.

de una concepción racial basada en un discurso de superioridad que logró consolidar un frente común en contra de la presencia de otras concepciones de fe que les amenazaban. La creación de un discurso sobre la verdadera fe sirvió como un medio de contención de la religión, así la instauración de "la guerra justa" en contra del infiel, que contribuyó a la construcción de la idea de "Europa", que más allá de rasgos religiosos creó la pertenencia a un régimen geográfico y étnico-cultural desde el fundamentalismo religioso.

El uso de la guerra justa como instauración de un monopolio de interpretación de la verdad fue el propósito de aquel instrumento jurídico. Desde el concilio de Clermont el Papa Urbano II hizo un llamamiento de unificación y destrucción del enemigo de la fe:

> *On this account I, or rather the Lord, beseech you as Christ's heralds to publish this everywhere and to persuade all people of whatever rank, foot-soldiers and knights, poor and rich, to carry aid promptly to those Christians and to destroy that vile race from the lands of our friends. I say this to those who are present, it is meant also for those who are absent. Moreover, Christ commands it*[5].

A partir de ese discurso, se pretendió asumir la reconquista como el único medio que aseguraba la supervivencia, como también la continuidad del mito y la verdad que le albergaba. Pero la afirmación de la otredad tuvo un efecto significativo, pues al "Otro" se le consideró como lo opuesto al Ser, lo antitético de lo existente y que por su sustancia estaba condenado a la inexistencia. Atento a su origen, la cultura del medioevo continuó la tradición de las oposiciones binarias (pensamiento escolástico), lo que acrecentó la afirmación de la identidad europea desde la oposición categorial y la totalidad (hombre-dios, hombre-mujer, saber-ignorancia, etc). La consecuencia de ello trastocó sus contenidos culturales y les dotó de mayor radicalidad. Por ejemplo, en tiempos de la Grecia clásica e incluso en la era dorada del imperio romano existió la esclavitud, pero esta institución jurídica cambió con las cruzadas, pues no se trataba solamente de una *capitis diminutio* (que podría ser explicado en términos de la teoría del dominio aristotélica) sino que, más allá, se construyó la idea de la marginación del Otro como erra-

---

5 Thatcher, Oliver y Mcneal Holmes, Edgar. The Speech of Urban II at the Council of Clermont [en línea]. En: *A source book for Medieval History*. Nueva York: Charles Scribner's Sons, 1905. Disponible en: http://www.gutenberg.org/files/42707/42707-h/42707-h.htm#mh279. p.514-518. ISBN 978-1514177259.

dicación, situando al ente esclavizado asimilado a un no-ser desprovisto de condición natural e irreparable de sujeto. Es decir, no se trató de una disminución parcial del ser, sino de la producción de un discurso que se cimentó en la destrucción del Otro y no en su conversión como más tarde ocurriría en la colonización de nuestras tierras. Por ejemplo, la esclavitud ocasionada por *guerra justa* tenía una cualidad diferente en la concepción de esclavitud en la cultura europea, pues no se trataba solamente de un sujeto que pasa a ser objeto, sino de una degradación del Otro, bajo una condición peyorativa del ser, como algo que debe destruirse o condenarse por su propia naturaleza. Es claro que el incremento de la venta de la esclavitud dentro del continente europeo se centró en la oferta producida por las cruzadas del siglo XII al XIV y que posteriormente cambiaría con el fortalecimiento de la economía colonial[6]. En este mismo sentido, la diferencia entre la esclavitud del final de la Edad media en Europa y el comienzo del siglo XVI en América Latina, es que en el primer periodo la finalidad de la esclavitud estaba orientada normalmente para las labores domésticas, mientras que en el proceso de colonización y explotación del "nuevo mundo" la esclavitud se entendió como el motor económico de la transformación de la tierra y sus productos, es decir, un elemento esencial en el modelo de producción[7].

La consecuencia del imaginario de esa identidad etnoreligiosa determinó la intolerancia racial e ideológica de otras culturas; por tanto, aun dentro de los bordes territoriales europeos, la inquisición sirvió como mecanismo teológico y jurídico de homogenización y segmentación de la diferencia social. De nuevo, en el siglo XIII hacia el XVI el proceso inquisitorial en contra de los judíos y de los musulmanes aseguró el proceso de "reconquista" y expansión del territorio cristiano. Este hecho, aunado a la totalización

---

6 Toasijé, Antumi. La esclavitud en el XVI en territorios hispánicos. En: Brocar. *Cuadernos de investigación histórica* n.º 32 [En línea].Parlá: Universidad de La Rioja, 2008. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3600415. pp. 99-106. ISSN 1885-8309

7 "La libertad por medios legales se podía conseguir de dos maneras: a través de una manda testamentaria o mediante una carta de ahorría, siendo preceptiva en ambos casos la conversión del esclavo al cristianismo. Pero, como decía, las cifras muestran que no era un acto que estuviera muy extendido. Además, rara vez se hacía sin contrapartida alguna. Así, en los testamentos de ordinario se disponía que el esclavo prestara un servicio durante un número variable de años antes de conseguir la plena libertad, lo que daba lugar a la aparición de la figura designada como criado semi-libre". González Arévalo, Raúl. *La esclavitud en la España Bajomedieval (Siglos XIV-XV). Generalidades y rasgos diferenciales* [En línea]. 47Vol. n.° 2 Millars: Espai i historia, 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=269812. p. 31. ISSN 1132-9823.

binaria entre la fe verdadera y los apóstatas, contribuyó a la consolidación de una consciencia colectiva que había forjado su identidad en la extensión geográfica de un discurso religioso.

La afirmación de la religión no solo se logró desde la fe, sino a partir de la efectividad de las razones teológicas y jurídicas que permitieron establecer la oposición de un grupo cultural –que se irrogó la posibilidad de Ser– como único medio de validación de la verdad. Tanto la *guerra justa* como los procesos de *Inquisición* tuvieron como misión la construcción de una línea abismal[8] que, desde la validación del discurso religioso, el Derecho común tuvo repercusión total en los eventos que construirían nuestro presente. *El discurso jurídico es el principal traductor entre la justificación del poder y el ejercicio tautológico de su fundamento. Mi condición natural me da el Derecho y el poder de este me da la condición natural.*

En concordancia con lo anterior, luego de 1492, los fundamentos aristotélicos de la teoría del dominio, así como la interpretación tomista del Derecho natural contribuyeron a la transformación del debate sobre la naturaleza racional de los indígenas y sobre la propiedad de sus tierras, pues fueron interpretados bajo la oposición binaria del Ser y el no-ser. Es importante tomar en cuenta que las razones del reino de Aragón y Castilla fueron primeramente conducidas por la expansión de la cristiandad en la versión de la reina Isabel; sin embargo, la ebullición de la inquisición en contra de musulmanes y judíos, el protestantismo y el reacomodo geopolítico europeo liderado por la sublevación de Francia y Holanda en el siglo XVI[9], e Inglaterra en los siglos subsecuentes, transformó el campo de discusión sobre la cristiandad hacia la administración de las riquezas del nuevo mundo y sus rutas comerciales. Es decir, los primeros contactos a la par de la política de la reina Isabel el proceso estuvo más cercano a la conversión de la fe cristiana y extensión del reino de dios, y luego de su muerte, se concentró

---

8 En este sentido utilizo extensivamente la metáfora de la línea abismal de Boaventura de Sousa Santos. Ver: De Sousa Santos, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Socidad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf. 156 p. ISBN: 978-612-45667-2-1.

9 Gutiérrez Escudero, Antonio. Los intentos colonizadores de Francia y Holanda en el siglo XVI. En: Navarro García, Luis. *Historia de las Américas* [en línea]. España: Alhambra Longman, 1991. Disponible en: https://digital.csic.es/bitstream/10261/49771/1/Binder1.pdf. pp. 357-373. ISBN 84-205-2153-1

en un proceso de la adoración del mercantilismo y la instrumentalización de procesos simbólicos que pudieran continuar la dependencia de los indígenas a los europeos, como las nuevas leyes y la construcción de los virreinatos.

Las cruzadas le dieron a Europa la identidad de lo total; la conquista latinoamericana, la justificación de su dominio.

El fundamento esencial de la colonización sostuvo la inferioridad racional y espiritual de los indígenas, y alrededor de esa controversia, las bulas papales *Inter caetera* y *Sublimis deus* tuvieron como marco de referencia la teoría de la inclinación natural del dominio de Aristóteles. En este mismo sentido, a fin de administrar la riqueza de las "nuevas" tierras, el tratado de Tordecillas[10] iba a ser determinante en la posición geopolítica de España y Portugal como eje primario de colonización. Con respecto a la suerte de sus habitantes, las interpretaciones de la Escuela de Salamanca lograron retraer los criterios eclesiásticos sobre la naturaleza irracional de los indígenas, hecho que se confrontó con el precedente interpretativo sobre los infieles y enemigos de la fe aplicada en contra de los musulmanes en la guerra santa.

A través de las discusiones teológicas del siglo XV la sustancia del "indio" (una evidencia contundente de la noción de encubrimiento a que se refiere Enrique Dussel) fue concebida como obra del dios cristiano y de naturaleza racional[11]. Sin embargo, el ejercicio de la fe cristiana como eje de salvación de la ignorancia y del pecado, solo fue asegurado con la misión de la expansión de la fe en el "nuevo mundo". Los indígenas fueron sometidos al bautismo y a la lengua del colonizador cuya disposición civilizadora les conduciría a la salvación y a la verdad. El ejercicio de dominación se pactó con leyes divinas, naturales y humanas. Si bien la controversia de Valladalodid propugnó por la guía espiritual de los indígenas, les mantuvo en una degradación del ser que implicó la absoluta subordinación de los originales del contiente, pues consideraron que, aunque poseían una inclinación natural a la razón y a la fe, eran incapaces de conducirse hacia la fe verdadera por sí mismos, lo que

---

10 Dussel, Enrique; Mendieta, Eduardo y Bohórquez, Carmen. *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y "latino" (1300-2000). Historia, corrientes, temas y filósofos* [en línea]. México: Siglo xxi, 2009. Disponible en: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/62.Pensamiento_filosofico_Caribe.pdf. p. 56 ISBN 978-607-03-0128-5

11 Dussel, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad* [en línea]. La Paz: umsa. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación y Plural Editores, 1194. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218114130/1942.pdf p. 175. ISBN: 84-87264-11-5

se resolvió con el *Repartimiento* y la *Encomienda*. En ese sentido, ni la extinción o esclavitud fue el destino de los indígenas en las colonias cristianas, pero en su lugar, se inauguró el proceso transcontinental de explotación esclava y subordinación indígena. A partir de la expansión portuguesa en el África subsahariana (siglo XV), su comercio se concentró en el tráfico esclavo proveniente de África que dio paso a la etno-geografización de la esclavitud y al redituable comercio de las plantaciones hacia el siglo XVI y XVII su continuación, así como el extractivismo mineral en América Latina. La administración espiritual fue regida por la religión católica y la administración territorial fue concebida por la construcción de los virreinatos: la nueva España, La nueva Granada, el Virreinato del Perú y el Virreinato de Río de la Plata.

En dichos órdenes administrativos, en consonancia con las leyes del espíritu, los indígenas carecían de una concepción completa del ser, por su concepción incivilizada e irracional, pues estaban destinados a la guía del saber (totalizante) europeo a fin de replicar un orden institucional por sus estructuras. En este punto, vale mencionar que la Encomienda *contribuyó* a la adaptación indígena al cristianismo y el ejercicio del saber al idioma castellano y las "buenas costumbres" *civilizadas*. Por tanto, el indígena fue despojado de sus saberes, de su ser y de su expresión de poder, por lo que la consecuente reducción del ser se tradujo en la construcción de una entidad subalterna, cuya existencia estaba determinada por la validación externa de un discurso religioso, otro idioma y una cultura totalmente ajena[12]. Lo que gestó una consciencia colectiva dividida de dos amplios espectros: la dependencia o la resistencia.

Por un lado, la dependencia se instauró en el ejercicio mancomunado de la colectividad sobre las instituciones coloniales, que determinaba la obediencia de los roles, expresiones y prácticas sociales, que condicionaron la inacción política y nula participativa de los indígenas en su propia colectividad o en el espacio público. Como ha sido señalado por Aníbal Quijano[13], la colonialidad del poder situó la organización social a partir de

---

12 Tal como ocurrió en las emancipaciones independentistas, y en sus rutas nacionalistas. O bien, como sucede ahora con el discurso del libre mercado.

13 Quijano, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latin*a [en línea]. Buenos Aires: clacso, 2014. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf. p.57. isbn 978-987-722-018-6; Lander, Edgardo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* [en línea]. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano

la prescripción racial. Por ello, su impacto tuvo diferentes acepciones, pues incluso a partir del desarrollo horizontal de la cultura colonial, la aplicación de la religión católica en México (por ejemplo), adquirió diversos matices de resistencia y de apropiación cultural indígena, que desde la pervivencia del lenguaje y el uso de la resistencia de las convicciones de fe y tradiciones culturales instauraron un *sincretismo cultural* en donde el *subalterno* se apropió de la expresión del *principal*, pero que, contundentemente, la imagen de mundo prehispánico fue condenada al silenciamiento, a la desaparición y a la negación. En tal sentido, paradógicamente la resistencia solo pudo atravesar los límites de la colonialidad desde la instrumentalización de los contenidos coloniales; por ello, la voluntad emancipatoria se concentró en la conversión del subalterno en principal, pero no desde la base discursiva opositora –es decir desde la base prehispánica–, sino desde la afirmación del lenguaje y visión de mundo del colonizador. De acuerdo con el proceso de apropiación de la violencia epistémica, la reproducción de los marcos del saber-poder configuró el campo sobre el que los agentes sociales tuvieron que implementar estrategias y lógicas de resistencia. Tanto en los centros de enseñanza religiosa, de educación general, en el ámbito doméstico, en la plantación o en el taller, desde los que se sometió al colonizado a adaptarse a los marcos epistémicos validados por el colonizador (tal como sucede ahora en los procesos clásicos de educación). Por tanto, el ejercicio de degradación y organización del Ser se replicó en los agentes subalternos como único medio válido para la emancipación: El éxito de la colonización radica en convertir al colonizado en la mente y espíritu del colonizador.

Por desgracia, en el siglo XVII, hacia el XVIII, tanto el extractivismo como el ejercicio horizontal de las plantaciones habían propuesto un tipo de economía que dio paso a la perpetuación de la explotación en regímenes regulados desde la base legal colonial. La plantación fue posible primeramente por el despojo de tierras a los indígenas auspiciado por el Derecho común; asimismo, la fuerza de trabajo esclava tenía bajo costo, pues el comercio esclavista no se prohibió sino hasta después de la segunda mitad de

---

de Ciencias Sociales, 2000. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf. p. 122-152. ISBN 950-9231-51-7; CASTRO GÓMEZ, SANTIAGO. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)* [en línea]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Disponible en: Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/pensar-puj/20180102042534/hybris.pdf. p. 345. ISBN 958-683-808-0.

1800 –auspiciado por el Derecho privado, y por tanto, lo producido tenía ganancias totalmente redituables que gestionaron un nuevo tipo de orden económico internacional: el comercio triangular. La base legal se reprodujo con dos principales orientaciones: 1. La administración económica de las materias primas, la fuerza de trabajo y el intercambio comercial, y 2. La instauración de un régimen político que perpetuara los privilegios de las ganancias de aquel territorio. Dentro de la tesis de Eric Williams[14] el origen del capitalismo está enraizado en la producción colonial de la plantación y el régimen esclavista. La imagen europea se completó desde la totalidad (cruzadas) hacia la colonialidad (colonización).

Por tanto, el alcance de lo político se desprendió de la religión para afianzarse de la administración de las riquezas del "nuevo mundo", en contraste del siglo XV (sin ánimo apologético), hacia el siglo XVII y XVIII la administración de los virreinatos estaba centrada, no en la salvación del alma de los infieles, sino más bien en la administración de la riqueza producida por las tierras, las rutas comerciales y el intercambio de las mercancías en suelo europeo, bajo cualquier costo. Esta situación construyó un andamiaje perfecto para una organización social basada en raza, clase y género, cuya violencia reprodujo una desigualdad interseccional dentro de las colonias. Dicha organización naturalizó la idea de la clasificación social de acuerdo con los privilegios de aquellos que crearon, aplicaron e interpretaron el derecho para continuar con sus beneficios. En este orden de ideas, la normalización de la exclusión del campo público se afirmó como algo intrínseco a las estructuras sociales de la colonia. Lo político estaba determinado por aquellos que existían dentro del marco de lo público y, por tanto, en principio los europeos se irrogaron el privilegio y la naturaleza de la voz política.

La identidad de Europa cimentó la organización biopolítica del virreinato y de las colonias latinoamericanas. La destrucción del otro, como en el caso de los musulmanes, forma parte de la identidad histórica de Europa, que en las colonias latinoamericanas se afianzó desde la degradación del otro (indígena, mestizo, criollo) y el uso de la fuerza de trabajo esclava como continuación de la idea de lejanía y degradación del ser. Por tanto, la biopolítica construida por la administración colonial solo es la representación de la vocación

---

14 Williams, Eric. *Capitalismo y esclavitud* [en línea]. Madrid: Traficantes de Sueños, 2011. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Capitalismo%20y%20esclavitud-TdS.pdf. p. 314. ISSN 978-84-96453-60-9

eurocéntrica de la construcción del orden colonial. Asimismo, las razones que jerarquizaron las distinciones de seres fundaron instituciones jurídicas que perpetuaron esta dependencia, evolucionando desde la Guerra Justa, Inquisición a la Encomienda, y que, como veremos más adelante, se perfeccionó con el ejercicio "emancipatorio" de las guerras de in-dependencia y los procesos de integración económica en la globalización neoliberal.

Al paso de las generaciones, los criollos y mestizos con privilegios comenzaron a reclamar sus derechos como hijos legítimos de la sociedad colonial, derecho que fue negado por el régimen imperial, pero que al haber sido producto de su cultura compartían las aspiraciones y fundamentos epistémicos del viejo continente. En este sentido, la idea emancipatoria se tornó en la transformación y adaptación de los sujetos en la figura del colonizador, blanqueándose en pensamiento, espíritu y en el género. La negación de la cultura previa solo tuvo como efecto la afirmación de la dependencia eurocéntrica. Por tanto, el colonialismo interno se expresa en cada una de las condiciones de la expresión social colonial, tanto en los ejercicios de dominación como en las resistencias emancipatorias. Un ejemplo evidente lo encontramos en la independencia de Santa Fe y de Cartagena[15].

Vale señalar que uno de los procesos de emancipación sin dependencia colonial más importantes en la historia latinoamericana ha sido ignorado por el propio estatismo[16], pero cuyas consecuencias internacionales tuvieron un impacto suficiente como para continuar la profundización de la liberación lidearada por Benkos Biohó[17]. En este mismo sentido, es importante destacar que la dependencia simbólica de otras luchas, aunque se trata de una estrategia de agenciamiento del discurso del principal para emancipación

---

15 Múnera, Alfonso. *El fracaso de la Nación. Región, clase y raza en el Caribe Colombiano (1717-1810)* [En línea]. Bogotá: Banco de la República y El Áncora Editores, 1998. Disponible en: https://rodrigomorenog.files.wordpress.com/2014/12/mc3banera-ei-fracaso-de-la-nacic3b3n-regic3b3n-clase-y-raza-en-el-caribe-colombiano-1717-1821.pdf. p.126. ISBN 958-96201-5-9.

16 Guha, Ranahit. *Las voces de la historia y otros estudios subalternos* [En línea]. Barcelona: Crítica S.L., 2002. Disponible en: http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/318.pdf. 116 p. ISBN: 84- 8432-0332-3.

17 La emancipación liderada por Benkos Biohó en Palenque ha sido explorada de manera superficial y netamente práctica. Se le ha estudiado como una consecuencia de los malos tratos en la esclavitud y no como la creación de un precedente de identidad y afirmación política del subalterno sobre el principal, me parece que justamente porque el discurso de Biohó apelaba a la dignidad y libertad y no a las fórmulas posteriormente concebidas por los criollos ilustrados, como el caso de Simón Bolívar o José Ignacio de Pombo. Sin embargo, la riqueza de la emancipación de Palenque aún está por rescatarse como una herencia pendiente de América Latina.

del subalterno, se ven contorneadas por los discursos ilustrados como en el caso de las luchas conducidas por D'loverture[18], pues adquirieron un matiz de dependencia epistémica al intentar usar el discurso ilustrado en su favor, recurriendo a las estrategias económicas del colonizador.

En este sentido, la articulación emancipatoria de las luchas identitarias por la patria y el fervor de la libertad del siglo XIX cuentan con el trasfondo de los beneficios coloniales que pretendían asequir los libertadores en el continente. Las luchas por la independendencia continuaron simulando la homogenización de la diferencia, y como vemos hasta hoy, la degradación del *Ser* impuesto por la identidad europea se mantiene en el inconsciente colectivo de la cultura política, jurídica y social de nuestros *estados* in-dependientes.

2. TRADICIÓN POLÍTICA: LA EMANCIPACIÓN COMO REGULACIÓN DE LAS ÉLITES EN EL PODER

A lo largo de los siglos del colonialismo, la segregación y degradación social construyó un orden jerarquizado cimentado en la desigualdad racial, de clase y de género. En este sentido, la biopolítica enraizada en cada una de las instituciones sociales en Latinoamérica (y otras latitudes coloniales) construyó la idea de la desigualdad como un proceso natural en la estructuración social, situación que fue normalizada en la conciencia colectiva e implementada en la normalización de la acción social. La discriminación, exclusión y particularmente la negación cultural (aculturación) fueron estrategias de adaptación del sujeto dentro de las estructuras coloniales.

> Una clase social sólo puede existir en función de otra. Esta relación de oposición siempre es asimétrica porque las clases no se enfrentan en un plano de igualdad. Ahora bien, entre los que están "arriba" y los que están "abajo" es posible ver una estratificación. Sin embargo, las características de cada sistema de estratificación dependerá directamente del contenido de las relaciones y de las oposiciones entre las clases. La estratificación no es arbitraria.
>
> Las categorías intermedias de la estratificación tienden a diluir las oposiciones más agudas que puedan existir entre los estratos polarizados. Los sistemas de

18 C.L.R, JAMES. *Los Jacobinos Negros* [En línea]. Madrid: Fondo de Cultura Económica para América Latina, 2003. Disponible en: https://www.passeidireto.com/arquivo/25593930/james-c-l-r-los-jacobinos-negros-1938-pdf. 372 p. ISBN: 84-7506-593-7.

> estratificación que permiten la movilidad tienen la doble función de reducir las oposiciones y de reforzar la propia estratificación. Es por ello que la estratificación juega un papel eminentemente conservador en la sociedad, en tanto que las oposiciones y los conflictos de clase constituyen, por excelencia un fenómeno de orden dinámico[19]. La estratificación social a la vez que divide a la sociedad en grupos tiene por función integrar a la sociedad y consolidar una estructura determinada. Sin embargo, la estructura está dividida, no por la estratificación sino por la oposición de clases[20].

La estratificación colonial replicó el contenido de la biopolítica de su tiempo. La oposición de clases, en realidad fue más útil para el régimen de dominación que para las instancias emancipadoras, pues su expresión se orientó por el olvido de las raíces culturales y el anhelo de convertirse en el colonizador. Por tanto, siguiendo a Franz Fanon[21]:

> El dominio colonial, por ser total y simplificador, tiende de inmediato a desintegrar de manera espectacular la existencia cultural del pueblo sometido. La negación de la realidad nacional, las relaciones jurídicas nuevas introducidas por la potencia ocupante, el rechazo a la periferia, por la sociedad colonial, de los indígenas y sus costumbres, las expropiaciones, el sometimiento sistemático de hombres y mujeres hacen posible esa obliteración cultural.

En consecuencia, el régimen colonial no solamente procede desde el exterior, sino que se asimila en la interioridad del ser, contribuyendo a la naturalización de la desigualdad y al mantenimiento de la organización tradicional a partir de la estratificación creada por el colonizador. Por tanto, la estratificación y clasificación de clase, raza y género contrajo al mínimo la esfera de la participación social en el espacio público, epistémico y de reconocimiento ontológico.

---

19 Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos originarios: el debate necesario* [En línea]. Buenos Aires: cta Ediciones y clacso, 2010. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D3141.dir/Stavenhagen2.pdf. p. 174. issn 978-987-23915-9-1

20 Iturriaga, Eugenia. *Las élites de la Ciudad Blanca. Discursos racistas sobre la Otredad.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. Disponible en: http://www.revistas.unam.mx/index.php/peninsula/article/view/63085. p. 358. isbn 978-607-02-8762-6.

21 Fanon, Frantz. *Los condenados de la tierra* [En línea]. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1961. Disponible en: https://www.saberesafricanos.net/phocadownloadpap/libros/los_condenados_de_la_tierra.pdf p.163. isbn 968-16-0971-9.

Por lo que hace a la organización radical de los sectores mayormente discriminados y excluidos, se produjeron culturas de resistencia a la par de la organización normalizada. Pero salvo en casos extremos como en las *sociedades en aislamiento voluntario* o grupos indígenas preservados por la lejanía de los centros urbanos, los procesos de aculturación y el *colonialismo interno* fueron intensificándose hasta producir una hibridación cultural. Sin embargo, uno de los principales hitos de este proceso social es la preservación del colonialismo y de los procesos de aculturación y destrucción de la cultura precoloniales[22]. En la mayoría de las zonas periféricas a los centros urbanos, el uso de la cultura colonial se convirtió en una paradoja de dependencia-resistencia[23], de la misma manera como en el caso de los agentes culturales que lograron incidir en la estructura colonial desde el conocimiento del colonizador.

> Mientras que las masas mantienen intactas las tradiciones más heterogéneas respecto de la situación colonial, mientras que el estilo artesanal se solidifica en un formalismo cada vez más estereotipado, el intelectual se lanza frenéticamente a una adquisición furiosa de la cultura del ocupante, cuidándose de caracterizar peyorativamente su cultura nacional, o se limita a la enumeración circunstanciada, metódica, pasional y rápidamente estéril de esta cultura[24].

Así, la organización social en la colonia se construyó como un ejercicio contradictorio, sin fines de integración social ni la participación del espacio público. La naturalización de la desigualdad, además de la desterritorialización del sujeto subalterno de la acción en el espacio simbólico y de lo público, sufrió una dependencia epistémica, política y religiosa que adquirió una radicalidad en el matiz geográfico y territorial marginizante, pues se les concentró en centros específicos para su supervivencia, normalmente en la

---

22 Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos originarios: el debate necesario* [En línea]. Buenos Aires: CTA Ediciones y CLACSO, 2010. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D3141.dir/Stavenhagen2.pdf. p. 174. ISSN 978-987-23915-9-1

23 Por paradoja dependencia resistencia me refiero a que la emancipación o liberación como acción política únicamente es válida en el campo social del colonizador desde sus propia lengua, ideas y fuentes. Por tanto, los medios liberatorios constituyen en sí, la sujeción a una visión de mundo que los mantiene, a pesar de su liberación, en una continuación de la subalternidad.

24 Fanon, Frantz. *Los condenados de la tierra* [En línea]. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1961. Disponible en: https://www.saberesafricanos.net/phocadownloadpap/libros/los_condenados_de_la_tierra.pdf, p.163. ISBN 968-16-0971-9.

periferia de las metrópolis, en el campo o en las áreas más alejadas a los centros de producción económica. Incluso, dentro de los centros de producción y de las ciudades, la segmentación social construyó *apharteids* geográficos que reprodujeron la estratificación social de acuerdo con la biopolítica dominante, que como en Colombia, tristemente continúa vigente.

Por otro lado, como se ha revisado en la bibliografía sobre el pluralismo jurídico, el establecimiento de órdenes sociales paralelos a los órdenes gubernamentales (estatales-virreinales, para continuar con nuestra narrativa pre-independentista) consiguió afirmar una serie de elementos distintivos al orden social. Siguiendo la tesis de Glukman y Bohannan, la resolución de conflictos a partir de procesos establecidos, con un mínimo de aplicación procedimental, y un grupo de personas con facultades y aceptación social para ello, muestra la base del concepto de Derecho y que, consecuentemente, la visión de la antropología jurídica es mucho más amplia que el formalismo positivista, por lo que de acuerdo con la narrativa de este capítulo juega un papel determinante, pues los procesos de resistencia colonial más sólidos en la región latinoamericana están concentrados en la religión y el Derecho. Sin embargo, como ha estudiado Mauricio García Villegas[25], la relación entre pluralismo jurídico con el orden jurídico válido (sea en la época del virreinato o en la de los estados modernos) ha sido una relación tensa con base en la poca o nula eficacia simbólica por parte del discurso de las autoridades (estatales), ya que el uso fundamental del Derecho es discursivo y poco eficaz para las grandes mayorías de la población. Por tanto, el pluralismo jurídico es un medio de resistencia a los discursos normativos formales, como consecuencia de la poca eficacia simbólica de las promesas políticas de las instituciones y alcance en la protección de los derechos. De tal suerte que el autoritarismo jurídico va de la mano de este proceso a fin de homogenizar por la fuerza de la violencia organizada del Estado a los grupos subalternos contrahegemónicos, hecho que solo trae como consecuencia ineficacia simbólica del Derecho, pluralismo jurídico y más autoritarismo.

---

25 García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009* [En línea]. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009. Disponible en: https://www.dejusticia.org/publication/mayorias-sin-democracia-desequilibrio-de-poderes-y-estado-de-derecho-en-colombia-2002-2009/. 413 p. ISBN 978-958-99142-0-5

Sin embargo, los saberes producidos por las resistencias en estos siglos de dominación colonial, nacionalista y neocolonial guardan elementos determinantes para producir un conocimiento jurídico-político nuevo, capaz de producir nuevas categorías políticas y jurídicas como el caso actual del pueblo Otomí de Cherán en el Estado de Michoacán, México. A este punto regresaré al final de este capítulo.

Desafortunadamente, en los procesos de resistencia-dependencia o dependencia-resistencia, el uso común de la base de acción estratégica de las comunidades parte de la lógica colonial, usa sus conceptos, su visión de mundo y su lenguaje. Por tanto, la paradoja de la emancipación constituyó la dependencia de las propias estucturas dominantes. Si bien es cierto, en los fines emancipatorios se pretendió la liberación, se sujetó a los actores a un discurso pre-establecido de confección europea. Un ejemplo del juego dependencia/resistencia fue la invocación del diablo para alterar los procesos de producción en el Cauca[26], como agente del incremento de riqueza, pues particularmente el apego al discurso de oposición binaria entre bien y mal producido por el cristianismo, así como la imagen del mal representada en el demonio, apela directamente al orden de creencias colonial (dependencia), y se usa de modo inverso para obtener un beneficio apelando a los antivalores de las estructuras dadas (resistencia). Aunque quizá haya un ejemplo más evidente: el caso de los intelectuales criollos y mestizos de los siglos XIX preindependentistas o la élite intelectual, que buscaban incidir en los procesos de la organización social, política y económica de la América Latina in-dependiente.

> … la creciente conciencia de los intelectuales indígenas emergentes de que el Estado-Nación moderno que la elite mestiza había venido construyendo con tanto ahínco desde el siglo XIX tenía fallas de origen. En vez de ser un Estado incluyente, resultó ser excluyente: las culturas indias eran negadas, los indios eran víctimas de racismo y discriminación abierta o sutil; los pueblos indígenas (aun cuando constituían mayorías demográficas como en Bolivia y Guatemala y en numerosas regiones subnacionales en los demás países), estaban excluidos del bienestar económico, de la igualdad social, de los procesos de toma de decisión política, y del acceso a la justicia en el sistema legal. Los indios no se reconocían en el modelo

26 TAUSSIG, MICHAEL T. *El diablo y el fetichismo de la mercancía en Sudamérica* [En línea]. México: Nueva Imagen, 1993. Disponible en: https://taco91.files.wordpress.com/2008/12/resumido-taussing-el-diablo-y-el-fetichismo-libro-copy.pdf. p. 306. ISBN 9683903495, p. 306.

> prevaleciente del Estado "nacional", tal como este fue construido por las elites mestizas y blancas de la clase dominante. (Mientras que los mestizos llegaron al poder en países como México, las jerarquías tradicionales racial-culturales dominadas por los descendientes criollos de los colonizadores españoles o de otros europeos prevalecieron hasta bien entrado el siglo veinte en los demás países)[27].

Si bien es cierto, los anhelos de la participación política fueron compartidos desde el ánimo independentista, también lo es que se trató de una replicación epistémica de la base colonial. La visión de mundo criolla replicó los fundamentos epistémicos eurocéntricos y pretendió adaptarlos al contexto latinoamericano silenciando otras formas de Ser. Un problema trascendental para este capítulo fue la imposición de las categorías eurocentricas sobre una realidad totalmente diferente. Por ejemplo, se silenciaron otras formas de entender la concepción de la naturaleza, la propiedad comunitaria, la tierra como ente vivo, los seres vivos como iguales al ser humano y la imposición de la sustancialidad en detrimento de otras versiones del mundo, como la relacionalidad, se silenciaron se destruyeron. Estas situaciones no están contempladas dentro del pensamiento moderno y que, bajo la colonialidad del saber, se sitúan a esos conceptos como "ignorancia". En este sentido, la replicación del conocimiento moderno sobre el contexto emancipatorio solamente contribuyó a la normalización de la dependencia y al encubrimiento de saberes, entidades, sexualidades y visiones de mundo más extensas que el pensamiento moderno. Particularmente vale la pena discutir la naturaleza política de las revoluciones ilustradas en Europa y el fundamento del iluminismo en América Latina a partir de esta tesis:

La evolución del pensamiento ilustrado en Europa no tiene el mismo significado en América Latina por 2 principales ideas debatibles:

1. Los orígenes emancipatorios en Europa provienen de la tensión jerárquica entre clases: la naciente burguesía ante la Monarquía y el Clero. Dentro de esta representación la posición de cada clase social contaba con una posición específica dentro de la sociedad. Sin embargo, luego del debilitamiento simbólico del cristianismo (desde el Concilio de Trento hasta la "Paz de Ryswick") en el que la organización geopolítica se redifinió desde

---

27 Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos originarios: el debate necesario* [En línea]. Buenos Aires: cta Ediciones y clacso, 2010. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D3141.dir/Stavenhagen2.pdf. pp. 54-55. issn 978-987-23915-9-1

el protestantismo hasta el debilitamiento del imperio español y portugués. De tal suerte que las riquezas de la nueva España fortalecieron a una nueva clase social emergente (los comerciantes) en Europa, que aparejado de la debilidad política de la religión católica y el incremento de la influencia protestante y la política borbónica, esta comenzó a ascender por el siglo XVII y autoafirmarse como fuerza política en el siglo XIX. Poco a poco el desapego del fundamentalismo cristiano terminó dando paso al fundamentalismo mercantilista.

Es importante recordar que sin las riquezas expoliadas de América Latina, la burguesía europea no habría logrado el desarrollo económico necesario para afirmarse como clase emergente y enfrentar políticamente al discurso tradicional hegemonizado por la lógica imperial-eclesiástica. Siguiendo la tesis de Eric Williams sin la esclavitud, la plantación y la explotación mineral en nuestra tierra el desarrollo del capitalismo y la modernidad habrían sido totalmente diferentes. Basta decir que la idea europea de desarrollo solo fue posible por la explotación y despojo de América Latina, tanto como subdesarrolló a África[28] en la misma herencia colonial.

2. El devenir del Estado moderno atravesó un proceso histórico a partir de las fuentes básicas de la estructura política europea. Como en general dentro de las ciencias sociales[29], la historia del Estado captada por la narrativa de la Teoría del Estado se vuelve un localismo globalizado, porque se pretende universalizar la producción cultural de una sola civilización. A fin de cuentas, la disciplina cientista llamada Historia se produjo por occidente[30]. La producción unilineal y progresiva de la narrativa histórica del Estado moderno, a partir de la fundación de los imperios clásicos de oriente, es la representación eurocéntrica forjada en el siglo XIX a partir del colonialismo epistémico, que como en la explicación de Hegel, Weber o Schmitt se construyó la idea fundante que explica el andamiaje desde lo bárbaro hasta

---

28 WILLIAMS, ERIC. *Capitalismo y esclavitud* [en línea]. Madrid: Traficantes de Sueños, 2011. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Capitalismo%20y%20esclavitud-TdS.pdf. p. 314. ISSN 978-84-96453-60-9

29 DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. I Vol. En: *Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática* [en línea]. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2003. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/critica_de_la_razon_indolente.pdf. 481 p. ISBN: 84-330-1768-3.

30 WALLERSTEIN, IMMANUEL. *Abrir las ciencias sociales* [en línea]. México: Siglo XXI, 2006. Disponible en: http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/SBReadResourceServlet?rid=1329856422580_1888331861_3268. 126 p. ISBN 968-23-2012-7.

la civilización, y como el punto más abstracto de la organización social: el Estado moderno. Pero que en su afán descriptivo, desde el conocimiento europeo, se convirtió en un posicionamiento *prescriptivo* para las periferias, pues a partir de la instauración emancipatoria de la ilustración, las alternativas al orden monárquico e imperial del siglo de las luces europeo, anunciaba la construcción de un paradigma emergente que se cimentó desde los escombros del paradigma decadente, y que en términos con la tesis IX sobre el Angelus Novus de Walter Benjamin, representaría la construcción de un futuro sesgado por el *progreso de cuño europeo*.

De tal suerte que desde el despotismo ilustrado hasta los discursos radicales de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de Robespierre, el topos ideológico iluminista era compartido por la vocación de los derechos naturales, el ejercicio de la razón y la fundamentación de un orden horizontal cimentado en lo común a la humanidad: su libertad. Sin embargo, mientras la lógica de la producción histórica se dispuso en la representación colonial bajo una naturalidad diacrónica, compartían visiones de mundos alrededor de la religión judeo-cristiana, el mercantilismo y el inicio del sistema capitalista bajo las estructuras imperiales o nacionales más o menos definidas territorial y culturalmente; pero que en la dimensión colonial se hizo bajo una confección sincrónica, adaptando la realidad a un discurso y no el discurso como el producto de la realidad.

¿Qué relación material tiene la afirmación del Estado moderno como síntesis histórica en las colonias? El discurso sobre el Estado, como el pacto social y los fundamentos liberales del pensamiento ilustrado, parten de una lógica cultural derivada del sujeto y la determinación de las estructuras religiosas, políticas y jurídicas que permitieron esbozar la alternativa de los derechos y la emancipación como un acto de irrupción de algo que ya estaba performado dentro de su propia cultura –tanto la afirmación de la igualdad como la libertad fueron elementos provenientes de una tradición occidental situada en el sujeto desde Epicuro hasta Tomás de Aquino–, pero que en el caso de las colonias, pasamos en unos cuantos años de un virreinato de explotación de recursos naturales y la plantación, al discurso del Estado moderno, del fundamentalismo religioso cristiano al fundamentalismo económico del mercado y de la dependencia colonial a la in-dependencia internacional neo colonial. Afianzar la *Historia* –colonial– como historia de toda la humanidad fue el comienzo de toda dependencia simbólica del horizonte de alternativas políticas y la naturalización de la desigualdad. Por

tanto, replicar el Estado moderno en Latinoamérica solo sirvió en la medida de la paradoja dependencia-resistencia y resistencia-dependencia, porque el subalterno se construyó como un agente dependiende ontológica, política y racialmente de un discurso del principal.

En este escenario, el pensamiento ilustrado también estuvo hegemonizado por la clase, raza y género, pues normalmente los intelectuales ilustrados eran hombres, blancos, estudiados, comerciantes o con privilegios, por lo que la misma condición fue transversal en las colonias latinoamericanas. En el símil europeo, la concentración de privilegios dotó a los criollos de posibilidades dialógicas y representativas de las alternativas liberadoras del régimen colonial. En apariencia se trataba de una táctica desde la que el subalterno logra hablar en la lengua del principal[31], pero que, en sus contenidos, la liberación se pretendió como una reformulación de la organización social, en la que sus condiciones y privilegios se proyectaron como el epítome de la jerarquía social.

El privilegio forjó emancipación y dependencia simbólica, como también la preservación de las elites y la obtención de nuevos beneficios para esta en la escala social.

Es importante tomar en cuenta que los agentes políticos que lograron encumbrarse en la discusión colonial-independentista tenían un rasgo (generalmente) en común: la raza, la clase y el género, es decir criollos, de clase alta o media-alta educada con ideas europeas-ilustradas y casi en su totalidad hombres. Uno de los ángulos en común es que la clase estaba determinada por las condiciones materiales de la posición social del individuo, normalmente venidos de una elite económica (comerciantes) como el caso de Bolivar, Pombo, o de una jerarquía religiosa como Miguel Hidalgo o José Ma. Morelos y Pavón. "Americanos por nacimiento, Europeos por derechos"[32]. Como señala Leopoldo Zea:

---

31 Chakravorty Spivak, Gayatri. *Can the subaltern speak?* New York: Rosalind Morris and Columbia University Press, 2010. Disponible en: http://abahlali.org/files/Can_the_subaltern_speak.pdf, p. 23 ISBN: 978-0-231-51285-5

32 Frase atribuída a Bolívar en Zea, Leopoldo. América Latina: largo viaje hacia sí misma. En: *Latinoamérica: Cuadernos de Cultura Latinoamericana* 18 [En línea]. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Centro de Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía y Letras y Unión de Universidades de América Latina, 1983. Disponible en: https://profesorvargasguillen.files.wordpress.com/2015/05/zea-al-largo-viaje.pdf. p. 5.

> La cultura, como la historia españolas eran, también cultura e historia de los españoles en América. Así lo entenderá Andrés Bello (1781-1865) que hacía ver cómo la reacción emancipadora de los hispanoamericanos era una reacción propiamente española[33].

Los emancipadores latinoamericanos vivían en los escombros del Abya Yala y soñaban en español; los españoles nacidos en "América" soñaban los privilegios de los nacidos en Europa. El criollo, bajo una posición social y una carga cultural cercana al conocimiento ilustrado pudo eregirse como alternativa ante la debilidad del imperio español. No sería ninguna sorpresa que en las tensiones entre España y los reacomodos geopolíticos europeos, los criollos en las colonias negociaran con los enemigos de la corona española a fin de obtener mayores beneficios en la insurgencia de sus causas. Como era de esperarse, la construcción del sueño emancipador primeramente se pensó desde la dependencia del conocimiento del colonizador, extendiendo la estratificación social desde una llamada igualdad y libertad discursiva en la que las elites tomaban el control del espacio público y decisiones políticas. Las elites, normalmente constituidas por latifundistas, comerciantes y políticos criollos, formaron las líneas de liberación de los pueblos colonizados. Es importante tener en cuenta que las actas de independencia y los planes de liberación se escribieron en español y peor aún sus *constituciones* libres, lo hicieron sin traducción para los millones de indígenas que "al fin de cuentas" supieran leer o no tendrían que adaptarse a las nuevas reglas. Por tanto, la paradoja dependencia-resistencia liberó los sueños de los criollos que soñaban los privilegios del viejo continente, pero condicionaron la igualdad y libertad del resto, a la subordinación de las estratificaciones criollas de herencia colonial. A este proceso he denominado liberalismo colonial. Sobre la dependencia del discurso eurocéntrico se configuró el desarrollo de la idea de nación sostenido por las elites; en este sentido, la representación del discurso y la realidad del liberalismo se expresó bajo los siguientes principios en México y el resto de América Latina:

> Al respecto, el liberalismo colonial se funda en seis principios cuyos números ordinarios representan el ideario eurocéntrico o metropolitano, y la corres- pondiente letra, su expresión en México:

---

33 *Ibídem*.

1. el Derecho se fundó con base en derechos abstractos. a. el Derecho encubrió a realidades concretas.

2. de lo anterior, se impone que las libertades sean generales.

b. de lo anterior, se impone que las restricciones y libertades son particulares.

3. la inclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social general.

c. la exclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social particular.

4. los derechos emanan del Estado y este reconoce los derechos naturales previos. la ciudadanía equivale al derecho de tener derechos.

d. los derechos se demandan del Estado y este no reconoce los derechos que no estén en su concepción. la ciudadanía equivale al derecho de ser sometido por obligaciones jurídicas.

5. la función del derecho es conservar al Estado a partir del orden social.

e. la función del Derecho es conservar al Estado a partir del control social de clase.

6. la soberanía recae en el pueblo.

f. la soberanía recae en cierta clase del pueblo[34].

De la misma suerte que en la reproducción ilustrada, los beneficios de los nuevos derechos se atribuyeron a una sola clase social, la emergente burguesía nacionalista, y el resto solo adquirió los derechos y ciudadanía como cuota semántica en el ejercicio de los derechos materiales, es decir, nunca hubo un real ejercicio de los derechos para las grandes mayorías en las poblaciones latinoamericanas, sino que principalmente su efectividad se

---

34 Sandoval Trigo, Germán Medardo. La Constitución de 1917 y el Liberalismo Colonial. En: Mañón Garibay, Guillermo José y Pelayo Moller, Carlos María. *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos* [En línea]. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Luis René Guerrero Galván y Carlos María Pelayo Moller, 2016. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4093/6.pdf. pp. 95- 118. ISBN 9786070276569

reservó para las elites y los grupos cercanos. Por tanto, como ha señalado Mauricio García Villegas[35], la ineficacia simbólica de las estructuras políticas y sus manifesticiones jurídicas contribuyeron a la poca credibilidad de las instituciones estatales y el resto de la sociedad que no fue parte de ese llamado "contrato social". De nuevo, en las legislaciones independentistas la inclusión fue decisiva desde la retórica de la nación; sin embargo, la debilidad del discurso solo perpetuó las diferencias y distancias entre clases sociales, razas y géneros. La invisibilización de la diferencia y el sometimiento de las mayorías al concepto de nación orientó la poca confianza de la sociedad en las autoridades estatales y de nueva cuenta la desigualdad se naturalizó desde la idea del precontractualismo hacia el postcontractualismo en términos de Boaventura[36], la idea del precontractualismo indica el impedimiento de acceso a actores candidatos a la inclusión a la ciudadanía, y el postcontratualismo simplemente se trata del despojo de ciudadanía a grupos sociales que habían sido considerados parte del contrato social que estaban dentro y fueron expulsados.

En este entendido, la construcción del ideario político, los documentos constitucionales y las instituciones estatales, como la esencia misma del Estado en latinoamérica, naturalizaron la desigualdad y continuaron la estratificación social del régimen colonial, con la diferencia retórica de una inclusión suave, discursiva más bien, que a la fecha sigue pendiente de consolidarse tanto como las promesas de la igualdad liberal o del programa de las democracias constitucionales. La literalidad de la cultura hispanoamericana hizo una interpretación estricta del sentido del contrato social, pues mercantilizó los derechos y los puso al servicio de las elites que dominaron y dominan el campo político, jurídico y económico de nuestras tierras, pues siguiendo la idea de Mauricio García Villegas, la organización estatal no logró perpetrar sus fines, sino más bien fue un medio para allegarse de privilegios

---

35 García Villegas, Mauricio. Notas preliminares para la caracterización del Derecho en América Latina. En: *El otro Derecho,* n.° 26-27 [En línea]. Bogotá D.C.: ilsa, 2002. Disponible en: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2904/NotaspreliminaresparalacaracterizaciondelderechoenAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y pp. 13-49

36 De Sousa Santos, Boaventura. *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado* [En línea]. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/sousa/reinventar.pdf. 101 p. isbn: 987-1183-13-5.

e instaurar límites informales a las instituciones formales, o al revés, borrar los limítes formales a las instituciones informales:

> La construcción nacional fue una tarea asignada por las élites políticas urbanas del siglo XIX a los partidos y a la Iglesia. Desde la época colonial los gobiernos han intentado contrarrestar la incapacidad del Estado para controlar los territorios y las poblaciones con la delegación –más o menos explícita– de la función represiva en intermediarios locales. De esta manera, la Iglesia, los gamonales, los latifundistas y hasta los partidos políticos han sido encargados de imponer el orden allí donde el Estado no ha podido hacerlo o, simplemente, no ha querido hacerlo. Esto ha sucedido en otros países del continente pero en Colombia esta delegación tiene un carácter extremo[37].

3. DEMOCRACIA A LA LATINOAMERICANA: DEUDA INTERNACIONAL Y BURGUESÍAS NACIONALISTAS

Como señalé en la introducción, uno de los principales problemas en la región se asocia en el binomio pobreza-desigualdad. La naturalización de la desigualdad desde la concepción independentista del Estado latinoamericano fue sellada en la idea de la nación, pues la homogenización nacionalista arrasó con la diferencia cultural y sobrepuso de nueva cuenta el conocimiento hegemónico sobre los otros saberes y otras formas de mundo. Además, como señalé al final del punto anterior, las elites concentraron el uso del espacio público, los privilegios de la ausencia del Estado y la configuración de los pactos políticos nacionalistas, a fin de conseguir un lugar dentro de la economía local e internacional; hecho que además de perpetuar sus privilegios, sirvió de base para la continuación de los modelos de exportación de materias primas y el mantenimiento de las elites nacionalistas.

En esa tesitura, los estados emergentes en latinoamérica –con amplias deudas producidas por las guerras de independencia–, sumaron a sus problemas uno de los rasgos más característicos de la economía tercer mundista: la deuda internacional.

---

37 García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009 [En línea]. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009. Disponible en: https://www.dejusticia.org/publication/mayorias-sin-democracia-desequilibrio-de-poderes-y-estado-de-derecho-en-colombia-2002-2009/. 413 p. ISBN 978-958-99142-0-5

> El acceso de América Latina a los mercados internacionales de capitales desde principios del siglo XIX ha dependido del carácter cíclico del proceso de endeudamiento internacional. Los principales prestamistas han sido la Gran Bretaña y los Estados Unidos, la primera desde los 1820 hasta la Primera Guerra Mundial, y los segundos, desde los 1920[38].

Vale señalar que uno de los ejemplos más ominosos de la historia colonial y deuda, sea la negociación de Haití con Francia[39]. No solamente el ámbito local de decisiones políticas y jurídicas fueron homogenizadas por las burguesías nacionalistas que tomaron el lugar del colonizador, sino que, además, su posición subordinada a las bancas internacionales fue estratégica para el desenvolvimento económico de las naciones más desarrolladas y la afirmación del papel agroexportador latinoamericano.

> Las regiones semi-periféricas, y entre ellas América Latina, fueron las regiones "blanco" de las inversiones extranjeras. Una parte de América Latina vivió una transformación profunda de su estructura económica y de sus lazos de dependencia con los países del centro. Particularmente en Argentina y Uruguay se instaló un modelo de agroexportaciones que creció rápidamente. La explotación de recursos agrarios y mineros precisaba de la construcción de infraestructura, especialmente de ferrocarriles.
>
> Hacia el fin de siglo XIX había una industrialización incipiente en algunos centros urbanos de Argentina, Uruguay, Brasil y México. Concomitante con las transformaciones productivas, se construyeron sistemas bancarios nacionales, aunque la formación de espacios financieros nacionales era un proceso lento. La orientación al patrón oro y a la preservación de la credibilidad con el ambiente financiero ejercieron una fuerte presión sobre las políticas económicas nacionales[40].

---

38 Avella Gómez, Mauricio. Antecedentes históricos de la deuda externa colombiana. De la Paz Británica a la Paz Americana. En: *Revista de Economía Institucional* [En línea]. Bogotá: Banco de la República, 2004, vol. 6, n.º 11. Disponible en: https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/5257/be_239.pdf?sequence=1&isAllowed=y. p. 157-206. ISSN 0124-5996.

39 Obregón, Liliana. Haití and the Cosmopolitan imagination. En: García-Salmones, Mónica y Slotte, Pamela. *Cosmopolitans in Enlightenment Europe and Beyond* [En línea]. Bruselas: P.I.E. Peter Lang S.A., 2013. Disponible en: https://www.academia.edu/4408288/_Haiti_and_the_Cosmopolitan_Imagination_in_Cosmopolitanisms_in_Enlightenment_Europe_and_Beyond_edited_by_M%C3%B3nica_Garc%C3%ADa-Salmones_and_Pamela_Slotte_Peter_Lang_Brussels_2013_Pgs._59-179 p. 159-179. ISBN: 978-2-87574-065-6.

40 P. 10-11

En este sentido, el otrora colonialismo de cuño eslavista dio paso a la competencia mercantil de los países latinoamericanos integrados en el paradigma del siglo XX. Como lo he advertido en otro lugar[41], el ascenso del imperialismo norteamericano tuvo un papel especial en el desarrollo económico latinoamericano. De acuerdo con el reacomodo de Europa en la Primera Guerra Mundial, los capitales financieros cambiaron sus clásicas rutas de operación y la competencia entre potencias obligó a aperturar otros campos de mercados financieros internacionales.

> Los Estados Unidos practicaron su propia versión de política monetaria internacional -la diplomacia del dólar. Se trataba de una política claramente unilateral. "El objetivo fue claro: desarrollar un patio trasero americano y el rol del dólar a través de créditos privados que fuesen condicionados por un control de la política económica ejercido por expertos norteamericanos con la aprobación del Ministerio de Asuntos Exteriores[42].

Por tanto, la influencia norteamericana en el denominado "patio trasero" no solo fijó una política financiera de endeudamiento de América Latina, sino que desde la fijación del desarrollismo y el modelo Brostow iban a guiar a nuestra región al "ferrocarril" del "Desarrollo". Este escenario, a la par de la tensión geopolítica entre la URSS y el mundo capitalista, logró enfrentar ideológicamente a los países de la región desde la polaridad económica y política: así, el tercer mundo había nacido. Con ello, la *guerra fría* continuó con la tradición colonial de imponer las ideologías a las organizaciones de dirección social; por tanto, el modelo desarrollista iba a ser aceptado con suma naturalidad, ya que

> …desde su inicio, el contenido del desarrollo fue debatido profusamente pues su conceptualización mostraba ciertas limitaciones; una de ellas, era entenderlo sólo como crecimiento del producto interno bruto *per cápita* (PIBPC) en los límites del

---

41 SANDOVAL TRIGO, SAND GERMÁN. (La conferencia del Bretton Woods: imperialismo y orígenes del capitalismo financiero). En: Repensando la Educación en Derecho Internacional en América Latina: Avances y discusiones en el 2019, editado por Paola Andrea Acosta-Alvarado, Enrique Prieto-Ríos & Daniel Rivas-Ramírez. Bogotá: Universidad del Rosario, 2020.

42 BECKER, JOACHIM. El endeudamiento externo de América Latina: un resumen histórico. En: *El golpe del capital. Las crisis financieras en el Cono Sur y sus salidas* [En línea]. Montevideo: Coscoroba, 2007. 13 p. Disponible en: https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1316641559.lflacso_2007_becker.pdf

> capitalismo, lo cual significaba mantener la estructura de desigualdad y exclusión social características de este modo de producción; una crítica también muy extendida, consistió en el hecho de que las teorías metropolitanas ponían el énfasis sólo en los obstáculos al desarrollo existentes en el *polo atrasado* y soslayar, así, los provocados por el *polo desarrollado*.
>
> Si bien el desarrollo, identificado con el crecimiento económico, mantuvo su vigencia en los tres decenios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, a finales de la década de 1970, con el advenimiento del neoliberalismo, el tema del desarrollo se retiró de la agenda de las preocupaciones nacionales e internacionales y fue reemplazado por la reflexión exclusiva sobre los problemas que traía consigo la inserción de las economías nacionales en la globalización, la competitividad y el funcionamiento del mercado autorregulado[43].

La guerra fría logró imponer en la región una organización política, económica y jurídica enraizada en la oposición ideológica entre las potencias dominantes. El proyecto revolucionario-socialista o el proyecto del desarrollo-capitalista habían sido proyectos pensados desde el escenario hegemónico de las potencias, pero su implementación constituyó la replicación del ejercicio colonial, pues las estructuras diseñadas desde un condicionamiento cultural diferente fueron trasladadas a América Latina y otras latitudes sin contextualizaciones económicas, sociales o políticas. En este mismo sentido, la distinción binaria entre países desarrollados y subdesarrolados selló la dependencia económica de las estrategias globales a los problemas locales de nuestras regiones. Con la misma pericia que caracterizó a la colonia, las decisiones económicas de cada país estaban atadas a los mercados financieros e intereses exteriores. Con la articulación de actores locales, cuyas inversiones y privilegios se armonizaban con la ideología internacional, la continuación de la desigualdad no era casualidad. La tesis del desarrollo creó una identidad manifiesta entre los Estados del centro, normalmente industrializados y desarrollados, y los de la periferia, agroexportadores y subdesarrollados.

La teoría de la dependencia desarrollada desde la orientación ideológica de la CEPAL nos mostró cómo la organización económica colonial siguió vigente en un proyecto cultural global. La dependencia entre la periferia

---

43 Ornelas Delgado, Jaime. Volver al desarrollo. En: *Problemas del Desarrollo*, Revista de la facultad de Economía BUAP. n.° 168 [En línea]. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 2012. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/317445212_Volver_al_desarrollo, p. 9. ISSN: .168.28636

agroexportadora sobre las economías industrializadas trajo por su propia naturaleza una desigualdad económica en los actores económicos internacionales. Económicamente, la idea del subdesarrollo también supuso la naturalización de la desigualdad en los países latinoamericanos. Sin embargo, la crítica que se realizó sobre el desarrollo no cuestionó la base del modelo de producción sino solo los medios de obtención de ríqueza y la distribución entre las economías de centro y periferia.

Desde esta narrativa, el posicionamiento de la desigualdad se puede observar en la relación: burguesías nacionalistas / políticas económicas nacionales. La orientación y toma de decisiones sobre los planes de desarrollo, políticas públicas y administración de los recursos nacionales está determinado por los grupos políticos (elites) que ejecutan la dirección estatal. No es ninguna casualidad que el fervor neoliberal se haya instaurado en la región como la única opción válida luego de la Operación Cóndor en América Latina. Penosamente, luego de la década perdida, América Latina se inundó del sueño neoliberal y las brechas de desigualdad se hicieron tan evidentes como las contradicciones del sistema capitalista.

> La evidencia de las últimas dos décadas del siglo pasado en la región muestra números rojos en cuanto a la igualdad. La nueva alianza público- privada redundó en una mayor segmentación territorial y de la calidad de los servicios, así como en asimetrías de información, y no corrigió desigualdades de origen en las oportunidades. La heterogeneidad estructural, relativa a la segmentación en el mundo productivo del trabajo y que desde allí multiplica las desigualdades sociales en todas las esferas de la sociedad, aumentó durante las tres últimas décadas en la mayoría de los países de la región. Además, dos áreas en que los arreglos entre Estado, mercado y familia exacerbaron la segmentación fueron la protección social y la educación. En lugar de igualar oportunidades, aumentaron las brechas. Sin duda, los esfuerzos en el área de la política pública, redoblados en la década que termina a fin de reducir la pobreza, ampliar el acceso a la educación y la capacitación y, más recientemente, mitigar la vulnerabilidad social, son respuestas frente a esta evaluación crítica.
>
> Las desigualdades en materia de educación, protección social y productividad se nutren de (y alimentan) brechas históricas por razones de raza y etnia, género y territorialidad. Las desigualdades de género se expresan, por una parte, en formas diversas de discriminación en el mundo laboral (menos ingresos, más desempleo y empleo menos protegido) y por otra en la falta de remuneración y el poco reconocimiento de la economía del cuidado, clave en la reproducción social y a cargo sobre todo de las mujeres. Los indígenas y afrodescendientes, así como la población rural,

> son más pobres y menos educados, y tienen menores ingresos, menos protección social y un acceso restringido a la justicia y a la política. Las desigualdades territoriales también se ven reflejadas en la segregación urbana, dado que los barrios pobres tienen servicios pobres y accesos restringidos (escuelas de mala calidad, ambientes hacinados, mayor exposición a la violencia, menos oferta de empleos, servicios más deficientes de salud, menos capital social[44].

El género, la raza y la clase han sido determinantes en la naturalización de la desiguadad de nuestras sociedades. Sin embargo, el diseño estatal para su erradicación parte de paquetes económicos, sociales y políticos que reproducen la subordinación de los esquemas productivos internacionales y favorecen a las oligarquías (elites) locales. En esta suerte, los grupos económicamente relevantes son parte de la maquinaria de representación política en el juego de la democracia formal. Por tanto, en el esquema neoliberal, no es difícil dar cuenta del avance de participación social de la sociedad en los procesos electorales, pero es importante darnos cuenta de que dicha participación está coptada por la debilidad de las alternativas democráticas. En nuestra región la tensión entre derecha e izquierda ha cimentado la base de la continuación simbólica de la guerra fría. Las alternativas neoliberales y las ideas de "izquierda" parecen desacreditarse por si mismas. Sin embargo, aquí el punto de discusión: dentro de las últimas elecciones, no importa desde qué coordenadas geográficas lo lea: ¿su candidato o candidata podría implementar una alternativa económica, política y social por fuera de las acostumbradas lógicas mal llamadas "socialistas" o "neoliberales"? Normalmente la respuesta será no, pues los programas a desarrollar por los principales partidos políticos en Latinoamérica suelen coincidir con la reproducción con los fundamentos económicos que parten de la universalización de la política liberal y el Estado democrático constitucional (de nuevo la subalternidad y la dependencia epistémica, política y ontológica), como en el caso de México[45] y otros países como Colombia. Sin embargo, parece ser que dentro de esa propuesta los regímenes democráticos partidistas se

---

44 Ornelas Delgado, Jaime. Volver al desarrollo. En: *Problemas del Desarrollo*, Revista de la facultad de Economía buap. n.° 168 [En línea]. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 2012. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/317445212_Volver_al_desarrollo. P. 9. issn: .168.28636, pp. 62 y 63.

45 De Sousa Santos, Boaventura. *Izquierdas del mundo, ¡Uníos!* [En línea]. Barcelona: Icaria, 2018. Disponible en: https://icariaeditorial.com/archivo/pdf_libros/Prologo%20e%20indice_izquierdas%20del%20mundo.pdf. p.8. isbn: 978-84-9888-875-1.

encuentran en el dilema del populismo o el gobierno del libre mercado. Por tanto, las participaciones ciudadanas en los procesos electorales no siempre representan un avance en la democracia, porque la misma sociedad carece de opciones en el juego político y termina votando, no por alternativas diferentes, sino por la ilusión retórica de promesas inexistentes, lo que termina por incrementar la profunda decepción de la caquistocracia.

Es importante asumir la posibilidad del debilitamiento democrático en nuestra región, pues el continuo desmantelamiento del Estado y la dependencia del capitalismo financiero parecen ser las únicas alternativas de los derechos sociales y sabemos que ambas no coexisten por mucho tiempo.

El debilitamiento de las libertades, los derechos sociales y la esfera individual protegida por el esquema liberal de derechos, se ha puesto en juicio por las políticas públicas y desarrollo económico basado en el sistema neoiberal. Basta darnos cuenta del desmantelamiento de los derechos sobre el acceso a la salud a nivel global que nos ha mostrado la crisis del Covid-19. En el mismo sentido del liberalismo colonial, los derechos sociales no se acceden por el simple hecho de ser parte del texto constitucional, sino que se hacen valer solo desde los tribunales como ejercicios de tensión entre la voluntad popular y las instituciones estatales coptadas por el mercado. En este contexto, el poder popular y la democracia desde abajo parecen no olvidar que las instituciones estatales han disminuido los derechos desde la afirmación de la autorregulación del mercado y la competencia internacional de los procesos de producción global.

> La orientación del neoliberalismo… es decididamente… a la despolitización y la desdemocratización, mediante la sustitución de la participación y la representación ciudadana por formas autoritarias de gobierno tecnocrático. Pero pareciera que la cosa ahí no se detiene, que la desmesura (la *hybris* neoliberal) está generando una equivalencia aún más contundente, lo que para lo político es "destitución" para lo económico ha venido a ser "expulsión", y ambas aplazan o erosionan las posibilidades del principio soberano, muestran su declive ante las fauces del monstruoso poder corporativo y sus sistemas complejos dirigidos y autoadaptativos, que se sirven de elementos de los Estados cual si fueran partes de sus propios tentáculos[46].

---

46 Gandarilla Salgado, José Guadalupe. *Colonialismo Neoliberal. Modernidad, devastación y automatismo del mercado*. Buenos Aires: Ediciones Herramienta, 2018, p. 251. ISBN: 978-987-1505-80-9

En este sentido, el reformismo legal y constitucional ha sido una tendencia usada por las elites que favorecen económicamente el esquema neoliberal. Por tanto, las ilusiones de las reformas en favor de los derechos parecen alejarse cada día más del sueño liberal y convertirse en la semilla de la pesadilla fascista. Bajo esa lógica, las transiciones gubernamentales en la región latinoamericana apuntan a un esquema de desconfianza de las bases populares (normalmente excluidos del pacto social) y el endurecimiento de las crisis financieras que se anuncian por el capitalismo financiero. Las reformas constitucionales que permiten debilitar los derechos sociales parecen estar más cercanas al acta constitutiva de una empresa privada que a la voluntad general. La desnaturalización de la desigualdad no debe provenir de una reforma constitucional sino de una transformación política en las bases sociales del ejercicio del Estado. Por tanto, revolucionar el Estado equivale a una transformación epistémica desde la que Latinoamérica comience a entender que el Estado y la sociedad son un ente mismo, que apelando a la idea de Boaventura de Sousa Santos, refundar el Estado debe comprender la idea de multinacionalidad, emancipación patriacal y racial, desde un ángulo descolonial y desmercantilizante. Como lo he referido hasta este momento, Latinoamérica no tuvo la oportunidad de erigirse como un pacto social, y ante la crisis de nuestro tiempo, parece ser la única alternativa. Revolucionar el Estado equivale desde el derecho a descolonizar la noción de constitución.

4. Revolucionar al Estado: despensar la identidad de la constitución

Pensar en el Derecho constitucional desde el tercer mundo impone una obligación epistémica: hay que pensarlo desde abajo y con un carácter descolonial. No necesariamente se trata de pensarlo desde la clase media, ni tampoco desde nuestros privilegios de raza o género. Pensar desde abajo la idea de la constitución implica hacerlo desde el Derecho vivo (del que se hace en los órdenes sociales con o sin el Estado) que se habita en los llamados no-ciudadanos, hombres y mujeres migrantes, indígenas, los trabajadores y campesinos, los excluidos y los estudiantes, de sus prácticas y saberes. Principalmente hacerlo desde abajo es a partir de las experiencias de resistencia y movilización política de los movimientos sociales cuya gramática se encuentra silenciada por las disciplinas científicas. Debemos reflexionar desde ese derecho que está fuera del lenguaje y del rigor disciplinar, y a partir

de las epistemologías del Sur quizá también sea necesario pensarlo desde el subalterno silenciado y también desde la naturaleza.

Por tanto, a modo de conclusión es fundamental cuestionarnos sobre el término constitución en el siglo XXI, despensar la constitución para cambiar la perspectiva instrumental que se ha naturalizado social e intelectualmente en los estados poscoloniales como una realidad discursiva a servicio del Estado, y pensarla como un eje toral de la organización de la sociedad en oposición a la tradición colonial.

Primeramente, quiero hacer énfasis en que los actores sociales que producimos las literaturas sobre el Derecho, los operadores jurídicos y administrativos que aplican las normas estatales y en general los debates políticos y académicos, hemos naturalizado el lenguaje del Derecho occidental como la voz unívoca de lo real. Vale hacer una visita a la disciplina de *Historia del Derecho*[47] que siguiendo la lógica ilustrada trasciende de oriente a occidente y corresponde a una versión unilineal y progresista, que culmina, casualmente o quizás de manera causal, en el proceso ilustrado emblematizado por el pensamiento moderno eurocéntrico. La dimensión del término de Derecho público y privado, por ejemplo, supone una distinción supeditada a la concepción eurocéntrica del Derecho y a la obvia correspondencia del proceso evolutivo de la racionalidad moderna. Por tanto, no es de ninguna sorpresa pensar al Derecho, desde Latinoamérica y a la constitución como un significado atado a una cadena de significantes de cuño moderno. En suma, siguiendo la analogía del rizoma de Deleuze[48], el Derecho moderno se entiende como una cadena de proposiciones lógicas que se dan sentido a sí mismas. Y no me refiero a la lógica kelseniana sobre la validez, sino más aún, al sentido que se le atribuye al contenido del Derecho, que explica Deleuze al respecto de los conceptos como las maletas.

De lo anterior, vale señalar que, al estar condicionado el significado de constitución a un régimen simbólico colonial, la posibilidad de su *diferencia* solo es patente en cuanto a la reproducción de los contenidos dados. En otras palabras, el uso de las nociones de constitución va aparejado de una serie de valores, de representaciones de las instituciones sociales (economía, política, cultura, etc.) cuyos contenidos pre-definidos suponen un proceso circular,

---

47 El nombre real de la disciplina tendría que ser: Evolución histórica de las instituciones jurídicas en occidente. Ello es así pues la idea del Derecho es mucho más amplia a occidente.

48 DELEUZE. Rizoma.

correspectivo y "dogmático". Estas tres características se expresan en una misma porque establecen relaciones de significados que les dan sentido a los significantes, y que, si bien estos cambian con el tiempo, su base epistémica no se transforma: i.e. la propiedad privada.

En este orden de ideas, es fundamental seguir la noción del orden del discurso de M. Foucault a efecto de señalar cómo la palabra prohibida, la separación de la locura y la voluntad del saber implican un régimen de verdad que puede seguirse en la construcción del Derecho moderno y que, por ende, aquellas realidades que van más allá del margen del discurso pronuncian lo impronunciable en términos de la disciplina; por tanto, se anula su existencia y validez enunciativa.

> Se puede decir la verdad siempre que se diga en el espacio de una exterioridad salvaje; pero no está en la verdad más que obedeciendo a las reglas de una -policía- discursiva que se debe reactivar en cada uno de sus discursos[49].

De ello, que tomando en consideración la unidad del sistema jurídico como una coordinación de conceptos, los significantes y significados están determinados a una realidad circunscrita por los referentes discursivos y prácticas que le otorgan validez a la producción ideológica del Derecho. Tal es el caso, como planteo en la idea de *descolonización de la fraternidad*[50], el pensamiento moderno y el Derecho moderno como parte de este, reproducen epistémicamente el mundo en una reducción derivada de la sustancialidad. De ello que elementos diferentes a esta que no apelan directamente al ser imponen un régimen de signos extraños que queda por fuera de las categorías modernas del Derecho. En tal sentido, la relacionalidad como condición epistémica, parece impensable en la cadena proposicional del pensamiento moderno y del Derecho moderno. Por tanto, pensar en los derechos de la naturaleza desde la sustancialidad es condenar al mundo natural a la sustancialidad y al régimen de signos de la modernidad y el antropocentrismo.

---

49 Foucault, Michel. *El orden del discurso* [En línea]. Madrid: Las ediciones de La Piqueta, 1996. n.° 31. Disponible en: http://www.ram-wan.net/restrepo/hermeneuticas/10.el-orden-del-discurso.pdf. p. 22. ISSN: 36426.

50 Sandoval Trigo, Germán Medardo. Descolonizar la fraternidad: descentrar el yo. En: *Estudios Jurídico Críticos en América Latina Volumen II* [En línea] Cali: Edward Javier Ordoñez y Universidad Santiago de Cali, 2019. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/339147149_Estudios_Juridicos_Criticos_en_America_Latina_Volumen_2 . p. 27-29. ISBN: 978-958-5583-31-3

En este sentido, como he descrito en el punto anterior, es fundamental tomar como punto de referencia el proceso histórico de la noción de constitución en los países del tercer mundo, esencialmente de herencia colonial. Ya que dentro de la dependencia simbólica sobre la cual se erigieron las culturas correspondientes al tercer mundo, estas cadenas de significantes se implementaron con suma naturalidad, sin tomar en cuenta el desarrollo cultural, sus diferencias y por obviedad, las condiciones concretas de su formación.

En obvias circunstancias, esta crítica se realiza desde el borde exterior de la disciplina de los constitucionalistas, pero que a pesar de ello se deducen cuatro problemas de la noción de la constitución:

a. Dentro de la narrativa universalista y progresista de corte ilustrado la noción de la constitución supone un desarrollo, un progreso civilizacional al respecto de las sociedades que carecen de este concepto.

b. Los valores europeos, como libertad y propiedad de la sociedad ilustrada, se replican dentro de los procesos constitucionales y se reproducen bajo una supuesta naturalidad como valores universales, con la excepción del proceso ecuatoriano y boliviano en la región latinoamericana.

c. La idea de constitución, además de dar por sentado que las aspiraciones sociales se unificarían universalmente, supone la identidad cultural y armonía entre diferencias etnorraciales desde el artificio de la nación ocultando la herencia multinacional.

d. El ejercicio político del constituyente es suficiente por su vocación política, antes de que por su real inclusión social. Normalmente, la participación democrática de los actores que redactan las constituciones está orientada por los intereses privados y no el interés social, como sucedió incluso en la ilustración.

Los cuatro puntos señalados con antelación convergen *in situ* en un concepto clásico de la teoría crítica latinoamericana: la colonialidad del saber y del poder, como se observa en el siguiente apartado.

A. EL NACIONALISMO COMO CONTINUACIÓN DEL COLONIALISMO. DESPLAZAMIENTO DE OTRAS IDENTIDADES

Para este punto es importante tener en cuenta que en la historia del desarrollo de las sociedades del centro europeo y la periferia colonial tienen diferentes rasgos y procesos como advertí en la parte dos de este documento.

Es importante notar que en el análisis de la historia del Derecho constitucional europeo y americano, se da por sentada la existencia de una "cierta" homogeneidad en los grupos sociales como condición previa a la figura cohesionadora de una carta magna. Pero a qué estamos dispuestos a nombrar como "cierta homogeneidad"… al fin de cuentas, ¿quién la nombra? Hay que tomar en cuenta que tal homogeneidad es una fantasía ilusoria de las reivindicaciones de clase, raza y género que condujeron a la naturalización de la desigualdad.

Sabemos que estos procesos, aun en la propia Europa, se sostuvieron sobre la unificación forzada de la diferencia. Lapones, gitanos, vascos, por mencionar algunos, fueron incluidos en pactos sociales universalistas. Empero, en el ámbito de las colonias, estas adaptaciones fueron mucho más violentas, porque en el caso del centro la producción de diferencia quedó marginada como minoría, debido a un ángulo quizá cuantitativo, pero en la construcción colonial se sostuvo como una minoría, no cuantitativa sino cualitativa, porque sus pedimentos y visión de mundo se fundaban en la palabra prohibida, en la locura, en los márgenes de otra verdad.

Por ejemplo, en el caso mexicano, las narrativas de la constitución de 1917 guardan reminiscencias ilustradas, que a pesar de su gran avance en temas sociales (en cuanto a la última de estas), invisibiliza al sector campesino e indígena tras la retórica de los derechos progresistas. Sin embargo, la revolución mexicana trajo un gran avance al ámbito discursivo de los derechos, pues en la idea de los derechos sociales pretendió mostrar una visión de mundo constituida en pro de la sociedad; sin embargo, la enunciación de derechos y del cambio de realidades por decreto solo tuvo un efecto discursivo, pues no logró el efecto esperado de inclusión social. Los pobres siguieron pobres y los ricos, más ricos. A pesar de ello, el régimen de tierra y el campo tuvo un gran avance por varias décadas protegiendo el ejido y las tierras comunales. Lastimosamente, las reformas al artículo 27 constitucional de 1992 condujeron al desmembramiento de la tenencia y distribución de tierra campesina, como anunció la era neoliberal, pues el campesinado tuvo la posibilidad de vender la tierra que había sido motivo de la aparente victoria zapatista de la tierra y libertad. Sin tierra, y con la poca restante era difícil hacer frente al consumo interno, pero que, de la mano de la beldad del TLCAN, México dio un gran salto a la dependencia y a la extinción de autosuficiencia alimentaria. Por tanto, las consecuencias de esos derechos sociales, contrahechos en una política neoliberal, invisibilizaron la

desigualdad material existente en la región y condenaron al campesinado a la migración y condiciones de pobreza.

Hago referencias a la invisibilización pues, a pesar de mirar su existencia de los indígenas y campesinos en los artículos 2º y 27 constitucional de la carta magna mexicana, su inclusión social solo fue discursiva y la desigualdad continuó naturalizada en los aparatos legales que sometieron el régimen constitucional a una reforma neoliberal. Hacia la década del 2010 en la homologación de la carta magna con el convenio 169 de la OIT daba una imagen de una constitución progresista y protectora de derechos humanos, pero que, dentro de su propio cuerpo, ya había posibilitado la perpetuación de la desigualdad y la vulneración de estos. Un paso adelante en papel y dos pasos hacia atrás en la realidad social, a fin de cuentas, el principal siempre determina quién es el subalterno, y bajo qué condiciones este tiene el acceso a los derechos.

En este sentido, la construcción del rizoma de conceptos que devienen del ideario moderno (de la constitución) configura un plano de inmanencia sobre el que se desarrollan conceptos interconectados a fin de atribuir sentido a los procesos identitarios de las sociedades independentistas, revolucionarias o democráticamente consolidadas a partir de los constituyentes e instrumentos determinados por estas cadenas proposicionales. La idea de la propiedad comunal se desarticuló constitucionalmente desde la apuesta por la reforma del artículo 27, situación que solo mostró la articulación de un nuevo horizonte interpretativo en el que dichas cadenas proposicionales implementaron una nueva lógica de mercado, desarticulando simbólicamente la era de los derechos sociales. Además de la invisibilidad, la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos se cimenta sobre el concepto de nación, sin dar cuenta de la existencia de todas las naciones mexicanas que en los periodos de independencia y revolución existieron y que aún existen, si es que con el término de nación debemos referirnos a las agrupaciones sociales cuyas cosmogonías, discursos y prácticas determinan su forma de vida dominante. Al cabo, ¿si en aquellos tiempos eran mayoría (al menos numérica) por qué tuvieron que adoptar otra imposición epistémica? La respuesta se hace obvia cuando damos pauta a la colonialidad del saber y la colonialidad del poder.

¿Pero esto es relevante para pensar a la constitución desde abajo? La tesis propuesta desde los estudios poscoloniales y la idea de epistemologías del sur nos llevan a afirmar que sí, pues la relación entre saber, poder y

representación ontológica delimita la posibilidad de construcción de esas cadenas proposicionales que he revisado con anterioridad, pero que, al no ser sostenidas sino bajo las condiciones epistémicas y políticas de los grupos dominantes, no logran sino existencia de corte informal, o como en el caso de Bolivia en el gobierno de Evo Morales, de grupos específicos, que se adaptan a las cadenas previas de saber-poder.

B. LA CONSTITUCIÓN COMO ACONTECIMIENTO

La constitución como acontecimiento implica dos posiciones. Para Badiou[51] implica una capacidad transformadora, una ruptura que permite el ejercicio de poder. Esta cuestión la tomo como punto de partida; sin embargo, para llegar al punto de relevancia en donde la constitución o el análisis constitucional sea tomado desde abajo, es importante ir más allá, hacia una segunda posición. Para Deleuze[52], la idea de acontecimiento conlleva la intersección de dos momentos, que tiene más que una capacidad disruptiva, una capacidad de producción de una entidad por venir. No es solamente una afirmación de lo que es y la historia de dónde vino, sino más bien, una posibilidad por venir. Este "acto" implica un choque entre la meseta del pasado (liberal, fascista, neoliberal, insurgente) determinado por un rizoma ya pre-constituido, y el presente, que tiene la capacidad de producir una entidad que actualiza esa vocación identitaria (ente-poder), un acto de creación, no solo la repetición en sí de las cadenas de proposiciones lógicas o cadenas de conceptos, sino que inclusive, al usar los conceptos, las vocaciones de poder-saber se constituyen una entidad que redefine nuevas ramificaciones.

Entonces, comprender la idea de la constitución como acontecimiento implicaría pensar una apertura, que no replique los mismos errores de dependencia simbólica del saber colonial y que exprese una realidad material con actores desde abajo y que agencie los conceptos desde su propia vocación política: no se trata de una destrucción de categorías o instituciones, sino de un uso contrahegemónico de la concepción del Derecho que permita crear una nueva realidad. Una apertura epistémica, política y ontológica sobre lo

---

51 BADIOU, ALAIN. *El ser y el acontecimiento*. Buenos Aires, Manantial, 2008. ISBN 978-987-500-111-4.

52 DELEUZE, GUILLES. Lógica del sentido [En línea]. Trad. Miguel Morey. Barcelona: Paidós, 2005. Disponible en: https://www.marcialpons.es/libros/logica-del-sentido/9788449318030/. 382 p. ISBN: 9788449318030

que puede ser denominado realidad. Un acontecimiento en el sentido de la vocación por la identidad de un pacto que dé voz a los sin voz, desde el diálogo propuesto entre experiencias y prácticas y no solo desde la retórica estatal o administración internacional de los Estados latinoamericanos: un poder constituyente.

¿Pero realmente América Latina ha conocido el fragor del poder constituyente del que habla Toni Negri?[53] Sin duda, en momentos tan particulares como el arribo de Allende al poder, Correa o Evo Morales, guarda una cierta analogía con este planteamiento. Empero, dentro de la gramática moderna sobre la que está escrito el texto de Negri, vale la pena discutir el alcance de estos momentos en la expresión de la vida geopolítica globalizada del tercer mundo.

Dos posiciones sobre este punto: 1) Esta alternativa implicaría una refundamentación del poder y una reconfiguración de las categorías del Derecho. Suena utópico, pero pensemos en la noción de utopía de E. Bloch como un programa de operación. Un intento de ello fue la constitución boliviana, lo que nos lleva al siguiente punto. 2) Pensar en una apertura al futuro necesariamente implica pensar en alternativas. En el ejemplo de Bolivia se des-pensó la democracia, se reconfiguró el saber-poder, pero no se descolonizó la economía. Las estrategias políticas en el campo internacional también son parte del entramado propuesto, pues sin alternativas políticas internacionales nuestros Estados están perpetuamente reproduciendo el papel subordinado de la lógica colonial.

C. CONSTITUCIÓN COMO DEPENDENCIA

Como establecí en el punto III, la idea del desarrollo y el progreso como fiel herencia del pensamiento ilustrado representa uno de los pilares de la modernidad. El dominio científico ha sido una de las principales razones sobre las que el pensamiento eurocéntrico determinó su superioridad al respecto de otras formas de conocimiento. En este entendido, el saber determinado por la ciencia encuentra su fuerza en los márgenes interiores del discurso de la ciencia. Su principal condición de saber fue perdiendo su vocación humanista mientras más se acercó del capitalismo.

---

53 http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20140805042026/06poder.pdf

En suma, la idea del desarrollo y progreso está condicionada por la noción del saber. De ello que los países en vías de desarrollo o tercermundistas asuman una posición en la economía política global, pues dadas sus carencias tecnológicas, lo que pueden ofrecer al mundo es la materia prima, fuerza de trabajo, deuda internacional y consumo. De tal suerte que la posición entre los países ricos en tecnología y aquellos ricos en materias primas aparentan entrar en una integración económica en la que trabajan juntos a fin de satisfacer sus necesidades, sin dar cuenta de que tal sinergia conlleva *dependencia* de saber y verticalidad de poder en el que la posición de consumidores y productores está clara en la circulación económica de las mercancías y del trabajo. Como señalé, el fin del desarrollismo dio paso a la autorregulación del mercado y de manera abierta a la coptación de las organizaciones estatales por parte de los consorcios mercantiles.

Las economías del tercer mundo dependen esencialmente del desarrollo constitucional. Sin duda, la constitución ha sido el punto de encuentro de los intereses controlados por las burguesías nacionales y los intereses de las economías internacionales. La agenda de cada país instrumenta una orientación sobre su lógica de desarrollo y progreso social, que, como lo dije en la introducción, dichas políticas públicas terminan perdiendo el sentido de su esencia y se convierten en un instrumento paralelo del clientelismo partidista o el entreguismo internacional. De la misma suerte, es fundamental comprender cómo la lógica del mercado urge y presiona a las bancadas partidistas para realizar reformas *ad hoc* con los actores económicamente preponderantes. Así, la articulación entre las áreas estratégicas de inversión, los planes nacionales de desarrollo impactan directamente en los *rankings* propuestos por las calificadoras al respecto de la inversión internacional. La constitución es un blanco de disputa no solamente por el reconocimiento de los que pretenden incluirse en el pacto, sino en la continuación de roles de producción y consumo en la lógica del capitalismo financiero.

El capitalismo financiero y la convergencia del diseño de las instituciones calificadoras, y de regulación internacional como la OMC, el BID y el propio Fondo Monetario Internacional, coadyuvaron en imponer agendas industrializadoras a los países del tercer mundo, en obviedad, las constituciones siempre mantienen un apartado especial de facultades para el ejecutivo o legislativo para incorporar las guías de los organismos internacionales, pero que con el híper presidencialismo que representa a la región latinoameri-

cana deja mucho que decir sobre la discusión y decisión democrática del denominado "bien común".

En esta idea, la noción de progreso y desarrollo permanecen en el ideario económico de la región; sin embargo, a pesar de las pretensiones internacionales para erradicar la pobreza y la desigualdad, parece ser que solo asimilando la posición geopolítica de la desigualdad económica y política frente a las economías más desarrolladas podamos aspirar a la "igualdad".

Por lo anterior, pensar en la constitución como un acontecimiento en el sentido de Badiou implicaría definitivamente una ruta diferente a la trazada por el sistema contemporáneo; empero, no necesariamente diferente a lo consolidado en su propio seno. Pensar la constitución como una convergencia de pasado y presente, ontológicamente puede apostar por la construcción de alternativas fuera de las mesetas y sus producciones epistémicas, por lo que el entendido de Deleuze es más productivo a fin de explicar la forma de despensar los conceptos y crear categorías nuevas.

De tal suerte que aprender de los movimientos sociales es una ruta más cercana a la instauración de una construcción organizada desde abajo. Particularmente el caso de Cherán ha puesto de manifiesto cómo la insurgencia legal del litigio estratégico dio a luz un concepto novedoso dentro de la lógica del Estado mexicano: el municipio indígena. En palabras de Orlando Aragón:

> Para entrar al análisis de las prácticas militantes del Derecho es necesario comenzar por una discusión más amplia de la cual se deriva, y que consiste en el debate general e inacabado sobre la potencialidad emancipadora del derecho estatal[54].

En este proceso, el ejercicio de los derechos a partir de la comunidad permitió, desde la organización de base, establecer un diálogo e instrumentalización del Derecho estatal a partir de las instituciones y "derechos" cimentados en la organización social. La idea del litigio estratégico como el manejo del Derecho desde los especialistas reifica y desvía la comprensión del Derecho en una extensión más allá de la lógica de este capítulo. Por tanto, despensar

---

54 Para más detalles ver: Aragón Andrade, Orlando. *El derecho en insurrección. Hacia una antropología jurídica militante desde la experiencia de Cherán, México* [En línea]. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. Disponible en: http://www.librosoa.unam.mx/handle/123456789/2031 ISBN: 978-607-30-1519-6

la constitución implica también despensar los actores que están inmersos en el proceso de hacer valer esos derechos.

> Si bien no existe en la literatura jurídica una discusión teórica sobre la figura del "abogado rey", la construyo aquí como una analogía del plan- teamiento de Rancière sobre el "filósofo y el sociólogo rey" y, por lo tanto, estaría basada en los mismos principios teóricos y tendría las mismas consecuencias políticas en la lucha de los subalternos. En este caso, el abogado desplaza de su lugar central a los actores que sostienen la lucha política y los coloca en un lugar de inferioridad. Esta condición puede materializarse en la tentación de suplantar a los actores sociales en la dirección de la lucha, por razones de carácter técnico, o en negarse a tomar en consideración la voz de los actores en la estrategia judicial.
>
> Para combatir la condición del "abogado rey" nuestra experiencia nos enseñó un movimiento inverso: potenciar la política en el espacio mismo de la práctica del Derecho. En consecuencia, para formar una práctica que sustente un uso más contra-hegemónico del Derecho estatal es necesario sub- vertir la lógica del "abogado rey". La manera que desde la experiencia de Cherán y del Colectivo Emancipaciones hemos construido es, justamente, oponernos en nuestra práctica cotidiana a los dos pilares que sustentan a esta idea. Por un lado, a tener especial cuidado en desplazar la centralidad de los actores que sostienen la lucha y el proceso de Cherán; y, por otro lado, en incorporar su conocimiento en el diseño y aplicación de la estrategia legal[55].

En este sentido, el desdoblamiento de los conceptos del Derecho estatal habitados por la voz popular puede constituir la agencia política de los saberes nacidos en la lucha. Por tanto, la producción de saberes desde los movimientos sociales, como estrategias de protección, defensa y acceso a derechos, pero también de creación de nuevos derechos, implica un acontecimiento que nos muestra que despensar la constitución es posible y ese hecho conlleva en sí el agenciamiento social de revolucionar al Estado.

Parto de esta experiencia para comprender que dicha insurrección en Cherán ha revolucionado al Estado mexicano, llevándolo desde su base co-

---

55 Aragón Andrade, Orlando. Traducción intercultural y ecología de saberes jurídicos en la experiencia de Cherán, México. Elementos para una nueva práctica crítica y militante del derecho. En: *Epistemologías del Sur: Epistemologias Do Sul, Editador por Maria Paula Meneses and Karina Bidaseca* [en línea]. Ciudad de México: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (clacso), 2018. p. 13. Disponible en: https://colectivoemancipaciones.files.wordpress.com/2018/01/aragc3b3n-orlando-traduccic3b3n-intercultural-y-ecologc3ada-de-saberes-jurc3addicos.pdf

lonial a interpretar derechos que sirven para contener, aunque localmente, las manifestaciones negativas de las lógicas neoliberales y extractivitas. Por ello, uno de los principales planteamientos en la idea de las epistemologías del sur implica democratizar la democracia a fin de reivindicar las ontologías y saberes fuera de la representación de las sociedades capitalistas, y en el sentido del caso planteado, la democracia se ha manifestado en el juego institucional y la decisión judicial que mantuvo las autonomías. Así, como la estrategia política guardada por los actores sociales en su movilización. Revolucionar el Estado no es un anacronismo: es construir por primera vez un paradigma Latinoamericano.

BREVES NOTAS A MODO DE IN-CONCLUSIÓN

La refundación del Estado tendrá que ser una refundación organizada, estratégica y revolucionaria.

Nadie niega que hoy la democracia se encuentre en la agenda de los movimientos sociales y que, en apariencia, también sea una preocupación real de las instituciones internacionales. El avance democrático como solución para los Estados del tercer mundo no ha evitado el autoritarismo como Brasil o el populismo, como en México y Colombia; se deja en claro con estos ejemplos que la democracia de baja intensidad y la debilidad institucional son próximas a la corrupción: un claro ejemplo de ello está en los *Panamá papers* y los escándalos derivados del grupo Odebrech.

La armonización de la agenda del desarrollo de los países tercer mundistas de acuerdo con las lógicas del capital financiero, han servido de un medio por el cual los poderes salvajes de las corporaciones someten gobiernos a paneles internacionales con la finalidad de buscar incumplimientos por parte del Estado. De acuerdo con ello, la idea de la democracia liberal debe ser replanteada a fin de reencontrar actores políticos que construyan puentes no de inclusión sino de fundación de los Estados latinoamericanos. La idea del contrato social quizá es anacrónica con la relación de fuerzas entre la sociedad civil, el mercado y el capitalismo financiero; por tanto, la idea de revolucionar el Estado se trata de una concepción que desdoble el carácter colonial de la constitución y que se busque una reorientación ontológica, política y epistémica de nuestras organizaciones sociales.

Las reformas sobre la distribución fiscal, la renta básica, los derechos de los animales y la naturaleza, y derechos humanos o derechos fundamentales

en lo esencial son parte de la agenda del mundo que se ha ido con el paradigma del capitalismo industrial; sin embargo, en América Latina aún no hemos comenzado a construir instituciones que gobiernen desde las nociones de igualdad, porque, como se ha revisado en el texto, la desigualdad está naturalizada en el sistema político local e internacional. Pensar en resolver los problemas de fondo sobre la desigualdad nos impone un imperativo ético: pensar desde América Latina sin dependencias coloniales. Aunque es cuestionable, Bolivia y Ecuador lograron mostrar el camino, de nosotros depende allanarlo o caer en el dulce sueño de la democracia de baja intensidad en una nueva era del ascenso de las políticas que pueden dejarnos sin derechos.

> "Los sueños de la razón producen monstruos"
> Francisco Goya

REFERENCIAS

Aragón Andrade, Orlando. El derecho en insurrección. Hacia una antropología jurídica militante desde la experiencia de Cherán, México. [En línea]. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. Disponible en: http://www.librosoa.unam.mx/handle/123456789/2031 ISBN: 978-607-30-1519-6

Aragón Andrade, Orlando. Traducción intercultural y ecología de saberes jurídicos en la experiencia Cherán, México. Elementos para una práctica crítica y militantes del derecho. En: *Epistemologías del Sur: Epistemologìas do sul.* Editado por Maía Paula Meses y Karina Bidaseca [En línea]. Ciudad de México: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (clacso), 2018, p. 13. Disponible en: https://colectivoemancipaciones.files.wordpress.com/2018/01/aragc3b3n-orlando-traduccic3b3n-intercultural-y-ecologc3ada-de-saberes-jurc3addicos.pdf

Avella Gómez, Mauricio. Antecedentes históricos de la deuda externa colombiana. De la Paz Británica a la Paz Americana. En: *Revista de Economía Institucional* [En línea]. Bogotá: Banco de la República, 2004, vol. 6, n.º 11. Disponible en: https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/5257/be_239.pdf?sequence=1&isAllowed=y. pp. 157-206. ISSN 0124-5996.

Badiou, Alain. *Lógicas de los mundos: el ser y el acontecimiento*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2008. ISBN 978-987-500-111-4

Becker, Joachim. El endeudamiento externo de América Latina: un resumen histórico. En: *El golpe del capital. Las crisis financieras en el Cono Sur y sus salidas* [En línea].

Montevideo: Coscoroba, 2007. 13 p. Disponible en: https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1316641559.lflacso_2007_becker.pdf

Barbolla Mate, Domitila. *La esclavitud negro africana en España, una historia silenciada* [en línea]. Madrid: febrero 2013. Disponible en: http://www.africafundacion.org/IMG/pdf/Domi_Esclavitud-1.pdf. p. 29

Bernal, Martín. La Invención de la Antigua Grecia. En: *Atenea negra: las raíces afroasiáticas de la civilización clásica* [en línea]. Barcelona: Crítica (Grijalbo Comercial S.A.), 1987. http://libroesoterico.com/biblioteca/HERMETISMO/Atenea%20Negra.pdf.. p.507. ISBN 84-7423-604-5

Castro Gómez, Santiago. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)* [en línea]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/pensar-puj/20180102042534/hybris.pdf. p. 345. ISBN 958-683-808-0

C.L.R, James. *Los Jacobinos Negros* [En línea]. Madrid: Fondo de Cultura Económica para América Latina, 2003. Disponible en: https://www.passeidireto.com/arquivo/25593930/james-c-l-r-los-jacobinos-negros-1938-pdf. 372 p. ISBN: 84-7506-593-7.

Chakravorty Spivak, Gayatri. *Can the subaltern speak?* New York: Rosalind Morris and Columbia University Press, 2010. Disponible en: http://abahlali.org/files/Can_the_subaltern_speak.pdf. 23 p. ISBN: 978-0-231-51285-5

De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* [en línea]. Nueva York: Routledge, 1995. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/livros/toward-a-new-common-sense-law-science-and-politics-in-the-paradigmatic-transition.php. p. 614. ISBN: 978-0415904391

De Sousa Santos, Boaventura. *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado* [En línea]. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/sousa/reinventar.pdf. 101 p. ISBN: 987-1183-13-5

De Sousa Santos, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Socidad y Programa Democracia y Transformación Global, 2010. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf. 156 p. ISBN: 978-612-45667-2-1

De Sousa Santos, Boaventura. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. I Vol. En: *Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática* [en línea]. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2003. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/critica_de_la_razon_indolente.pdf. 481 p. ISBN: 84-330-1768-3.

De Sousa Santos, Boaventura. *Izquierdas del mundo, ¡Uníos!* [En línea]. Barcelona: Icaria, 2018. Disponible en: https://icariaeditorial.com/archivo/pdf_libros/Prologo%20e%20indice_izquierdas%20del%20mundo.pdf. p. 8. ISBN: 978-84-9888-875-1.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. Sobre el origen de Ia tradición hispanoamericana de los derechos humanos En: *Revista de Facultade de Direito da UFPR* [en línea]. Curitiba: Doutrina Estrangeira, 1996. Disponible en: http://www.revistas.ufpr.br. p. 9-37.

Deleuze, Guilles. *Lógica del sentido* [En línea]. Trad. Miguel Morey. Barcelona: Paidós, 2005. Disponible en: https://www.marcialpons.es/libros/logica-del-sentido/9788449318030/. 382 p. ISBN: 9788449318030

Dussel, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad* [en línea]. La Paz: UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación y Plural Editores, 1194. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111218114130/1942.pdf p. 175. ISBN: 84-87264-11-5

Dussel, Enrique; Mendieta, Eduardo y Bohórquez, Carmen. *El pensamiento filosófico latinoamericano, del caribe y "latino" (1300-2000). Historia, corrientes, temas y filósofos* [en línea]. México: Siglo XXI, 2009. Disponible en: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/62.Pensamiento_filosofico_Caribe.pdf. p. 56 ISBN 978-607-03-0128-5

Escobar, Arturo. *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo* [en línea]. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2007. Disponible en: https://cronicon.net/paginas/Documentos/No.10.pdf. p. 424. ISBN: 978-980-396-776-5

Fanon, Frantz. *Los condenados de la tierra* [En línea]. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1961. Disponible en: https://www.saberesafricanos.net/phocadownloadpap/libros/los_condenados_de_la_tierra.pdf p.163. ISBN 968-16-0971-9.

Federici, Silvia. *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación* [en línea]. Madrid: Traficantes de sueños, 2010. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/

default/files/pdfs/Caliban%20y%20la%20bruja-TdS.pdf. p. 367. ISBN: 978-84-96453-51-7.

FRANCO SILVA, ALFONSO. La esclavitud en Castilla durante la Baja Edad Media. En: *Historia. Instituciones. Documentos* [en línea]. Sevilla: Universidad de Sevilla: Departamento de Historia Medieval y Ciencias y Técnicas Historiográficas. Disponible en: http://institucional.us.es/revistas/historia/06/05%20franco%20silva.pdf. p. 113- 127. ISSN 0210-7716

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y REVELO REBOLLEDO, JAVIER EDUARDO. *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia, 2002-2009* [En línea]. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2009. Disponible en: https://www.dejusticia.org/publication/mayorias-sin-democracia-desequilibrio-de-poderes-y-estado-de-derecho-en-colombia-2002-2009/. 413 p. ISBN 978-958-99142-0-5

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. Notas preliminares para la caracterización del Derecho en América Latina. En: *El otro Derecho,* n.° 26-27 [En línea]. Bogotá D.C.: ILSA, 2002. Disponible en: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2904/NotaspreliminaresparalacaracterizaciondelderechoenAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y. pp. 13-49

GANDARILLA SALGADO, JOSÉ GUADALUPE. *Colonialismo Neoliberal. Modernidad, devastación y automatismo del mercado*. Buenos Aires: Ediciones Herramienta, 2018. P. 251. ISBN: 978-987-1505-80-9

GONZÁLEZ ARÉVALO, RAÚL. *La esclavitud en la España Bajomedieval (Siglos XIV-XV). Generalidades y rasgos diferenciales* [En línea]. 47 Vol. N°2 Millars: Espai i historia, 2019. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=269812. p. 31. ISSN 1132-9823

GUHA, RANAHIT. *Las voces de la historia y otros estudios subalternos* [En línea]. Barcelona: Crítica S.L., 2002. Disponible en: http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/318.pdf. 116 p. ISBN: 84- 8432-0332-3.

GUTIÉRREZ ESCUDERO, ANTONIO. Los intentos colonizadores de Francia y Holanda en el siglo XVI. En: NAVARRO GARCÍA, LUIS. *Historia de las Américas* [en línea]. España: Alhambra Longman, 1991. Disponible en: https://digital.csic.es/bitstream/10261/49771/1/Binder1.pdf. p. 357-373. ISBN 84-205-2153-1

GUTIÉRREZ AZOPARDO, IDELFONSO. En: *Quinto Centenario* n.º 12 [En línea]. Bogotá: Universidad de los Andes 1987. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=80380 p.187-210. ISSN 0211-6111

González Arévalo, Raúl. La esclavitud en la España Medieval. (siglos xiv-xv). Generalidades y rasgos diferenciales [En línea]. En: Millars: Espai i historia. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I: Departamento de Historia, Geografía y Arte, 2019. Disponible en: http://www.e-revistes.uji.es/index.php/millars/article/view/4038. p. 11-37. ISSN 1132-9823

Iturriaga, Eugenia. *Las élites de la Ciudad Blanca. Discursos racistas sobre la Otredad.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. Disponible en: http://www.revistas.unam.mx/index.php/peninsula/article/view/63085. p. 358. ISBN 978-607-02-8762-6

Jones, Josh. *The Atlantic Slave Trade Visualized in Two Minutes: 10 Million Lives, 20,000 Voyages, Over 315 Years. Open Culture* [En línea]. Disponible en: http://www.openculture.com/2016/06/the-atlantic-slave-trade-visualized-in-two-minutes.html?fbclid=IwARospyb7Nn3niyo9bmodmvW1bkbHM7JkBkjik0q9CmYcrYVltvs7rCo9Bk4

Lander, Edgardo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* [en línea]. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf. p. 122-152. ISBN 950-9231-51-7

Múnera, Alfonso. *El fracaso de la Nación. Región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1810)* [En línea]. Bogotá: Banco de la República y El Áncora Editores, 1998. Disponible en: https://rodrigomorenog.files.wordpress.com/2014/12/mc3banera-ei-fracaso-de-la-nacic3b3n-regic3b3n-clase-y-raza-en-el-caribe-colombiano-1717-1821.pdf. p.126. ISBN 958-96201-5-9.

Monateri, P.G. Gayo, el negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En: Monateri, P.G y Geoffrey, Samuel. *La invención del Derecho Privado* [en línea]. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2006. Disponible en: https://www.academia.edu/31517172/p.g._monateri_-_gayo_el_negro. p. 266. ISBN 9586650820.

Obregón, Liliana. Haití and the Cosmopolitan imagination. En: García-Salmones, Mónica y Slotte, Pamela. *Cosmopolitans in Enlightenment Europe and Beyond* [En línea]. Bruselas: p.i.e. Peter Lang S.A., 2013. Disponible en: https://www.academia.edu/4408288/_Haiti_and_the_Cosmopolitan_Imagination_in_Cosmopolitanisms_in_Enlightenment_Europe_and_Beyond_edited_by_M%C3%B3nica_Garc%C3%ADa-Salmones_and_Pamela_Slotte_Peter_Lang_Brussels_2013_Pgs._59-179 p. 159-179. ISBN: 978-2-87574-065-6.

Ornelas Delgado, Jaime. Volver al desarrollo. En: *Problemas del Desarrollo, Revista de la facultad de Economía BUAP*. n.° 168. [En línea]. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 2012. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/317445212_Volver_al_desarrollo, p. 9. ISSN: .168.28636

Phillips JR. William D. La historia de la esclavitud y la historia medieval de la Península Ibérica. En: *Espacio, tiempo y forma: Revista de la Facultad de geografía e historia* [En línea]. Madrid: UNED, 2010. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:ETFSerieIII-2010-23-2080/Documento.pdf. p. 19. ISSN 0214-9745

Quijano, Aníbal. *Modernidad, identidad y utopía en América Latina* [En línea]. Lima: Sociedad y Políticas Ediciones, 1988. Disponible en: https://antropologiadeoutraforma.files.wordpress.com/2013/04/quijano-anibal-modernidad-identidad-y-utopia-en-america-latina-1988.pdf. p.36.

Quijano, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latin*a [en línea]. Buenos Aires: CLACSO, 2014. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf. p.57. ISBN 978-987-722-018-6

Rodney, Walter. *De cómo Europa subdesarrolló a África*. México D.F.: siglo XXI editores, 1982. Disponible en: https://www.academia.edu/39077424/Walter_Rodney_-_De_co_mo_Europa_subdesarrollo_a_A_frica. p. 177. ISBN 968-23--1157-8

Sandoval Trigo, German Medardo. La Constitución de 1917 y el Liberalismo Colonial. En: Mañón Garibay, Guillermo José y Pelayo Moller, Carlos María. *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos* [En línea]. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Luis René Guerrero Galván y Carlos María Pelayo Moller, 2016. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4093/6.pdf. pp. 95- 118. ISBN 9786070276569

Sandoval Trigo, Germán Medardo. Descolonizar la fraternidad: descentrar el yo. En: *Estudios Jurídico Críticos en América Latina Volumen II* [En línea] Cali: Edward Javier Ordoñez y Universidad Santiago de Cali, 2019. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/339147149_Estudios_Juridicos_Criticos_en_America_Latina_Volumen_2. p. 27-29. ISBN: 978-958-5583-31-3

Sojo, Carlos. *El Estado bajo escrutinio: opinión pública, estatalidad y desempeño gubernamental en América Latina* [En línea]. Santiago: Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2011. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35344/S2011508.pdf?sequence=1. 158 p. LC/R.2174.

Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos originarios: el debate necesario* [En línea]. Buenos Aires: cta Ediciones y clacso, 2010. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/clacso/index/assoc/D3141.dir/Stavenhagen2.pdf. p. 174. issn 978-987-23915-9-1

Stavenhagen, Rodolfo. Clases, colonialismo y aculturación [En línea]. En: *Cuadernos del Seminario de Integración Social Guatemalteca*. Guatemala: J. de Pineda Ibarra y Ministerio de Educación, 1968. Disponible en: https://www.scribd.com/doc/106945116/Stavenhagen-Rodolfo-1968-Clases-colonialismo-y-aculturacion p.73. issn 0503-3934

Suárez Bilbao, Fernando. Los judíos y las Cruzadas. Las consecuencias y su situación jurídica. En: *Medievalismo: Boletín de la Sociedad Española de Estudios Medievales* [en línea]. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2011. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=165184. p. 35. issn 1131-8155.

Taussig, Michael T. *El diablo y el fetichismo de la mercancía en Sudamérica* [En línea]. México: Nueva Imagen, 1993. Disponible en: https://taco91.files.wordpress.com/2008/12/resumido-taussing-el-diablo-y-el-fetichismo-libro-copy.pdf. p. 306. isbn 9683903495.

Thatcher, Oliver y Mcneal Holmes, Edgar. The Speech of Urban ii at the Council of Clermont [en línea]. En: *A source book for Medieval History.* Nueva York: Charles Scribner's Sons, 1905. Disponible en: http://www.gutenberg.org/files/42707/42707-h/42707-h.htm#mh279. pp. 514-518. isbn 978-1514177259

Toasijé, Antumi. La esclavitud en el xvi en territorios hispánicos. En: Brocar. *Cuadernos de investigación histórica* n.º 32 [En línea].Parlá: Universidad de La Rioja, 2008. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3600415. pp. 99-106. issn 1885-8309

Todorov, Tzvetan. *La conquista de América: el problema del otro* [en línea]. México D.F.: Siglo xxi, 1987. Disponible en: https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/todorov-t-1982-la-conquista-de-america-el-problema-del-otro.pdf. p. 137. isbn 9682312175

Wallerstein, Immanuel. *Abrir las ciencias sociales* [en línea]. México: Siglo xxi, 2006. Disponible en: http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/sbreadResourceServlet?rid=1329856422580_1888331861_3268. 126 p. isbn 968-23-2012-7.

Williams, Eric. *Capitalismo y esclavitud* [en línea]. Madrid: Traficantes de Sueños, 2011. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Capitalismo%20y%20esclavitud-TdS.pdf. p. 314. ISSN 978-84-96453-60-9

Wolkmer, Antonio Carlos y Manica Radaelli, Samuel. Refundación de la teoría constitucional latinoamericana pluralidad y descolonización [En línea]. En: *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* n.º 37. Madrid: Universidad Carlos III: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, 2017. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27134/DyL-2017-37-wolkmer.pdf.. pp. 32-50. ISSN: 1133-0937.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. En: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* [En línea]. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Humanas e Filosofia. Universidade Federal Fluminense, 2015. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5104838. pp. 182-243. ISSN 1984-2503

Zea, Leopoldo. América Latina: largo viaje hacia sí misma. En: *Latinoamérica: Cuadernos de Cultura Latinoamericana* 18 [En línea]. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, Centro de Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía y Letras y Unión de Universidades de América Latina, 1983. Disponible en: https://profesorvargasguillen.files.wordpress.com/2015/05/zea-al-largo-viaje.pdf. p. 23.

SEGUNDA PARTE
ACCESO A BIENES PÚBLICOS Y SITUACIÓN EXTREMA DE LOS GRUPOS VULNERABLES

CAPÍTULO III

El índice de acceso efectivo a la justicia como una herramienta para el diseño de políticas públicas, de cara al ODS 16

The index of effective access to justice as a tool for the design of public policies, facing the 16th SDG

JOHANN DILAK JULIO ESTRADA*
FLORALBA PADRÓN PARDO**
DANIEL RIVAS RAMÍREZ***

RESUMEN

En el año 2017, el Gobierno colombiano, a través del Departamento Nacional de Planeación, diseñó e implementó el Índice de Acceso Efectivo a la Justicia como una herramienta para conocer el nivel de satisfacción y cumplimiento departamentales del derecho al acceso a la justicia en el territorio nacional. Dentro de la estructura de este índice se incluyeron de manera tangencial algunos indicadores relacionados con el Objetivo de Desarrollo Sostenible n.° 16 y la meta 16.3; sin embargo, su complejo diseño pese a tener potencial para ser una herramienta de políticas públicas de cara al ODS 16, se queda corto. Este capítulo se enfoca en analizar el diseño y los resultados del IAEJ 2017, identificar los elementos problemáticos de esa primera versión y proponer una serie de ajustes para que pueda servir como una herramienta efectiva para el diseño de políticas públicas que propendan por cumplir las metas del ODS 16.

PALABRAS CLAVE

Colombia; IAEJ; Acceso a la justicia; Objetivos de Desarrollo Sostenible; ODS 16; Políticas públicas.

ABSTRACT

In 2017, the Colombian Government through the National Planning Department designed and implemented the Index of Effective Access to Justice

* Magíster en Gestión Urbana de la Pontificia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Docente investigador del Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales –CIPE–, de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo-e: johann.julio@uexternado.edu.co ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-6984-1893

** Doctora en Constitución y derechos fundamentales en Europa con Mención Internacional de la Universidad de Alicante (España). Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo-e: floralba.padron@uexternado.edu.co ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-7056-1028

*** Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Coordinador editorial de *Latin American Law Review* de la Universidad de los Andes (Colombia) y del Centro de Investigación y Docencia Económicas (México). Bogotá, Colombia. Correo-e: danielrivasram@hotmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-8191-9996

as a tool to know the level of departmental compliance with the right to access justice in the national territory. Within the structure of this index, some indicators related to the 16th Sustainable Development Goal and the target 16.3 were tangentially included, however, its complex design, despite having the potential to be a public policy tool for the 16th SDG, it is not enough. This chapter focuses on analyzing the design and results of the IEAJ 2017, identifying the problematic elements of that first version and proposing a series of adjustments that will allow it to serve as an effective tool for the design of public policies that tend to meet the goals of the 16th SDG.

KEYWORDS

Colombia; IEAJ; Access to Justice; Sustainable Development Goals; SDG 16; Public Policies.

INTRODUCCIÓN

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible son metas establecidas por la Organización de las Naciones Unidas para promover y garantizar el desarrollo sostenible en todos los Estados y eliminar la pobreza, protegiendo el planeta y garantizando la paz y prosperidad para todas las personas. Dentro de dichos objetivos se encuentra el ODS 16 que pretende "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles", a través de diez (10) metas específicas que deberán ser alcanzadas para el año 2030.

Con relación al acceso a la justicia, se establece de manera puntual la meta 16.3 con la que se pretende "Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos". En esa medida, dentro de esta meta se contempla la necesidad de diseñar e implementar mecanismos que garanticen el acceso efectivo a la justicia de todos los ciudadanos; especialmente en aquellos países en los que existen tantas barreras y obstáculos para ello, como ocurre en el caso de Colombia.

En el año 2017, el Departamento Nacional de Planeación implementó el Índice de Acceso Efectivo a la Justicia (en adelante, IAEJ), un indicador que busca medir el nivel de acceso a la justicia en 29 de los 32 departamentos

del país. Desde ese momento, el IAEJ se calculó a partir de la información recabada a través de diferentes encuestas practicadas por el DANE y de los registros administrativos de las entidades públicas, contemplando siete dimensiones que incluyen: el ambiente favorable para acceder a la justicia, el empoderamiento legal, la asistencia legal, el acceso a las instituciones, el procedimiento justo y la capacidad de cumplimiento de las soluciones a los problemas jurídicos.

Partiendo de ese primer ejercicio que supuso la edición del IAEJ 2017, este artículo propone realizar un análisis crítico sobre la metodología y los componentes de la herramienta, proponiendo un nuevo sistema de medición para el IAEJ que permita explorar y diagnosticar con mayor profundidad las barreras y obstáculos para el acceso efectivo a la justicia en Colombia y que, a su vez, permita aportar verdaderos elementos materiales para la construcción de una nueva y mejor política pública en materia de acceso efectivo a la justicia de cara a lograr la meta 16.3 de los ODS.

Para tales efectos, el artículo se divide en cinco partes. En primer lugar, se presenta de manera breve y esquemática lo que el IAEJ 2017 entiende por acceso efectivo a la justicia, la metodología empleada por él y los resultados que arrojó en su aplicación. Posteriormente, se presenta un diagnóstico preliminar sobre la idoneidad de dicho modelo, a través del uso de elementos del Derecho comparado, del Derecho internacional, de los alcances que tiene el derecho al acceso efectivo a la justicia en Colombia y del contexto nacional sociohistórico. En tercer lugar, partir de dichos elementos, se presenta una propuesta orientada a fortalecer el IAEJ para próximas mediciones, argumentado cómo dichos cambios podrían resultar útiles para mejorar el diseño y la implementación de las políticas públicas nacionales y territoriales en justicia, así como la forma en que dichas recomendaciones podrían jugar un papel determinante para alcanzar la meta 16.3 de los ODS. El artículo concluirá estableciendo brevemente cuál es la utilidad que el IAEJ puede tener frente al diseño de políticas públicas en materia de justicia en países en vía de desarrollo.

1. EL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA Y SU APROXIMACIÓN AL ACCESO A LA JUSTICIA

Históricamente, los países de América Latina han ocupado los puestos más altos en los *rankings* que califican los niveles de desigualdad e impunidad

en el mundo. Como punto de referencia podemos tomar el Índice Global de Impunidad del año 2015, en donde América Latina tuvo un puntaje promedio de 58,4 (siendo 100 el valor más alto de impunidad), y países como Colombia y México reportaron dos de las peores puntuaciones, al obtener 75,6 y 75,7[1]. En esa misma línea podemos señalar que, para el año 2016, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe calificó a Latinoamérica como la región más desigual del mundo, destacando que el coeficiente de Gini más alto de la región en el año 2015 correspondía a Colombia, quien obtuvo una calificación de 0,522[2].

Ante esta realidad cobra especial relevancia que los Estados asuman una posición razonable y responsable frente a la situación interna de sus países. En ese sentido, es importante que cada Estado cuente con la información y los conocimientos suficientes sobre los diferentes servicios que presta para disminuir esas desigualdades, injusticias e impunidades y la forma en la que ellos inciden en la situación general de sus habitantes[3]. Dentro de los servicios a los que mayor atención deben prestar los Gobiernos se encuentra el servicio de la administración de justicia, en la medida en la que se trata de una herramienta orientada hacia la pacificación de los conflictos interpersonales y de las circunstancias de injusticia social[4].

La garantía del acceso a la justicia constituye una prioridad para cualquier Estado democrático liberal en la medida en la que es a través de ella que se promueve y asegura la materialización de los demás derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento constitucional; después de todo, por ello se piensa en el acceso a la justicia como "el derecho más fundamental y el requisito más básico de cualquier sociedad igualitaria"[5]. Varios de los investigadores de DeJusticia han señalado al respecto que existen cinco razones claras por las cuales el acceso a la justicia es importante para los Estados y para la sociedad en general. En primer lugar, en la medida en la que se dé

---

1 Le Clercq, Juan Antonio; Azucena Cháidez y Gerardo Rodríguez "Midiendo la impunidad en América Latina: retos conceptuales y metodológicos". Íconos, 55, 2016, p. 77. Doi: http://dx.doi.org/10.17141/iconos.55.2016.1934

2 cepal. *Panorama Social de América Latina 2016.* Santiago: Naciones Unidas, 2017.

3 Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde, Sandra Santa y Rodrigo Uprimny. *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia.* Bogotá: Dejusticia, 2014, p. 16.

4 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* p. 15.

5 M. Cappeletti y Bryant Garth. *El acceso a la justicia.* México: Fondo de Cultura Económico, 1996, p. 13.

un acceso igualitario a la justicia se logrará la pacificación del país a través de la administración de justicia; sumado a ello, se trata, como ya lo hemos señalado, de un mecanismo que permite materializar los demás derechos fundamentales; la tercera razón tiene que ver con la función de delimitación que cumple respecto de los derechos fundamentales ante otros derechos y otros valores constitucionales; es también un fin democrático esencial; y, finalmente, constituye una herramienta ideal para fomentar y mantener la convivencia al interior de un país[6]. Estas cinco razones que ha identificado DeJusticia no son más que conclusiones prácticas de lo que ha sido la puesta en marcha del Estado de Derecho. No podemos dejar de lado que de nada serviría el principio de legalidad si no existiesen los mecanismos para hacerle cumplir; tanto es así que con el paso de los años, la transformación hacia el Estado social de Derecho también ha requerido la adopción de mecanismos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales[7].

Reconociendo esta especial importancia que tiene el acceso a la justicia, en particular en sociedades tan desiguales como las que habitan el territorio de América Latina, desde la comunidad internacional se han impulsado diferentes proyectos e iniciativas con las que se busca brindar a los Estados la capacidad de conocer la situación real del acceso a la justicia y de otros derechos, al interior de los contextos nacionales. Dentro de las estrategias que se han implementado para lograr ese objetivo, el uso de indicadores e índices para la medición del grado de satisfacción y garantía de derechos humanos y fundamentales se ha convertido una práctica normal en toda la comunidad internacional. Ejemplo de ello es que las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y la OCDE, promueven el uso de indicadores para evaluar el cumplimiento de diferentes compromisos internacionales como los son los ODS. De igual manera, los gobiernos nacionales han empleado métodos similares y análogos para evaluar internamente el cumplimiento y respeto de las diferentes obligaciones estatales, dentro de las que se incluyen, por supuesto, los derechos humanos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos –en adelante, OACNUDH– diseñó y empezó a promover la adopción de un modelo de medición, basado principalmente en la visión de

---

6 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* pp. 14-15.

7 Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

garantía de derechos. Esta metodología ha sido acogida por la gran parte de América Latina para medir el grado de cumplimiento de los derechos humanos al interior de ellos, tal y como se puede evidenciar con la creación de Sistemas Nacionales de Estadística en Estados como Bolivia, Brasil, Ecuador, México y Paraguay[8].

Este modelo tiene su punto de partida en un marco conceptual y metodológico desarrollado por la OACNUDH y recogido en la resolución HRMI/MC/2008/3 en donde se estableció la necesidad de que las mediciones que se realizaran tuvieran en cuenta los compromisos, los esfuerzos y los resultados en materia de derechos humanos, así como una visión transversal de las normas de derechos humanos[9]. En relación con los aspectos metodológicos del modelo, se reconoció la necesidad de diseñar y seleccionar indicadores que pudiesen ser definidos de manera explícita y precisa, basándose en una metodología constante y aceptable para la recopilación, tratamiento y difusión de datos, para lo que se sugirieron como fuentes de información las estadísticas socioeconómicas, las estadísticas administrativas y los datos fácticos (casos) de violaciones de derechos humanos. En pocas palabras, la pauta para la selección de indicadores estaba dada por aquellos indicadores que fuesen pertinentes, válidos, fiables, simples y oportunos, basados en información objetiva obtenida a través de mecanismos de generación de datos que pudiesen presentarse de manera comparable en términos temporales y espaciales; desglosables por sexo, edad y sectores vulnerables o marginados[10].

Para optimizar el proceso de selección de indicadores, la OACNUDH sugirió la selección de tres tipos de indicadores (estructurales, de proceso y de resultado), que permitirían reducir al máximo el número de indicadores necesarios para realizar la medición del respeto y cumplimiento de un derecho humano. Los primeros se refieren a instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales para facilitar el derecho humano[11]. Los de proceso, tiene que

---

8 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013). Construcción de indicadores de Derechos Humanos: Experiencias regionales, OACNUDH, México.

9 Naciones Unidas (15 de mayo del 2008). *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos* (HRI/MC/2008/3), pp. 7-8 Disponible en: https://www.refworld.org.es/publisher,HRI,,,4a8c14692,0.html

10 Naciones Unidas. *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos,* p. 10.

11 Naciones Unidas. *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos,* p. 18.

ver con la política pública estatal[12], y finalmente los de resultado evalúan los logros respecto de la realización del derecho humano que se analiza[13].

Finalmente, para efectos de la implementación de este modelo a nivel nacional, la OACNUDH realizó una serie de recomendaciones relacionadas con las fuentes de información y el análisis de los indicadores. En tal sentido, la primera gran recomendación fue que los Estados contaran con un mecanismo institucional para la obtención de la información que permitiese también el desglose de la misma. Por otra parte, también se recomendó que el proceso de vigilancia y medición fuera lo suficientemente descentralizado e incluyente para reflejar los intereses de todo el territorio. Finalmente, se sugirió prestar especial atención a quiénes serían los interesados en el monitoreo, cuáles son los principales grupos vulnerables, incluir y considerar los indicadores de no discriminación y accesibilidad y garantizar la periodicidad de la información, su publicación, su acceso y su seguimiento[14].

Ahora bien, tal y como se puede apreciar en los párrafos anteriores, el modelo sugerido por la OACNUDH propone el diseño e implementación de una batería de indicadores de diferente tipo e independientes. En el contexto latinoamericano, países como Bolivia, México y Paraguay han adoptado e implementado este modelo para analizar el grado de cumplimiento de derechos como el acceso a la justicia y el juicio justo.

Bolivia empezó en el 2014 a desarrollar, a través del Comité Técnico Temático del Derecho de Acceso a la Justicia y Juicio Justo, una batería de indicadores para evaluar el grado de garantía y cumplimiento de este derecho constitucional[15]. Para ello, acogió las tres categorías de indicadores sugeridas por el modelo de la OACNUDH, replicando en gran medida la lista ilustrativa que había propuesto este organismo. No obstante, es importante destacar que, en el caso de los indicadores de proceso y resultado, se agruparon en diferentes atributos, correspondientes a las diferentes etapas del proceso judicial. En tal sentido, el modelo boliviano solo acogió una visión de garantía

---

12 Naciones Unidas. *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos,* p. 19.

13 Naciones Unidas. *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos,* p. 13

14 Naciones Unidas. *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos,* p. 19-20.

15 Instituto Nacional de Estadística (s.f) Indicadores de Derechos Humanos en Bolivia: Justicia. Disponible en: https://www.ine.gob.bo/ddhh2016/onu/index.php?r=site/justicia

de derechos y excluyó la definición de acceso de justicia a partir de la cadena de valor de justicia, dejando por fuera las etapas anteriores y subsiguientes al acceso al sistema judicial en otros atributos. Asimismo, es importante destacar que la principal fuente de información para la construcción de los indicadores fueron los registros administrativos de las entidades públicas[16].

Por su parte, desde el año 2010 el gobierno mexicano se ha preocupado por aplicar la metodología de la OACNUD para evaluar el grado de satisfacción de los derechos fundamentales de su población. En lo que respecta al acceso a la justicia, en ese año se determinó la importancia de identificar una serie de indicadores que le permitieran centrarse en el derecho a un juicio justo. Para tales efectos, desde febrero empezó a identificar y clasificar los diferentes indicadores según el costo de inversión económica y temporal que se requería para obtener la información base de cada indicador. De esa manera, estableció, con ayuda del Tribunal Superior Judicial del Distrito Federal, tres categorías: a corto plazo (a un año), a mediano plazo (de dos a tres años) y a largo plazo (de cuatro a cinco años)[17]. Posteriormente, en el 2011 se replicó el ejercicio con el Poder Judicial de Tamaulipas de donde se adoptaron los indicadores propuestos originalmente por la OACNUDH y se añadieron treinta (30) más sobre la evaluación del desempeño personal del este poder judicial. Finalmente, la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México realizó un esfuerzo análogo que terminó por identificar un total de ciento cinco (105) indicadores, de los cuales noventa y tres (93) eran de proceso y los doce (12) restantes de resultado[18]. En el caso del Tribunal Superior Judicial del Distrito Federal, para la elaboración de los indicadores a corto plazo, el criterio utilizado fue el del acceso inmediato a la información. En tal sentido, este primer grupo de indicadores se conformó por aquellos que contaran con información suficiente para el final del año 2010. De esta manera, se agruparon un total de treinta y cuatro (34) indicadores, de los cuales veintiséis (26) eran de proceso y ocho (8) de resultado[19].

---

16 Instituto Nacional de Estadística. *Indicadores de Derechos Humanos en Bolivia: Justicia*.

17 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Construcción de indicadores de Derechos Humanos*, p. 31.

18 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Construcción de indicadores de Derechos Humanos*, p. 32.

19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Construcción de indicadores de Derechos Humanos*, p. 31.

Ahora bien, para la elaboración de estos indicadores, las fuentes de información utilizadas fueron principalmente los registros administrativos de los órganos jurisdiccionales. Las estadísticas elaboradas por la Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Supremo Judicial del Distrito Federal y dos encuestas relacionadas con el nivel de satisfacción de los usuarios del Tribunal y con la impartición de justicia dirigida a la población abierta del Distrito Federal[20].

En el caso colombiano, el proyecto de recabar información sobre el acceso a la justicia también surgió a principios de la segunda década del siglo XXI. Con el apoyo financiero del Banco Mundial y bajo el liderazgo técnico de la Cámara de Comercio de Bogotá en el 2012 se puso en marcha la Encuesta de Necesidades Jurídicas, a través de la cual se pretendía conocer la magnitud y la calidad de las necesidades jurídicas en el país, el nivel de satisfacción de las mismas y los factores que influyen para ello[21]. Este estudio indagó en catorce ciudades principales del país las necesidades jurídicas existentes respecto a los temas de vivienda; familia y hogar; laboral; salud; educación; económica o patrimonial; penal; libertades y derechos civiles y políticos, y hábitat y asuntos con el Estado; sin embargo, se limitó a inquirir lo que se había hecho ante una determinada necesidad jurídica.

A grandes rasgos, la encuesta reveló que dos de cada cinco adultos sufrieron alguna necesidad jurídica en los últimos cuatro años; que en promedio, cada una de esas personas tuvieron 1,7 necesidades jurídicas en ese mismo periodo; que más del 60% de las necesidades jurídicas estaban asociadas a hurtos, estafas, disputas relativas al servicio de salud o de los servicios públicos domiciliares, o disputas familiares; que cerca del 25% intenta llegar a un arreglo directo para resolver dicha necesidad; que aproximadamente el 57% de la población restante no hace nada y, por tanto, solo una tercera parte de la población apela al sistema judicial para la solución de sus necesidades jurídicas[22]. Sumado a ello, permitió identificar que en lo que respecta a la justicia en las ciudades principales del país, cerca de la mitad de los procesos

---

20 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (2013) *Indicadores sobre el derecho a un juicio justo del Poder Judicial del Distrito Federal*, Volumen 3, OACNUDH, México, p. 31.

21 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* p. 16.

22 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* p. 21.

que llegan al sistema no son resueltos y que en el 9% de los casos que son resueltos, la decisión o sentencia no es cumplida o acatada efectivamente[23].

A partir de estos resultados fue posible identificar algunos de los principales cuellos de botella del acceso a la justicia en Colombia. Dentro de ellos se encuentran la renuencia al sistema judicial, la mora judicial y la preferencia por la justicia propia. No obstante, la realización de este ejercicio permitió identificar también una serie de límites a este modelo cuantitativo respecto al acceso a la justicia. Así, por ejemplo, DeJusticia señala que la encuesta no permite registrar todas las necesidades jurídicas que padece la población; que sus resultados son universalistas y no permiten conocer la situación particular de determinados grupos de la población y que su análisis es eminentemente descriptivo, entre otras cosas[24]. En los años subsiguientes, la evaluación de las necesidades jurídicas perdió protagonismo en la medida en la que empezó a ser realizada de manera itinerante, a través de una encuesta del DANE mucho más amplia: la Encuesta de Calidad de Vida. Así fue como, a través del Departamento Nacional de Planeación, se incluyó un módulo de necesidades jurídicas en dicha Encuesta en el año 2016.

A través de este módulo se intentó caracterizar las necesidades jurídicas que experimentó la población en los dos años anteriores, la ruta empleada para resolverlas y el grado de resolución de las mismas[25]. En principio, y en razón de la metodología utilizada para la realización de la Encuesta, fue posible trazar un mapa geográfico con el nivel de satisfacción de las necesidades jurídicas y compararlo entre las áreas urbanas y rurales[26]. También se pudo establecer que las categorías de necesidades sobre salud, familia y delitos correspondían a más de la mitad; que las más satisfechas eran las que tenían que ver con educación servicios públicos y deudas[27]; y que, en realidad, en más del cuarenta y 8% de los casos, la población acudía a las rutas institucionales, mientras que solo el 1,7% acudía a la violencia para resolver sus necesidades jurídicas[28]. Así mismo, este módulo de la Encuesta de Calidad de Vida permitió identificar algunas de las principales variables

---

23 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* p. 21

24 La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny. *Ante la justicia,* p. 57.

25 Gaviria Muñoz, Simón. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016,* Bogotá: DNP, 2017.

26 Gaviria Muñoz. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016,* p. 14.

27 Gaviria Muñoz. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016,* p. 16-17

28 Gaviria Muñoz. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016,* p. 18.

que llevan a declarar una necesidad jurídica, tales como lo son la utilización del internet, el hecho de ser mujer, cabeza de hogar o autoempleado, o el vivir en una cabecera municipal[29].

A partir de dichos resultados, el Departamento Nacional de Planeación, en línea con las metas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 decidió diseñar el Índice de Acceso Efectivo a la Justicia para que pudiese realizar una medición comparable respecto a la capacidad territorial para promover y garantizar el acceso efectivo a la justicia. El Índice de Acceso Efectivo a la Justicia (en adelante IAEJ) es un sistema de medición desarrollado por el Departamento Nacional de Planeación y el Banco Mundial, a través del cual, a partir de la evaluación de diferentes indicadores, calcula el nivel de cumplimiento del derecho al acceso a la justicia de los ciudadanos en Colombia. Fue construido con base en las pautas propuestas por el Manual de Construcción de Indicadores Compuestos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE), publicado en el año 2008 (y complementado con los parámetros propuestos por la Comisión Económica para América Latina –en adelante, CEPAL– en el año siguiente a través de la Guía Metodológica para el Diseño de Indicadores). De allí que el diseño y elaboración del índice estuviese compuesto por siete fases, a saber: la definición del marco teórico del índice, la selección de variables, la imputación de los datos faltantes, el análisis multivariado, la normalización, la ponderación y la relación con otras variables[30].

Respecto a las primeras dos fases del diseño del IAEJ resulta importante destacar que el marco teórico dio lugar a una definición compuesta del acceso a la justicia, a partir de la cual se entendía al acceso a la justicia como un elemento esencial para el crecimiento inclusivo del país[31]. En concreto, esta definición fue construida a partir de dos enfoques, a saber, el de la garantía de derechos y el de la cadena de valor de justicia. En tal sentido, el acceso a la justicia se entiende como "el proceso de múltiples dimensiones que per-

---

29 Gaviria Muñoz. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016,* p. 15.

30 Departamento Nacional de Planeación. Índice de Acceso *Efectivo a la Justicia: Anexos Documentos técnicos: metodología de diseño del Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Banco Mundial, 2017, p. 1.

31 Departamento Nacional de Planeación. Índice de Acceso *Efectivo a la Justicia: Anexos Documentos técnicos: metodología de diseño del Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*, p. 1.

mite a los ciudadanos resolver de forma efectiva sus necesidades jurídicas y promover el crecimiento inclusivo"[32].

A partir de dicha definición compuesta del acceso a la justicia, una mesa técnica se encargó de la selección de variables que sirvieran para medir sus diferentes dimensiones, con base en la información obtenida por el módulo de Necesidades Jurídicas de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida para el año 2016, la Encuesta de Cultura Política del 2015 y los registros administrativos de algunas de las entidades del sector justicia[33]. El resultado de este ejercicio fue la composición de un total de treinta (30) variables que integrarían el IAEJ, agrupadas en siete (7) dimensiones.

FIGURA 1
ESTRUCTURA DEL IAEJ Y PONDERACIÓN DE SUS DIMENSIONES

Fuente: Departamento Nacional de Planeación. Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017.

La primera dimensión corresponde al ambiente favorable, a través del cual se miden las barreras estructurales e institucionales que son externas al sistema de justicia y que evitan que la ciudadanía acceda de manera efectiva a la justicia en Colombia. Se encuentra integrada por cuatro variables que juntas, tienen un valor ponderado del 24% del IAEJ[34]. Estas variables son: i) el logro educativo, que mide el porcentaje de la población departamental con un nivel de escolaridad mayor o igual al de la educación secundaria, bajo la premisa

32 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Banco Mundial, 2018, p. 21.

33 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: Anexos Documentos técnicos: metodología de diseño del Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*, p. 2.

34 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 40.

de que "a mayor grado de escolaridad, mayor probabilidad de declarar una necesidad jurídica"[35]; ii) el uso de medios de comunicación, que mide el porcentaje de la población departamental que usa al menos dos medios de comunicación para conocer la oferta del Estado, en el entendido que ello le permite entender cuáles son los medios de oferta estatal que propician que la ciudadanía acceda posteriormente a los mecanismos de justicia[36]; iii) el grado de penetración o cobertura del internet, con el que se calcula el porcentaje de la población departamental registrada como suscriptora con acceso dedicado a internet de banda ancha, dado que el internet incide de manera directa en la oferta y en la demanda de justicia al aumentar la probabilidad del reconocimiento de una necesidad jurídica y del conocimiento ciudadano de los mecanismos y alternativas para acceder a la justicia[37], y, finalmente, iv) el tiempo promedio de desplazamiento existente entre los municipios del departamento, con el que se estima el esfuerzo promedio que hace un ciudadano para acceder a la oferta institucional del sector justicia[38].

La segunda dimensión reconoce que el acceso a la justicia también tiene relación con el nivel de empoderamiento legal que tenga la ciudadanía. En ese sentido, a través de las cuatro variables que componen esta dimensión, el IAEJ pretende valorar la capacidad que tienen los ciudadanos para comprender y utilizar autónomamente los diferentes mecanismos que existen en el ordenamiento jurídico para la resolución de sus conflictos. En concreto, el índice entiende esta capacidad como el conocimiento básico que los ciudadanos tienen sobre los mecanismos de protección de sus derechos a partir de las siguientes cuatro variables[39]: i) el acceso a la información pública, medido a través del porcentaje de la población de cada departamento que considera que se le garantiza el acceso a la información pública[40]; ii) el conocimiento de derechos, calculado con el porcentaje departamental que ha oído hablar de la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos y con el que pretende determinar cuánto sabe y cómo se comporta la ciudadanía a la hora de iniciar un trámite legal para la protección de sus derechos[41];

---

35 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 40.
36 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 42.
37 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 45.
38 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 47.
39 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, pp. 49-50.
40 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 51.
41 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 53.

iii) el desconocimiento de las rutas de atención, calculando el porcentaje de la población departamental que no hizo nada para resolver sus necesidades jurídicas al no saber qué hacer, ante quién acudir o cómo hacerlo[42], y, por último, iv) la inversión en capacitación, al contabilizar el monto invertido *per cápita* para la promoción y divulgación de derechos por parte de la Defensoría del Pueblo[43].

La tercera dimensión del IAEJ es la de la asistencia legal, que reconoce que el empoderamiento legal debe ser complementado con la asesoría y representación legal de los ciudadanos en el marco de los procedimientos legales. Esta dimensión, que corresponde al 16% del valor final del índice, se compone por cuatro variables específicas que están principalmente orientadas a reconocer las barreras que enfrenta la población de menores recursos que no tienen la capacidad económica de costear representación privada[44]. Dichas cuatro variables corresponden a: i) la asistencia legal propiamente dicha, calculada a partir del porcentaje departamental que utilizó asesoría o representación legal para intentar resolver sus necesidades jurídicas[45]; ii) el déficit de defensores públicos por cada cien mil habitantes del departamento para medir qué tanto se cubre la oferta necesaria de defensa pública en el territorio[46]; iii) la cantidad de consultorios jurídicos por cada cien mil habitantes[47], y iv) el potencial de servicio pro bono, calculado a partir de la cantidad de abogados inscritos en el Registro Nacional de Abogados por cada cien mil habitantes del departamento[48].

En cuarto lugar, el IAEJ incluye también una dimensión que mide el acceso a las instituciones, a través de la cual mide aspectos como la presencia institucional, la eficacia y la percepción ciudadana sobre los servicios de justicia, y la cual corresponde al 12% del Índice[49]. Para esto se utilizan cuatro variables específicas: i) la percepción de los servicios de justicia, con base en el porcentaje de la población que decidió no resolver sus necesidades jurídicas por factores como el costo temporal, la tramitología o los costos

---

42 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 57.
43 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 60.
44 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 63.
45 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 66.
46 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 67.
47 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 69.
48 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 73.
49 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 78.

monetarios en los que incurriría[50]; ii) las decisiones y acuerdos logrados a través del sistema de justicia, que a su vez permiten evaluar el *ratio* de respuesta de las entidades correspondientes[51]; iii) el promedio de instituciones judiciales o administrativas disponibles al interior del departamento dentro de un radio de noventa minutos de distancia[52], y, por último, el promedio departamental de casos evacuados por la rama judicial, casos imputados por la Fiscalía y actas de conciliación conseguidas por los Mecanismos de Resolución de Controversias (en adelante MRC) (variable denominada como eficacia agregada), con lo que se mide de cierta manera el grado de satisfacción de la ciudadanía que utilizó los servicios de justicia del Estado[53].

La quinta dimensión del IAEJ, que tiene un valor ponderado del 16%, está orientada hacia el procedimiento justo y mide la capacidad territorial para que la oferta de servicios sea percibida por la ciudadanía como justa[54]. Esta dimensión se integra por otras cuatro variables individuales, correspondientes a: i) la calidad de respuesta al ciudadano, calculada a través del porcentaje de la población que declaró que la solución a sus necesidades jurídicas se encontraban todavía en trámite o que en su defecto que habían sido rechazadas o no atendidas[55]; ii) la construcción de confianza, calculada a partir del porcentaje de la población que volvería a asistir a la ruta institucional para resolver sus necesidades jurídicas[56]; iii) el debido proceso, determinado a partir del número de tutelas por violaciones al debido proceso[57], y iv) la proporción de audiencias aplazadas por la inasistencia de alguna de las partes[58].

La sexta dimensión corresponde a la capacidad de cumplimiento que tienen las soluciones a las necesidades jurídicas y tiene un valor ponderado del 15% frente al IAEJ. Esta dimensión responde al enfoque de cadena de valor de la justicia en la que se entiende el acceso a la justicia como un proceso que no termina con las decisión judicial sino con la satisfacción efectiva y material de

---

50 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017,* p. 79.
51 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 80.
52 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 83.
53 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia* 2017, p. 87.
54 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 96.
55 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 97.
56 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 99.
57 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 102.
58 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 103.

la necesidad jurídica. En tal sentido, este grupo de variables lo que pretende es medir qué tanto se cumplen las decisiones o acuerdos reportados por los ciudadanos[59]. Al igual que las demás dimensiones se conforman por cuatro variables específicas, a saber: i) el porcentaje de la población que declaró que las decisiones o acuerdos habían sido cumplidos[60]; ii) el porcentaje de la población que declaró que los acuerdos o decisiones habían solucionado sus necesidades jurídicas[61]; iii) la brecha de satisfacción de género, en la que se calcula la proporción de soluciones que fue reportada por hombres y la proporción reportada por mujeres[62], y iv) el número de casos en los que se presentaron incidentes de desacato o solicitudes de cumplimiento[63].

Adicionalmente, la mesa técnica seleccionó otras seis (6) variables para ser incluidas dentro del IAEJ, correspondientes a la dimensión de seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en especial el ODS 16.3) que en todo caso no se incluyen dentro de la evaluación final del Índice, que se limita a los resultados arrojados por los veinticuatro (24) indicadores que antes hemos mencionado. En el caso de los indicadores del ODS 16.3, se incluyeron indicadores oficiales (propuestos originalmente por las Naciones Unidas) e indicadores no oficiales (acogidos por el DNP del informe *Virtual Network Sourcebook n Measuring Peace, Justice and Effective Institutions"*. Estas variables son: i) la sensación de seguridad, ii) la efectividad de las rutas institucionales, iii) la efectividad de los acuerdos pacíficos, iv) la confianza de la ciudadanía en los operadores de justicia, v) la tasa de homicidios y vi) el número de personas privadas de la libertad sin sentencia condenatoria.

Ahora bien, en el marco de las cuatro fases siguientes dentro de la metodología propuesta por la OCDE e implementada para el diseño del IAEJ, se realizaron los diferentes procedimientos para cuantificar, imputar y ponderar cada una de las variables previamente seleccionadas. Para ello se empezó por determinar cuáles variables presentaban ausencia de información y, por tanto, requerían ser imputadas con algún valor[64]; posteriormente, a partir del criterio KMO[65], se realizó un análisis multivariado que permitió

---

59 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 109.
60 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 111.
61 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 112.
62 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 114.
63 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 117.
64 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 4.
65 El criterio KMO, utilizado en el análisis factorial o multivariado sirve para contrastar o comparar

agrupar las variables en las siete dimensiones o componentes que ya hemos señalado[66]. Tras ello, se aplicó la metodología *Min-Max*[67] para normalizar (homogenizar) los resultados de cada una de las variables de tal manera que pudiesen ser comparables entre ellos y con ello pudiesen ser ponderadas por cada una de las dimensiones que las agrupaban de acuerdo con la metodología del Proceso Analítico Jerárquico[68]. Finalmente, se comparó el IAEJ con el Índice de Pobreza Multidimensional del 2017 para determinar la relación directa y proporcional que hay entre la pobreza y el grado de insatisfacción de las necesidades jurídicas. También se hizo lo mismo con el Índice Departamental de Competitividad, con lo que se apreció que el IAEJ es un importante factor para determinar y garantizar un entorno propicio para la actividad económica[69].

Tal y como lo señalábamos al principio de este capítulo, el IAEJ evaluó solo a veintiocho (28) de los treinta y dos (32) departamentos, dejando por fuera del ejercicio a Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada. Respecto de los departamentos que sí fueron incluidos en la evaluación, el que mejores resultados reportó fue el Quindío, que tuvo una evaluación de 6,47 puntos (sobre 10), el que peor desempeño registró fue Amazonas, con una puntuación de 3,19; y el promedio nacional fue de 5,04 puntos[70]. Con base en esta información, es posible concluir que, en realidad, el acceso efectivo a la justicia en Colombia aún no está realmente garantizado. El hecho de que la media nacional apenas supere los cinco puntos da cuenta de que los desafíos para garantizar los mínimos del derecho de acceso a la justicia en Colombia son preocupantes; y en ese mismo sentido, que falta mucho trabajo para alcanzar la meta 16,3 de los ODS.

---

la magnitud de los coeficientes de correlación que son observados, con la magnitud de los coeficientes de correlación parcial.

66 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 5.

67 La metodología Min-Max es un método empleado para el reabastecimiento de inventarios. En concreto, se trata de hacer un seguimiento al nivel de existencias (en este caso, de información) a través del cual, se normaliza la información al transformar los indicadores en un mismo rango de variación.

68 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 7-8.

69 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 10-11.

70 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*, p. 131.

FIGURA 2
RESULTADOS GENERALES DEL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA 2017

Posición	Departamento	Puntaje
1	Quindío	6,47
2	Norte de Santander	5,96
3	Risaralda	5,94
4	San Andrés	5,94
5	Bogotá	5,93
6	Santander	5,9
7	Cundinamarca	5,86
8	Huila	5,77
9	Meta	5,77
10	Boyacá	5,71
11	Caldas	5,69
12	Tolima	5,6
13	Valle	5,48
14	Antioquia	5,47
15	Atlántico	5,12
16	Caquetá	5,08
	Total	5,04
17	Bolívar	4,8
18	Córdoba	4,67
19	Sucre	4,61
20	Cesar	4,54
21	Arauca	4,51
22	Magdalena	4,44
23	La Guajira	4,37
24	Caranare	4,19
25	Cauca	3,98
26	Putumayo	3,84
27	Nariño	3,7
28	Chocó	3,58
29	Amazonas	3,19

Fuente: Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*.

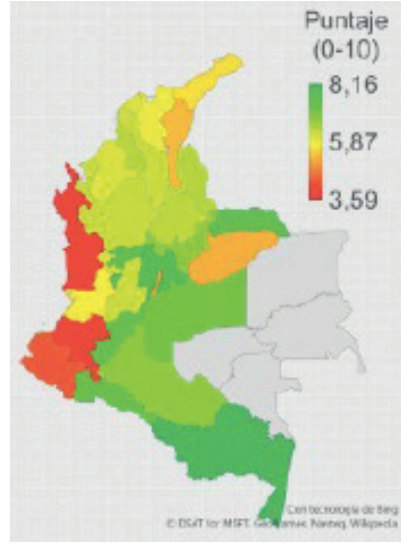
Si revisamos los resultados, desagregándolos por cada una de las dimensiones que integran el IAEJ, ello nos permite identificar en qué momentos es en donde se presentan los mayores desafíos. De acuerdo con el informe final del IAEJ 2017, el procedimiento justo fue la dimensión que mejores resultados presentó, teniendo un promedio nacional aproximado de 6,3 puntos, mientras que la dimensión con la peor calificación fue la del acceso a las instituciones, con un promedio nacional de 4,1 puntos. Si a ello sumamos un análisis transversal de las seis dimensiones como el que se evidencia en la Figura 3, es posible concluir que, en realidad, los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia se focalizan, según el IAEJ, en las dimensiones que se encuentran por fuera del sistema judicial propiamente dicho. En concreto, vemos que el ambiente favorable, el empoderamiento y asistencia legales y el acceso a las instituciones, que son responsabilidad del Estado en general y de las demás entidades encargadas de la promoción y divulgación de los derechos, son las que mayores fallas presentan.

Un último elemento que nos interesa resaltar para los efectos del análisis que realizamos en los siguientes acápites es el que tiene que ver con el factor territorial de los resultados (el cual se aprecia mejor si los datos recopilados en la Figura 2 son reflejados en un mapa del país, como el que presentamos en la Figura 4). A partir de este mapa, es posible identificar una tendencia generalizada a través de la cual el centro y el sur del país tienen un mejor desempeño en el IAEJ y, por tanto, tienen mejores niveles de acceso a la justicia.

FIGURA 3
RESULTADOS POR DIMENSIÓN DEL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA 2017

Fuente: Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*.

FIGURA 4
REPRESENTACIÓN GEOGRÁFICA DE LOS RESULTADOS DEL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA 2017



Fuente: Mejía, Luis Fernando. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2017.

Ahora bien, si nos concentramos en el factor territorial, el cual responde en todo caso a uno de los objetivos prístinos del IAEJ, los resultados individuales de cada departamento aportan algunos elementos adicionales que vale la pena mencionar. En la Tabla 1 se muestran los resultados que obtuvo cada departamento en cada una de las dimensiones que se evaluaron con el Índice.

TABLA 1
COMPARATIVO DE RESULTADOS DEPARTAMENTALES DEL IAEJ POR DIMENSIÓN

	Dimensión							
Departamento	Ambiente favorable	Empoderamiento legal	Asistencia legal	Acceso a las instituciones	Procedimiento justo	Capacidad de cumplimiento	ods	Ponderado
Amazonas	2,64	1,22	1,55	1,92	8,16	3,76	4,37	3,19
Antioquia	5,72	3,62	5,85	6,35	6,23	5,27	7,79	5,47
Arauca	4,29	2,18	4,93	4,47	7,59	3,84	4,45	4,51
Atlántico	6,21	2,41	5,96	3,93	6,01	5,57	4,24	5,12
Bogotá	7,08	7,72	7,23	3,35	5,10	3,62	5,67	5,93
Bolívar	4,20	3,53	5,78	3,76	6,19	5,48	4,39	4,80
Boyacá	5,70	6,15	5,02	2,35	6,79	7,53	6,89	5,71
Caldas	5,85	5,01	4,50	5,39	7,64	5,66	7,92	5,69
Caquetá	4,95	5,70	3,72	4,45	6,78	4,74	7,63	5,08
Casanare	5,32	1,47	6,60	1,67	5,18	3,88	5,57	4,19
Cauca	2,64	5,35	4,48	3,88	3,90	4,19	4,89	3,98
Cesar	4,82	2,42	4,78	4,57	5,29	5,40	4,74	4,54
Chocó	1,11	4,98	3,72	5,03	3,59	4,59	3,80	3,58
Córdoba	4,63	2,74	4,85	4,40	6,06	5,46	4,95	4,67
Cundinamarca	6,49	5,83	3,77	2,66	7,86	7,53	6,51	5,86
Guainía				No Evaluado				
Guaviare				No Evaluado				
Huila	5,37	5,02	5,00	5,18	7,45	6,77	7,60	5,77
La Guajira	4,72	2,74	3,67	3,52	5,59	5,76	3,67	4,37
Magdalena	4,21	2,91	4,47	3,73	5,90	5,50	4,29	4,44
Meta	6,18	6,10	5,08	2,20	7,08	6,92	5,90	5,77
Nariño	2,91	3,10	3,65	4,26	4,35	4,56	4,90	3,70
Norte de Santander	5,97	6,65	5,86	3,19	6,39	7,02	5,33	5,96
Putumayo	3,96	2,04	3,60	2,83	7,32	3,06	4,61	3,84
Quindío	6,95	5,79	5,71	5,62	7,73	6,66	6,72	6,47
Risaralda	6,84	5,60	4,74	5,63	6,08	6,26	7,33	5,94
San Andrés y Providencia	6,22	4,45	3,44	6,28	7,33	8,07	6,99	5,94
Santander	6,50	6,12	6,03	2,10	6,33	7,15	6,16	5,90
Sucre	4,53	2,32	4,68	4,55	6,37	5,42	4,52	4,61
Tolima	5,41	5,53	4,84	5,20	6,19	6,48	7,75	5,60
Valle del Cauca	6,62	4,75	4,74	5,43	5,71	5,07	5,38	5,48
Vaupés				No Evaluado				
Vichada				No Evaluado				

Fuente: Elaboración propia.

Al realizar un ejercicio comparativo de los resultados departamentales en cada dimensión es posible evidenciar una serie de patrones con relación al acceso a la justicia en el territorio. Para empezar, en las dimensiones de ambiente favorable y empoderamiento legal, es claro que los mejores resultados se encuentran en el centro del país en donde el Estado tiene mayor presencia y desarrollo; y en ese mismo sentido, tiene mayor destinación presupuestal a raíz del tipo de municipios que allí se agrupan. En cambio, los departamentos periféricos, como Amazonas, Cauca, Chocó, Nariño y Putumayo, que históricamente han sido más olvidados por el Estado, presentan los peores indicadores de desempeño en estas dos dimensiones. Esto se explica en la medida en la que, pese a que la densidad demográfica tiende a ser menor que en el resto del país, las características de su territorio, la débil presencia de las instituciones estatales y la prácticamente nula cobertura de servicios de telecomunicación y de tecnología dificultan que exista un entorno propicio para informarse sobre los derechos y las diferentes vías institucionales para hacerlos valer.

En lo que tiene que ver con la asistencia legal, se mantiene en gran medida el patrón radial a través del cual la periferia del país tiende a tener mayores obstáculos para acceder en la justicia. En concreto, vemos que nuevamente los departamentos de Amazonas, Nariño y Putumayo son de los que peor desempeño tienen en la medida en la que la presencia institucional del Estado es mínima y, por tanto, la oferta de defensa pública, representación legal y gratuita es mínima. Esto se relaciona también con la escasa oferta universitaria y profesional que se encuentra en estos departamentos, lo cual tiene una relación causal con el reducido mercado laboral profesional que existe en estos territorios a raíz de la vocación rural que preservan. Contrario al caso del sur del país, los departamentos costeros presentan una leve repunte en los resultados en esta dimensión, toda vez que la presencia estatal y el número de universidades es parcialmente mayor.

En el caso de la dimensión del procedimiento justo, los resultados resultan sorprendentes en la medida en la que departamentos como Amazonas; Arauca; Putumayo, y San Andrés, Providencia y Santa Catalina son algunos de los que mejores resultados tienen. Esto podría explicarse a través de la limitada oferta institucional del sector justicia y, por tanto, por la reducción de probabilidades de violaciones al debido proceso. No obstante, si se tiene en cuenta que esta dimensión se calcula a través de la percepción ciudadana sobre la calidad de la justicia, el grado de confianza en la justicia

y las acciones de tutela por debido proceso, es factible descifrar la relación inversamente proporcional existente con las primeras dos dimensiones que revelan el mínimo grado de conocimiento y empoderamiento respecto a los derechos fundamentales y las vías institucionales. En otras palabras, los resultados obtenidos por estos departamentos en esta dimensión pueden estar asociados con el desconocimiento ciudadano y la creación de falsas percepciones y motivos de confianza.

Adicionalmente, estudios empíricos sobre la opinión pública y la justicia en Colombia y Latinoamérica demuestran que existe una fuerte relación entre la influencia partidista y la confianza en las cortes y el sistema judicial[71]. Así, por ejemplo, Botero muestra que en Colombia la percepción de los ciudadanos sobre la justicia está dada, en muchas ocasiones, por la identidad partidista[72]. En ese sentido y reconociendo las particularidades de las dinámicas políticas regionales es posible concluir que este puede ser un factor asociado a los buenos resultados obtenidos en esta dimensión por aquellos departamentos periféricos.

El razonamiento que venimos señalando sobre la relación inversamente proporcional que existe entre el ambiente favorable/empoderamiento legal y el procedimiento justo cobra mayor sentido si se analizan los resultados de Bogotá en lo que respecta al procedimiento justo. La capital del país ocupa el cuarto lugar en los peores resultados de esta dimensión, mientras que en las de ambiente favorable, empoderamiento legal y asistencia legal obtuvo el mejor puntaje en todo el país. A lo anterior también podemos sumarle que estudios empíricos sobre la justicia han mostrado que existe una creciente desconfianza hacia el sistema judicial colombiano en la medida en la que, en lugares como Bogotá, es más evidenciable la corrupción al interior del sistema[73].

---

71 Para ver estos estudios en el contexto latinoamericano, ver, entre otros: Josafat Cortez Salinas (2020). "¿Qué es la decisión judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina". *Latin American Law Review*, n.º 4, 129 – 145. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.06; Augusto Abdulhadi (2020). "Cortes y democracia en Argentina: una propuesta teórica". *Latin American Law Review*, n.º 4, 73-106. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.04

72 Botero, Sandra (2020). "Confianza, apoyo a la democracia y corrupción: una mirada a la Corte Constitucional en la opinión pública colombiana". *Latin American Law Review*, n.º 4, 35. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.02

73 Botero. "Confianza, apoyo a la democracia y corrupción", pp. 32-34

Por último, con relación a la dimensión de cumplimiento debemos señalar que los resultados son interesantes y disímiles en la medida en la que tanto en los puestos más altos como en los más bajos hay departamentos sustancialmente diferentes. Así, por ejemplo, la lista de los mejores puntajes la encabezan San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y Cundinamarca, dos entidades territoriales completamente distintas en términos demográficos, geográficos, institucionales y financieros. En ese mismo sentido, encontramos que los de peor desempeño son Amazonas, Bogotá y Putumayo.

Con base en estos resultados, el Departamento Nacional de Planeación realizó diez recomendaciones para fortalecer el acceso a la justicia de la población colombiana. Para empezar, sugirió expandir el alcance de las herramientas legales que promueven el conocimiento legal de la población, dentro de las que se resaltaban aplicaciones móviles, como LegalApp, y los consultorios jurídicos radiales. En segundo lugar, exhortó al sector justicia a acoger un enfoque preventivo respecto a la forma de atender las necesidades jurídicas de los ciudadanos, identificando los determinantes sociales de dichas necesidades y reconociendo las condiciones individuales y su entorno. También sugirió identificar las necesidades de capacitación, promoción y divulgación de derechos para unificar los esfuerzos de inversión pública para ello[74].

Con relación al sector privado, el informe final del IAEJ recomendó potenciar el servicio *pro-bono* y voluntario a través del establecimiento de un sistema de incentivos para que los particulares lo presten. Así mismo, sugirió consolidar un sistema único de reporte para la información de la gestión de los consultorios jurídicos universitarios, y promover el uso ciudadano de los servicios de asesoría y representación legal[75].

En cuanto al sistema judicial propiamente dicho, el DNP recomendó promover un verdadero sistema de medición del desempeño de la justicia a través de encuestas de necesidades jurídicas más allá del enfoque penal; unificar los diferentes sistemas de seguimiento y medición que hay actualmente; medir

---

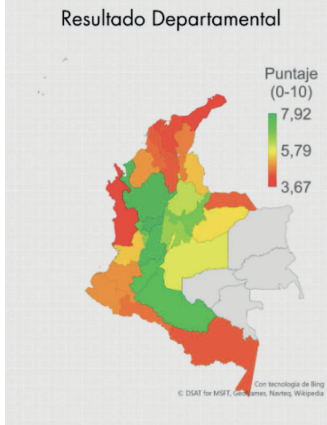
74 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: midiendo el acceso a la justicia desde un punto de vista ciudadano.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, s.f. Disponible en: https://www.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=b92a7ab2fe6f4a06a6aec88581d6873e

75 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: midiendo el acceso a la justicia desde un punto de vista ciudadano.*

la eficiencia técnica de los operadores judiciales y la distribución de la oferta judicial más allá del número de operadores jurídicos[76].

Con respecto a la dimensión de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el IAEJ 2017 mostró una tendencia positiva en la medida en la que fue una dimensión en la que el promedio nacional se ubicó cercano a los 6 puntos, gracias a que en algunos departamentos, como Caldas y Antioquia, la puntuación fue muy alta. En todo caso, se mantuvo el patrón identificado en las demás dimensiones del IAEJ al ver que es el centro del país el que presenta mejores niveles. Ahora bien, es importante anotar que una de las posibles razones que explican los altos puntajes de los nueve departamentos que encabezan el *ranking* tiene que ver con la naturaleza de las variables evaluadas.

FIGURA 5
RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN DE LOS ODS DEL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA 2017



Ranking Departamental

Posición	Departamento	Puntaje	Posición	Departamento	Puntaje
1	Caldas	7,92	15	Valle	5,38
2	Antioquia	7,79	16	Norte de Santander	5,33
3	Tolima	7,75	17	Córdoba	4,95
4	Caquetá	7,63	18	Nariño	4,90
5	Huila	7,60	19	Cauca	4,89
6	Risaralda	7,33	20	Cesar	4,74
7	San Andrés	6,99	21	Putumayo	4,61
8	Boyacá	6,89	22	Sucre	4,52
9	Quindio	6,72	23	Arauca	4,45
10	Cundinamarca	6,51	24	Bolívar	4,39
11	Santander	6,16	25	Amazonas	4,37
12	Meta	5,90	26	Magdalena	4,29
	Total	5,69	27	Atlántico	4,24
13	Bogotá	5,67	28	Chocó	3,80
14	Casanare	5,57	29	La Guajira	3,67

Fuente: Mejía, Luis Fernando. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2017.

Tal y como lo hemos sostenido, las seis variables que integraron la dimensión de los ODS corresponden a indicadores tomados de la batería propuesta por los mismos ODS. En ese sentido, se trata, en su mayoría, de variables construidas a partir de datos que son obtenidos cuantitativamente de los

76 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: midiendo el acceso a la justicia desde un punto de vista ciudadano.*

hechos o instituciones. Tal es el caso de la efectividad de la ruta institucional o del acuerdo pacífico que se limita a calcular el porcentaje de egresos que presenta la ruta correspondiente; el número de homicidios y el número de sindicados. En cambio, tal y como ocurre con la gran mayoría de los indicadores empleados en las otras seis dimensiones, en esta dimensión solo dos variables tienen en cuenta las valoraciones realizadas por los ciudadanos mismos sobre la seguridad y el sistema de justicia.

Ahora bien, como hemos podido observar, el IAEJ 2017 nos ofrece una visión panorámica sobre el bajo nivel de acceso a la justicia que hay en Colombia actualmente; especialmente si se considera que su comprensión del derecho de acceso a la justicia es multidimensional y debe ser entendido, incluso, desde el momento anterior a la aparición de una necesidad jurídica. Así mismo, debe destacarse que se trata de una herramienta compleja, que utiliza más de 24 indicadores diferentes y que, en todo caso, privilegia y valora la opinión que la ciudadanía tiene respecto a los diferentes aspectos que tienen que ver con el acceso y la administración de justicia en el país.

Sin lugar a duda, esta última característica del IAEJ es una que vale la pena resaltar en la medida en la que reviste la evaluación que se hace al acceso a la justicia de un carácter participativo y representativo de los titulares de dicho derecho. Sin embargo, tal y como lo veremos a continuación, se trata de una herramienta que, pese a ser funcional y operativa para ofrecer dicha panorámica, tiene una serie de vacíos y falencias que deben ser superados para que cumpla con los estándares nacionales e internacionales sobre el derecho al acceso a la justicia y descubra una imagen real de la situación nacional, que sirva como herramienta para el diseño de políticas públicas que contribuyan a alcanzar los ODS y particularmente, la meta 16.3 de dichos objetivos.

2. EL ÍNDICE DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA ANTE LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA

El IAEJ está construido en torno a una definición multidimensional del acceso a la justicia que fue propuesta originalmente por la OCDE a partir de una aproximación doble a este derecho; por un lado, reconoce el enfoque de derechos humanos que define en estricto sentido el acceso a la justicia, pero por el otro, también valora la cadena de valor de la justicia como un elemento

esencial para entender el nivel de garantía de dicho derecho fundamental. Desde luego esto supone una visión progresista del acceso a la justicia en la medida en la que reconoce una multiplicidad de factores y elementos que pueden incidir en el ejercicio de este derecho. Pese a lo anterior y lo que parecería ser un importante acierto del IAEJ, a la hora de que este índice fuese diseñado y empleado en el contexto colombiano, buena parte de las virtudes que tenía esa concepción doble del derecho al acceso a la justicia quedaron inconclusas. Tal y como lo veremos a continuación, este diseño excluyó algunas de las aristas esenciales del acceso a la justicia, conforme a lo que ha sido establecido en el ordenamiento constitucional y el derecho internacional.

2.1. EL DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Para empezar, nuestra Constitución Política, a través de tres artículos, reconoce de manera implícita el derecho fundamental al acceso a la justicia. Por un lado, el artículo 229 reconoce el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia; por el otro, el 228 establece que la administración de justicia es una función pública y, finalmente, el 254 impone a la administración de la rama judicial la obligación de promover el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. En estricto sentido, la literalidad de las normas que hemos mencionado hace referencia a la administración de justicia; sin embargo, la Corte Constitucional se ha encargado de emplearlas como el fundamento del derecho al acceso efectivo a la justicia.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que se trata de un concepto multidimensional y de un derecho con significación múltiple[77]. Sobre lo primero, la Corte señaló inicialmente que se trata de un derecho fundamental en sí mismo, de una garantía fundamental para el respeto y ejercicio de los demás derechos reconocidos en el catálogo constitucional y, por último, de un servicio o función pública. Sin embargo, tal y como lo destaca Acosta Alvarado, reconocer estas tres dimensiones supone confundir o tratar indistintamente los conceptos de acceso a la justicia y

77 Corte Constitucional. Sentencia C-583 del 2016.

la administración de justicia[78]. En realidad, y como después lo aclararía la Corte, el derecho de acceso a la justicia, pese a estar ligado de manera directa con la administración de justicia, se limita a ser un derecho fundamental en sí mismo y una garantía esencial para el ejercicio de los demás derechos fundamentales de los ciudadanos.

Con ello como punto de partida, la jurisprudencia constitucional ha delimitado este derecho a identificar algunos de los elementos mínimos que lo integran. Es así como durante los primeros años de trabajo, el juez constitucional reconoció que el acceso a la justicia correspondía a la posibilidad que tiene cualquier persona de acudir a un órgano judicial para proteger sus derechos[79]; que en los casos que determine la ley, puede ser ejercido sin necesidad de representación legal[80]; que es una garantía que tienen todos los residentes de Colombia para la aplicación del ordenamiento jurídico y la garantía de la prevalencia del interés general[81], y que no es un derecho absoluto y, por tanto, en algunas oportunidades puede tener algunas limitaciones (como la existencia de unos requisitos mínimos)[82], que deben estar debidamente fundamentadas en los principios de razonabilidad y proporcionalidad[83].

Así mismo, de acuerdo con la interpretación de la Corte, este derecho comprende, mas no se limita, a que el ciudadano cuente con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación de los derechos y obligaciones[84]; que las controversias sean resueltas en un término razonable y sin dilaciones injustificadas[85], y que las decisiones judiciales sean tomadas respetando el debido proceso[86], dentro de lo que se incluye la garantía de un juez natural[87].

El alto tribunal también ha reconocido que el derecho de acceso a la justicia no se limita a la administración de justicia formal, sino que también se predica de la justicia administrativa y de los diferentes mecanismos

---

78 Acosta Alvarado, Paola Andrea. "Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia". *Revista Derecho del Estado,* n.° 24, 2010, p. 190.
79 Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 1993.
80 Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 1993.
81 Corte Constitucional. Sentencia C-382 del 2005.
82 Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1992.
83 Corte Constitucional. Sentencia C-583 del 2016.
84 Corte Constitucional. Sentencia T-283 del 2013.
85 Corte Constitucional. Sentencia C-371 del 2011.
86 Corte Constitucional. Sentencia C-583 del 2016.
87 Corte Constitucional. Sentencia C-537 del 2016.

alternativos de solución de conflictos[88]. Estos son escenarios que cuentan con respaldo constitucional y que en realidad también constituyen mecanismos para alcanzar la justicia. De igual manera, la Corte Constitucional ha señalado que la defensoría pública es un instrumento estatal por medio del cual se puede hacer efectivo el derecho de acceso efectivo a la justicia[89].

Finalmente, nos interesa resaltar dos elementos adicionales de análisis que el juez constitucional ha reconocido respecto del derecho de acceso a la justicia desde el enfoque de derechos humanos y que sirven como fundamento para el análisis que realizaremos más adelante. El primero de ellos es que la Corte ha reconocido expresamente que este derecho también cuenta sustento en el bloque de constitucionalidad, por lo que es necesario apelar al Derecho internacional para complementar sus contenidos y su alcance[90]. El otro elemento, en línea con el Derecho internacional de los derechos humanos, corresponde al juez constitucional que ha reconocido al establecer que el derecho de acceso a la justicia debe interpretarse de manera correlacional con otras garantías esenciales para la dignidad humana, como lo son el principio de igualdad y la prohibición de la no discriminación; interpretación que ha permitido a la Corte concluir la necesidad imperante que tiene el Estado de eliminar todos los obstáculos y barreras que tenga la población en condiciones de vulnerabilidad para el acceso a la justicia[91].

Ahora bien, también debemos reconocer que el juez constitucional se ha aproximado al derecho al acceso a la justicia desde la perspectiva contraria, es decir, desde la de la administración de justicia. En este contexto, la Corte ha definido el acceso a la justicia como una obligación estatal a través de la cual el Estado debe hacer todo lo que esté en su poder para alcanzar y garantizar el correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia. En concreto, ha dicho que "la realización de dicho derecho no se limita a la posibilidad que debe tener cualquier persona de plantear sus pretensiones ante las respectivas instancias judiciales, sino que se trata de una garantía que se extiende a dotar de infraestructura a las juezas y jueces

88 Corte Constitucional. Sentencia C-014 del 2010.
89 Corte Constitucional. Sentencia C-745 del 2015.
90 Corte Constitucional. Sentencia C-583 del 2016.
91 Corte Constitucional. Sentencia C-110 del 2017.

para que puedan acceder al ejercicio de administrar justicia y de esta forma garantizar la eficiente prestación de este servicio público"[92].

En suma, como podemos ver, el derecho de acceso a la justicia debe ser entendido, desde la vista constitucional, como un derecho fundamental y como una garantía constitucional para el ejercicio de los demás derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional. Esta última dimensión se explica en la medida en la que es a través del derecho al acceso de justicia que se garantiza que los ciudadanos tengan mecanismos accesibles y suficientes para hacer efectivos sus derechos fundamentales. En razón de ello, la Corte Constitucional se ha ocupado, a lo largo de su robusta jurisprudencia, de dotar de contenido y elementos a este derecho; principalmente respecto a garantías procesales. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional muestra que, a los ojos del juez constitucional, el acceso a la justicia constituye una herramienta estatal para el cumplimiento de diferentes obligaciones constitucionales para con los habitantes del Estado.

En todo caso, esta definición múltiple que ofrece la jurisprudencia constitucional corresponde en buena medida con aquella que fue acogida por el IAEJ. Tanto una como otra, a partir de un enfoque de derechos humanos, reconocen la especial importancia que tiene el derecho de acceso a la justicia y cómo ello incide en el cumplimiento y la garantía de los derechos de las personas. En ese mismo sentido, y pese a que en el caso de la Corte Constitucional no se acoge una visión de la cadena de valor de la justicia, los diferentes elementos que la interpretación constitucional da, como lo son la relación de la defensoría pública y el acceso a la justicia, dan cuenta de una posición que reconoce que el acceso a la justicia trasciende el simple escenario de la justicia formal y el trabajo de los jueces, que en el índice adquiere una lectura en clave de indicadores como el de la defensa pública, el conocimiento de derechos y la inversión en capacitación. Así mismo, también debemos resaltar que la aproximación del juez constitucional permite evidenciar una cuestión sobre la que el IAEJ no es muy explícito al respecto y el cual será uno de los elementos que justificarán la necesidad de su reforma: la eliminación de barreras y obstáculos para la población con condiciones de vulnerabilidad que podría medirse a través de la inclusión de indicado-

92 Corte Constitucional. Sentencia T-421 del 2018.

res enfocados en aquellos sectores de la población que enfrentan barreras diferenciales para el acceso a la justicia, tal y como lo veremos más adelante.

2.2. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Adicional a la definición constitucional del derecho al acceso a la justicia, también es relevante estudiar los estándares del Derecho internacional en la materia, en especial por dos razones. En primer lugar, tal y como lo acabamos señalar, la Corte Constitucional ha reconocido expresamente que para colmar de contenido a este derecho es necesario apelar al bloque de constitucionalidad. Pero, por otro lado, también es importante apelar al Derecho internacional, reconociendo que, tanto en el campo de los derechos humanos como en los demás regímenes del Derecho internacional público, las obligaciones internacionales que se derivan del orden internacional surten efectos con independencia a que sean "incorporadas" al Derecho interno[93].

Para empezar, debemos señalar que al igual que como ocurre en el caso de nuestra Constitución, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos reconoce el derecho de acceso a la justicia de manera implícita y es solo gracias a la interpretación que el juez interamericano ha hecho que se pueden identificar una serie de garantías previstas en la Convención como este derecho. En concreto, los artículos 8 y 25, a los que tradicionalmente se les ha llamado la *tutela judicial efectiva* son los que dan fundamento al derecho de acceso a la justicia. El artículo 8 establece el derecho a las garantías judiciales, compuestas, entre otras cosas, por el derecho a ser oído, la presunción de inocencia, la igualdad procesal y el *non bis ibídem*; y el artículo 25 reconoce el derecho a la protección judicial, que se integra, entre otras cosas, por el derecho a un recurso sencillo, rápido o efectivo.

---

93 Con relación a estos efectos del derecho internacional en los ordenamientos nacionales, ver, entre otros: Correa, Magdalena y Daniel Rivas. "Los tratados de derechos humanos para el derecho interno colombiano. Poder normativo transformador". En Lópes, Ana María D'Ávila y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2017, p. 141 – 160. Sobre el mito de la incorporación del derecho internacional en el derecho colombiano ver: Acosta Alvarado, Paola Andrea. "La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución de 1991". En Padrón Pardo, Floralba y Magdalena Correa Henao. ¿El Estado constitucional en jaque? - *Tomo II: El Estado constitucional y el derecho internacional.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 165-181.

A raíz de este planteamiento implícito del derecho de acceso a la justicia en la Convención es necesario acudir a la jurisprudencia interamericana al respecto, con lo que es medianamente posible delimitar el concepto y el alcance del Derecho en la medida en la que, especialmente si tenemos en cuenta que en virtud de la figura del control de convencionalidad las decisiones de la Corte Interamericana se convierten en buena medida en fuente de Derecho para las autoridades nacionales y el ordenamiento nacional[94]. Así mismo, es importante señalar que al igual que como ocurre con la jurisprudencia constitucional colombiana, no existe un concepto ciento por ciento consolidado del acceso a la justicia y, por tanto, la identificación de sus contenidos ha sido paulatina y evolutivamente por parte de la Corte Interamericana.

Expertas del Sistema Interamericano, como Acosta Alvarado, señalan que a partir de la jurisprudencia interamericana es posible concluir que el artículo 8 de la CADH es el eje central del derecho del acceso a la justicia, mientras que el artículo 25 es apenas una de las múltiples manifestaciones de este derecho[95]. De igual manera, el derecho de acceso a la justicia en el contexto interamericano debe ser entendido y definido a partir de una interpretación sistemática y armónica de la Convención, por lo que también debe tenerse presente con relación a la obligación de respeto y garantía de los demás derechos humanos que recae sobre los Estados[96]. Solo en esta medida será posible delimitar su alcance y entender los elementos que lo integran.

Con base en dicha interpretación, es posible comprender que el derecho al acceso a la justicia no solo incluye las garantías tipificadas en los artículos 8 y 25 de la CADH. En realidad, es un derecho mucho más complejo que incluye otras manifestaciones ,como lo son el deber de investigar y sancionar a los

---

94 Rivas-Ramírez, Daniel. "El (des) control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana". En Acosta López, Juana, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 661-680.

95 Acosta Alvarado, Paola Andrea. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 38.

96 Perea Zapata, Maisa y Darwin Cuesta Palacios. "Derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos contra Colombia". En Acosta Alvarado, Paola Andrea y Alexandra Castro Franco. *Jurisprudencia interamericana en los casos contra Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 325.

responsables de las violaciones a los derechos humanos[97], la obligación de eliminar todos los obstáculos para acceder a los mecanismos de protección de los derechos[98], garantizar la igualdad de condiciones para acceder a la justicia[99] y en términos más generales, luchar contra la impunidad. Así mismo, de acuerdo con la Corte Interamericana, el acceso a la justicia no solo se limita a acceder a la plataforma judicial, sino en general a todo el proceso e, incluso, a la ejecución de las sentencias[100].

Finalmente, debemos señalar que la Corte Interamericana también ha sido clara al aclarar que el acceso a la justicia no se satisface con la existencia de una sentencia o un acuerdo que pone fin a una controversia jurídica. En concreto, el juez interamericano ha reiterado:

> Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos humanos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, un aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un pleno acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana[101].

---

97 Al respecto ver, por ejemplo: Rivas-Ramírez, Daniel. "La arquitectura del derecho a la vida en los casos contra Colombia". En Acosta Alvarado, Paola Andrea y Alexandra Castro Franco. *Jurisprudencia interamericana en los casos contra Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 205 – 244.

98 Perea Zapata y Cuesta Palacios. "Derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos contra Colombia", p. 331

99 Robledo Silva, Paula. "Las reglas de Brasilia: comentarios en torno a su naturaleza, aplicación y materialización en Colombia". En *Las 100 Reglas de Brasilia*. Perú, Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, 2020.

100 Corte idh. Caso Acevedo Jaramillo y otros contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.° 144.Voto razonado del Juez Antonio A. Cançado Trindade, párr. 4

101 Corte idh. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.° 140, párr. 206; Corte idh. Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C. n.° 134, párr. 211; Corte idh. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.° 148, párr. 339. Corte idh. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.° 158, párr. 107.

Igualmente, en el contexto interamericano encontramos otros instrumentos jurídicos internacionales que reconocen y protegen el derecho al acceso a la justicia de grupos determinados de la población que tradicionalmente han afrontado factores de mayor vulnerabilidad. Dentro de dichos tratados se encuentra por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la que se establece la obligación estatal de proveer mecanismos judiciales y administrativos para garantizar a las mujeres víctimas de violencia acceso efectivo a reparaciones y compensaciones[102]. Así mismo, acoge una visión preventiva del acceso a la justicia al fomentar la educación y capacitación de los operadores judiciales y policiales en materia de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer[103].

Sumado a lo anterior, el Sistema Universal de los Derechos Humanos también reconoce y protege el derecho al acceso a la justicia. En primer lugar, encontramos el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a través del cual se garantiza el acceso a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales. De igual forma, encontramos que el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce algunas manifestaciones del derecho al acceso a la justicia, dentro de las que se incluye la igualdad dante los tribunales y las cortes, el derecho a ser oído públicamente con las debidas garantías, la independencia e imparcialidad de los jueces, la presunción de inocencia y a la defensa, entre otros. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General n.° 32, ha señalado que se trata de un elemento fundamental para garantizar la protección de los demás derechos humanos y garantizar el imperio de la Ley[104], así como también que el acceso a la justicia debe ser garantizado para evitar que alguna persona se vea privada del derecho a exigir justicia, independientemente de su nacionalidad o su condición de apátrida[105]. Adicionalmente, en esta observación, el Comité explica *inextenso* el alcance de cada uno de los derechos específicos que reconoce el artículo 14 y que integran el derecho al acceso a la justicia.

---

102 Artículo 7, literal g, Convención de Belém do Pará.

103 Artículo 8, literal c, Convención de Belém do Pará.

104 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*. Ginebra, Naciones Unidas, 2007, pár. 2.

105 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación General n.° 32,* pár. 9.

Al igual que como ocurre en el caso del Sistema Regional de Derechos Humanos, los Estados han ratificado varios tratados internacionales que reconocen de manera específica el derecho al acceso a la justicia de determinados grupos vulnerables. Así, por ejemplo, encontramos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la que se reconoce el principio de igualdad en los procedimientos judiciales[106], la protección jurídica de la mujer[107] y lo que es aún más importante, el reconocimiento explícito de múltiples supuestos jurídicos en los que las mujeres podrán acceder a la justicia para proteger sus derechos y contar con la debida protección para evitar violaciones a sus derechos. Análogamente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales contienen disposiciones relacionadas con reconocer el derecho al acceso a la justicia y la protección jurídica de estos grupos de la población.

En esa misma línea, debemos resaltar que los diferentes relatores de las Naciones Unidas han destacado la importancia que ocupa el derecho al acceso efectivo a la justicia para la protección y garantía de los demás derechos, especialmente cuando se trata de sectores de la población que afrontan especiales factores de vulnerabilidad. Por ejemplo, la Relatora para la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos has señalado que

> El acceso a la justicia es fundamental para hacer frente a la pobreza y proteger los derechos humanos de las personas que viven en la pobreza. Hasta las democracias consolidadas en las que las instituciones estatales funcionan bien y que tienen unos sistemas jurídicos inclusivos y justos deben esforzarse por garantizar un acceso a la justicia verdaderamente equitativo a quienes viven en la pobreza. Cuando los *pobres* no pueden acceder a la justicia de manera equitativa y sin discriminación, no pueden ejercer sus derechos humanos ni reivindicarlos, ni tampoco intentar

106 Artículo 15, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

107 Artículo 2, literal c, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

> obtener soluciones jurídicas en caso de que se violen sus derechos. Esto puede empeorar su situación o frustrar sus intentos de salir de la pobreza[108].

Como podemos ver, desde la esfera internacional, los estándares en materia del acceso a la justicia coinciden en gran medida con aquellos previstos en el ordenamiento constitucional colombiano y desarrollados por la jurisprudencia constitucional. El acceso a la justicia es un derecho humano, que además es presupuesto esencial para la protección y la efectividad de los demás derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente. Se trata de un derecho compuesto de manera compleja en la medida en la que se integra por varios derechos y garantías judiciales y procesales y es desarrollado jurisdiccionalmente. Así mismo, resalta el hecho de que desde el Derecho internacional hay mayor desarrollo y claridad con relación a la importancia que supone que acceso a la justicia para los sectores de la población que enfrentan especiales condiciones de vulnerabilidad.

3. PROPUESTAS PARA TRANSFORMAR EL IAEJ EN UNA VERDADERA HERRAMIENTA PARA ALCANZAR EL ODS 16

Tal y como lo hemos visto, el IAEJ es resultado de un esfuerzo complejo realizado por el Departamento Nacional de Planeación con el objetivo de lograr identificar el nivel de efectividad del derecho al acceso a la justicia en el territorio nacional. Como lo hemos destacado al principio del documento, este Índice logra varios aciertos en la medida en la que acoge una visión multidimensional del acceso a la justicia que permite entender de manera amplia este derecho. Así mismo, se caracteriza por tomar como fuente principal de información las diferentes encuestas realizadas por el DANE, a través de las cuales se valora el sentir y la opinión de los ciudadanos, quienes son los verdaderos titulares del derecho al acceso a la justicia.

Ahora bien, así como el Índice tiene estos importantes aciertos en términos sustanciales, también presenta algunos elementos problemáticos que es

---

108 Asamblea General de las Naciones Unidas. *La extrema pobreza y los derechos humanos.* Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Naciones Unidas, 2012.

necesario resolver para que en una próxima edición del IAEJ (la cual tendría que haberse practicado en el año 2019 y que se espera que sea realizada en el 2020) logre ofrecer una verdadera imagen de la situación del derecho de acceso a la justicia en Colombia, en especial si a través de él se pretende lograr evaluar el cumplimiento del ODS 16 y, en consecuencia, utilizarlo como una herramienta para el diseño de la política pública en materia de acceso a la justicia para los próximos diez años.

El ODS 16 versa sobre la paz, la justicia y el fortalecimiento de las instituciones públicas y supone, en concreto, *promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas.* Dentro de las doce metas establecidas para alcanzar dichos propósitos, es la tercera la que tiene que ver de manera directa con el acceso efectivo a la justicia, al proponer promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos. En otras palabras, garantizar que tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional se logre desaparecer los obstáculos a barreras de acceso a la justicia, para que todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad, puedan acceder a ella y, con ello, resolver los conflictos de manera pacífica y satisfactoria para lograr la efectividad de sus derechos.

A partir de esta óptica, es necesario analizar críticamente el IAEJ en la medida en la que se limita a ofrecer una imagen general del acceso a la justicia en Colombia, pero no tiene en cuenta las barreras u obstáculos diferenciales para el acceso a la justicia. Con esto nos referimos a que el IAEJ constituye una valiosa herramienta para medir la situación mayoritaria y generalizada de la población, pero no logra contribuir a identificar aquellas situaciones y problemáticas que evitan que exista un acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad para todos sus ciudadanos.

A continuación, nos concentraremos en dos cuestiones que creemos que deben ser incorporadas o mejoradas en herramientas como el IAEJ para que den cuenta de la verdadera realidad del acceso a la justicia en el país y que, con ello, puedan constituir una importante herramienta para el diseño de políticas públicas de cara a alcanzar los compromisos internacionales adquiridos en virtud de los ODS.

3.1. HACIA LA UNIFICACIÓN Y HOMOGENIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPLEADOS

El trabajo de los indicadores definidos para el IAEJ 2017 se basa en la información obtenida a través de tres (3) fuentes de información diferentes, las cuales son: la Encuesta de Calidad de Vida 2016, la Encuesta de Cultura Política del 2015 y los Registros Administrativos internos de las entidades públicas involucradas en el acceso a la justicia. Cada una de estas fuentes aporta la información necesaria para calcular algunos de los diferentes indicadores del IAEJ 2017.

En principio, la utilización de estas fuentes de información resulta oportuna en la medida en la que, por un lado, aportan la percepción de los ciudadanos, y por el otro, suponen un aprovechamiento eficiente de la información recabada previamente por el Estado para otros propósitos. En otras palabras, supone una optimización y uso efectivo de los recursos invertidos por el Estado en la elaboración de dichas encuestas, lo que resulta en una manifestación más del principio de economía administrativa.

Pese a lo anterior, al tratarse el IAEJ de un ejercicio de medición respecto a la situación del acceso a la justicia para el año 2017, este debería tomar como fundamento la información relativa a ese año; sin embargo, como se puede ver, las encuestas aprovechadas por el DNP para recabar la información de los indicadores corresponden a periodos diferentes, lo que supone una serie de problemas en la homogeneidad, la calidad y la precisión de los datos obtenidos mediante estas fuentes.

Cada una de las fuentes arroja información que responde a diferentes marcos temporales. En tal sentido, trece (13) de los indicadores individuales se nutren de información del año 2016 en la Encuesta de Calidad de Vida, cuatro (4) de información del año 2015 en la Encuesta de Cultura Política y los trece (13) restantes de datos cuyo marco temporal es variable debido a que corresponden a los registros propios de las entidades públicas que si bien en algunos casos están actualizados, en otros no lo están[109]. En ese sentido, encontramos que los datos que sirvieron como fundamento para calcular las variable de la calidad de respuesta al ciudadano, el cumplimiento de los

---

109 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017*.

acuerdos y/o decisiones y la efectividad de la ruta institucional corresponde a estadísticas del año 2016; la información de los indicadores del uso de medios de comunicación, el conocimiento de derechos y el acceso a la información pública a datos del 2015, y otros, como el número de consultorios jurídicos, la presencia de defensores o el número de incidentes de desacato reportan la situación del año 2017.

TABLA 2
MARCO TEMPORAL DE LAS FUENTES
DE INFORMACIÓN SEGÚN INDICADOR

Fuente de Información	Marco temporal	Indicadores
Encuesta de Cultura Política 2015	2013 – 2015	Acceso a la información púbica
		Uso de medios de comunicación
		Conocimiento en derechos
		Confianza
Encuesta de Calidad de Vida 2016	2016	Escolaridad
		Asistencia legal
		Percepción de los servicios de justicia
		Calidad de respuesta
		Cumplimiento de acuerdos y decisiones
		Decisiones y acuerdos logrados
		Construcción de confianza
		Necesidades Jurídicas Satisfechas
		Sensación de seguridad
		Desconocimiento de rutas de acción
		Brecha de satisfacción de género
		Efectividad de la ruta institucional
		Efectividad del Acuerdo Pacífico
Registros administrativos	2017	Tasa de homicidios
		Presencia de defensores
		Sindicados
		Presencia de consultorios jurídicos
		Oferta agregada
		Debido proceso
		Tiempo promedio de desplazamiento
		Inversión en capacitación
		Presencia de servicio probono
		Eficacia agregada
		Audiencias aplazadas
		Incidentes de desacato

Fuente: Elaboración propia.

Esto a su vez supone la dependencia de los indicadores de fuentes de información cuya permanencia, continuidad y periodicidad es incierta, en especial dado que la consolidación de cada una de dichas encuestas depende en gran medida de la agenda política de cada uno de los ministerios que la financian. Es de allí que no sea posible tener la seguridad de poder replicar la elaboración de los mismos indicadores en el futuro, propiciando la posibilidad de que sea necesario revaluar y rediseñar el IAEJ constantemente en busca de colmar vacíos de información y garantizar la homogeneidad del indicador a mediano y largo plazo. Finalmente, la existencia de diferentes fuentes de información cuyas características y sistemas de obtención de datos sean diferentes conduce a que más allá de las diferencias naturales existentes entre un indicador y otro, se dificulte la normalización y ponderación de los mismos.

Es por lo anterior que la primera cuestión que debe ser mejorada en el IAEJ es la que tiene que ver con los sistemas de información utilizados para la obtención de la información necesaria para los indicadores. En tal sentido, es necesario institucionalizar las fuentes utilizadas, garantizando que obtengan información periódica, suficiente y precisa. Para ello, la primera alternativa es la de concentrar la obtención de la información de carácter cualitativo o subjetivo, en un único registro o encuesta, que sea realizada anualmente por el DANE y que permita la obtención continua de datos, que además sean comparables.

Asimismo, en el caso de la obtención de información estadística y cuantitativa proveniente de los registros administrativos de las entidades adscritas y relevantes para el sector justicia, delegar a la misma entidad sugerida en el párrafo anterior, la consecución y consolidación de esta información; garantizándole por vía normativa, la cooperación oportuna y eficiente de las entidades informantes. Dentro del proceso de sistematización, el DANE deberá cotejar la información entregada por cada una de las entidades, con la información entregada por esa misma entidad a la Contraloría a través del Sistema de Rendición de Cuentas de esta institución, de tal manera que pueda contar con la información más completa posible.

No obstante, previo a la recopilación de la información de los registros administrativos de las entidades adscritas y relevantes para el sector justicia por parte del DANE, desde el DNP se diseñarán y suministrarán las solicitudes de información en donde se indicarán de manera específica y concreta los datos requeridos por parte de cada entidad para el cálculo de cada uno de los indicadores.

Finalmente, como estrategia para contribuir a la superación de las dificultades y la ausencia de información, se propone acoger la estrategia mexicana de establecer un sistema de indicadores a corto, mediano y largo plazo. Esto supone, por un lado, permitir que el indicador compuesto sea dinámico y cada vez abarque más indicadores individuales que son necesarios para hacer una medición realista del acceso a la justicia; pero por el otro, permite que la inversión de recursos para la obtención de esa información sea diferida con base en la necesidad y la prioridad de cada uno de los indicadores requeridos. Asimismo, acoger esta estrategia de diferir los indicadores a corto, mediano y largo plazo, contribuye también a que el IAEJ se mantenga vigente durante periodos de tiempo más largos a un año. En otras palabras, permite y garantiza el dinamismo y la vocación de permanencia y continuidad del índice.

En suma, a través de la unificación y homogenización de los sistemas de información que sirven de insumo para la medición del IAEJ se pretende colmar de estabilidad, continuidad y certeza al Índice. En concreto, en lo que tiene que ver con el ODS y la meta 16.3, esta primera propuesta para modificar el IAEJ contribuye a garantizar la actualidad de los resultados y, con ello, ofrecer una imagen real del nivel del acceso efectivo a la justicia y, por tanto, los avances para la garantía de acceso para todos los ciudadanos.

3.2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS BARRERAS DIFERENCIALES DE ACCESO A LA JUSTICIA

La segunda cuestión sobre la que creemos importante trabajar para mejorar el IAEJ de cara a que sirva como herramienta de política pública y como indicador de las metas del ODS 16 tiene que ver con el reconocimiento de las barreras diferenciales para el acceso a la justicia en Colombia, especialmente en lo que tiene que ver con la situación de las personas que afrontan particulares condiciones de vulnerabilidad. Sin embargo, debemos reconocer que el hecho de que el IAEJ omita reconocer estas afectaciones diferenciales resulta extraño en la medida en la que, al partir desde una visión híbrida entre la garantía de derechos y el valor de la cadena de justicia, se hace imperativo reconocer los diferentes escenarios para el acceso a la justicia.

Al respecto debemos recordar que tanto el Derecho constitucional colombiano como el Derecho internacional reconocen la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia para todos los ciudadanos de un país. En ese sentido, tal y como lo señalábamos al hablar del alcance que se

ha dado al derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia constitucional y en la interamericana, es imperativo que los Estados garanticen que todas las personas, con independencia de sus características y de sus condiciones particulares, puedan acceder en condiciones de igualdad a la justicia. Como resultado de ello y en línea con las obligaciones internacionales que han sido adquiridas por el Estado y por las diferentes entidades públicas, es necesario que esta lógica permee de manera transversal en todo el sistema. Por ejemplo, las reglas de Brasilia, que fueron resultado de la Cumbre Judicial Iberoamericana, no solo reconocen la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia, sino que además definen, de manera clara, que sus destinatarios no se limitan a los jueces nacionales, sino que abarcan también a los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas relacionadas con la justicia[110]. Debido a lo anterior, el IAEJ, como herramienta de seguimiento respecto al acceso efectivo a la justicia, tiene que incluir y reconocer dichas barreras diferenciales que afrontan los diferentes grupos de la población.

A partir de un análisis integral de las veinticuatro (24) variables que integran las primeras seis dimensiones y las fórmulas empleadas para calcularlas, el único indicador individual del IAEJ que reconoce una situación diferencial es el que tiene que ver con la brecha de satisfacción de género; el cual, además, se limitó a medir la diferencia en cuanto a la existencia de necesidades jurídicas satisfechas entre hombres y mujeres[111]. Sin embargo, el IAEJ omitió reconocer otras situaciones particulares en las que la población, por alguna razón, tienen mayores obstáculos para acceder a la justicia, como lo es el caso de las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores, las personas con una orientación sexual o identidad de género diversas, los grupos con alguna pertenencia étnica o cultural minoritaria, o una víctima del conflicto armado.

En ese sentido, el segundo ajuste necesario para que el IAEJ pueda servir como una herramienta de política pública y que contribuya a calcular el nivel de cumplimiento del ODS 16, es necesario incluir otra serie de indicadores que reconozcan las situaciones especiales que afrontan grupos como las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, la población en

---

110 Regla n.° 24, *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.*

111 Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia 2017.*

situación de discapacidad, la población en situación de desplazamiento y/o víctima del conflicto la comunidad menor de edad, los adultos mayores y la comunidad LGBTI, entre otros.

Así, por ejemplo, el IAEJ debería reconocer que las comunidades indígenas no solo presentan grandes barreras para el acceso a la justicia en el marco de la justicia ordinaria, sino que además cuentan con su propio esquema de justicia, reconocido constitucionalmente (artículo 246). Al respecto hay que señalar que dentro del esquema del IAEJ 2017 no hay un solo indicador que reconozca la existencia de la jurisdicción especial indígena, ni por supuesto los problemas que se suscitan por los conflictos de competencia entre las jurisdicciones, cumplimiento de sentencias, entre otras. En ese mismo sentido, el IAEJ omite tomar en consideración indicadores relacionados con el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente que se ocupa de administrar justicia en los casos penales en los que existen menores involucrados; tampoco incluye variables que midan el grado de implementación de las guías y programas relacionados con la implementación de enfoques diferenciales, tratamientos diferenciales o la administración de justicia en casos con especiales condiciones de vulnerabilidad, como lo son las víctimas de violencia sexual, los niños, niñas y adolescentes o las personas con discapacidad. Igualmente, omite las barreras físicas de acceso a la justicia por parte de personas con discapacidad y también las barreras técnicas para el acceso a la información por parte de estas personas.

El IAEJ 2017 fue elaborado con base en un modelo metodológico recomendado y avalado por la OCDE y que por tanto es utilizado en gran parte de los países desarrollados en el mundo. De igual manera, el modelo elegido es parcialmente idóneo en el entendido de que permite reconocer la naturaleza compleja que tiene el derecho al acceso a la justicia y por tanto permite entenderlo tanto desde la visión de garantía de derechos como desde la óptica de cadena de valor de la justicia. De allí que sea posible entender el carácter multidimensional que tiene el acceso a la justicia y se permita incluir dentro del indicador dimensiones que dan cuenta de situaciones incluso anteriores a los procesos judiciales, como es el caso de lo que en Colombia se ha entendido como la dimensión del ambiente favorable.

Ahora bien, aun cuando el modelo es en principio idóneo, no por ello quiere decir que haya sido implementado perfectamente en el caso colombiano. En tal sentido, vale la pena preguntarse sobre los criterios que fueron utilizados para la selección de los indicadores individuales que aportarían a

la consolidación del IAEJ y la forma en la que se implementaron. De allí que resulte relevante señalar que el grupo de expertos que diseñó y elaboró el IAEJ descartó sendos indicadores con base en dos criterios: la falta de información y la pertinencia para el cálculo del indicador compuesto.

Tomando en consideración estos factores y tras el análisis del diseño final del IAEJ 2017 es posible identificar los diferentes problemas que supone este índice, así como la implementación del modelo de la OCDE en un país como Colombia. Tanto es así que el mismo DNP reconoció por sí mismo una serie de problemas o limitaciones a las que se enfrentaba el IAEJ. No obstante, sumadas a ellas se encuentran algunas otras que ya hemos señalado antes, como son la falta de un sistema de información unificado y el reconocimiento de la pluralidad de situaciones para el acceso a la justicia. En consecuencia, las primeras pautas que deben ser tenidas en cuenta para el rediseño del IAEJ son las que hemos referido en los dos acápites anteriores, de tal manera que se puedan resolver y superar tales limitaciones.

En consecuencia, dentro de una estrategia para el rediseño del IAEJ es esencial construir e incluir indicadores que valoren las barreras a las que se enfrentan grupos de especial protección, como lo son los NNA, las comunidades indígenas y afrodescendientes, la población con discapacidad y la comunidad LGBTI, entre otros. Esto cobra además especial relevancia en el entendido de que se trata de grupos poblacionales a los que el PND 2018-2020 ha dado, en la mayoría de los casos, especial relevancia dentro de las bases transversales.

De esta manera, los indicadores evaluarán la accesibilidad universal a las rutas de atención y a los mecanismos de justicia, reconociendo la importancia de valorar las condiciones especiales de accesibilidad de determinados grupos poblacionales. Así las cosas, se logrará dar cuenta de los medios, los mecanismos y los procedimientos que se tienen previstos y están en funcionamiento para garantizar el acceso universal a la justicia. Ejemplo de ello es la inclusión de indicadores que consideren la disponibilidad de traductores dentro la rama judicial, el número de funcionarios capacitados con enfoques diferenciales y salas especiales de atención para NNA.

En conclusión, en la medida en la que el ODS 16 y la meta 16.3 proponen como objetivo la garantía del acceso efectivo a la justicia de todos los ciudadanos, los diferentes esfuerzos desplegados por el Estado y sus diferentes entidades deben estar orientados a lograr materializarlo. En ese sentido, iniciativas y herramientas como el IAEJ deben revestirse de una naturaleza

integradora que reconozca y valore las diferentes situaciones fácticas que se presentan para el acceso a la justicia, en particular, cuando el ordenamiento constitucional y el sistema de justicia están diseñados para ello. De lo contrario, el IAEJ no solo omitiría reconocer gran parte del sistema de justicia y las condiciones para acceder a él, sino que además desconocerían una realidad constitucionalmente protegida.

4. EL IAEJ COMO HERRAMIENTA PARA EL DISEÑO Y SEGUIMIENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Amartya Sen considera que el desarrollo puede ser entendido como el proceso a partir del cual los individuos expanden o aseguran su libertad, considerando la libertad como un compromiso y producto social. Lo anterior implica que el desarrollo se deberá obtener a partir de la eliminación de las ausencias de libertad más significativas, sobre todo aquellas relacionadas con las libertades fundamentales relativas a un ideario de justicia, es decir que el desarrollo deberá estar encaminado a la obtención de aquellos logros que permitan al conjunto de la sociedad moverse hacia niveles generales superiores de bienestar[112].

A pesar de su importancia, la justicia no fue contemplada como un tema explícito en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, situación que fue corregida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible con la inclusión expresa del ODS 16, así como de las 12 metas específicas relacionadas con el hecho de promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

En específico, la meta 16.3 exhorta a los países a "promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos". Si bien no existe una definición única de acceso a la justicia, en general se relaciona con "la capacidad de las personas para defender y hacer valer sus derechos y obtener resoluciones justas a sus problemas legales en cumplimiento de las normas de derechos humanos;

---

112 SEN, AMARTYA. *Desarrollo y libertad.* Barcelona: Editorial Planeta, 2000, p. 113.

si es necesario, a través de instituciones imparciales de justicia, formales o informales, y con asesoría legal adecuada"[113].

Sin embargo, el marcado énfasis del objetivo 16 en la medición de indicadores relacionados con objetivos en materia criminal desconoce la potencialidad de los indicadores asociados al acceso efectivo a la justicia por parte de los ciudadanos, al tiempo que desaprovecha la amplia gama de métricas que ofrece el IAEJ para nutrir áreas desatendidas o deficitarias por las políticas de acceso y administración en materia de justicia a nivel nacional, sobre todo en lo relativo al monitoreo de los instrumentos de política que pretenden atender las demandas cotidianas del grueso de la población en materia de justicia, en especial la capacidad y pertinencia de estos cursos de acción para centrarse en los grupos vulnerables. Los cuales soportan el mayor riesgo de quedar rezagados y desatendidos por una visión marcadamente penal en el desarrollo de la política criminal y de acceso al sistema de justicia[114].

Las políticas públicas nacionales y mundiales en materia de justicia, así como los marcos de medición asociados a necesidades globales, con frecuencia no han tenido en cuenta de manera significativa la prevalencia de los problemas de justicia civil y esto se puede presentar debido a la influencia de la Agenda 2030 en la definición de los marcos de medición y de comparación a nivel global.

Lo anterior ha implicado que las políticas públicas, tanto de acceso como de administración de justicia, en muchos casos tiendan a girar en torno a objetivos de carácter operativo, los cuales en su mayoría desconocen el acceso como el problema central de política pública y, por lo tanto, tiendan a concentrarse en cumplir metas asociadas a la resolución de problemas organizacionales, como lo pueden ser la provisión de infraestructura (construcción y remodelación de inmuebles) y tecnología (instalación y actualización de equipos de computación), insumos necesarios para garantizar el acceso y la administración de justicia, pero que se establecen como fines en sí mismos de la política, sin estar articulados de manera integral al acceso a la justicia como eje central de la política. Un ejemplo de ello se puede observar en el

---

113 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Propuesta de indicador 16.3.3, acceso a la justicia civil. propuesta al Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los ODS en asocio con la OCDE.* Nueva York: PNUD, 2020.

114 MARGARET L. SATTERHWAITE & SUKTI DHITAL. "Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in ODS 16.3". *Global Policy,* n.º 10(S1), 2019, https://doi.org/10.1111/1758-5899.12597

Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2014-2018, en el cual las políticas institucionales[115] que se mencionan no se encuentran directamente orientadas a mejorar el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia[116].

La definición e inclusión de indicadores creados a partir del IAEJ en la Agenda 2030 podrían aumentar la visibilidad de las barreras que existen en materia de acceso a la justicia civil e influir en la inclusión de las necesidades más apremiantes a ser resueltas en el espectro de políticas públicas nacionales de justica, las cuales podrían centrar su atención en las necesidades de los grupos vulnerables[117].

Igualmente, la inclusión de uno o varios indicadores de justicia civil del IAEJ como objetivos y metas específicas de las políticas de acceso y administración de justicia también podrían ayudar a la lectura en materia de otros ODS, toda vez que podrían permitir a los responsables de las políticas públicas identificar de mejor forma cómo los sistemas de justicia interactúan con otras dimensiones del desarrollo, tal y como lo señala Amartya Sen.

CONCLUSIONES

Dentro de los diferentes compromisos internacionales derivados de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Colombia accedió a promover el acceso efectivo a la justicia de todas las personas, en el marco del ODS 16, y más concretamente, en el de la meta 16.3. Por su parte, el Estado, a través del Conpes 3918, limitó su meta trazadora al indicador relacionado con la tasa de homicidios, esperando que para el año 2030 se redujera a un 16,4%; sin embargo,

---

115 Las políticas institucionales definidas en el plan sectorial de la rama judicial 2014-2018 son: política tecnológica, política de infraestructura judicial, política de desarrollo del talento humano, política de rediseños organizacionales, política de protección de seguridad, política de democratización de la administración de justicia y política de calidad de justicia. Las dos últimas podrían en efecto estar encaminadas a mejorar el acceso y la administración de justicia, pero en su abordaje no se encuentran vinculados con indicadores que tengan que ver con lo propuesto.

116 Jorge Iván Cuervo. "El componente de justicia en el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Sectorial de Desarrollo de la rama justicia. 2015-2018" en *Seguimiento y Análisis de Políticas Públicas en Colombia,* editado por Carolina Isaza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

117 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos & Open Society Foundations. *Legal Needs Surveys and Access to Justice.* París: OECD Publishing, 2019, https://doi.org/10.1787/g2g9a36c-en

en virtud de las diferentes obligaciones constitucionales e internacionales, el Estado está llamado a avanzar hacia el ODS 16 y garantizar el acceso efectivo a la justicia a la totalidad de personas que habitan el territorio nacional.

Como hemos visto, tanto el Derecho constitucional, como la jurisprudencia constitucional e interamericana, dejan clara la importancia que tiene el derecho de acceso a la justicia para que las personas puedan materializar sus diferentes derechos fundamentales. Así mismo, resalta que el acceso a la justicia no solo es un derecho de doble naturaleza para las personas, sino que se trata de una función pública especialmente importante que deben prestar y garantizar los Estados. En ese sentido, las diferentes herramientas que sean empleadas para ello deben caracterizarse por reconocer esta compleja naturaleza del derecho al acceso a la justicia.

El Índice de Acceso Efectivo a la Justicia es una herramienta diseñada por el Departamento Nacional de Planeación para medir el nivel de garantía acceso a la justicia desde una perspectiva ciudadana. En términos generales, el IAEJ constituye un ejercicio encaminado a identificar no solo el nivel de garantía del acceso a la justicia, sino también los problemas que afrontan los ciudadanos de las diferentes regiones del país. Para ello, toma como fuente de información diferentes encuestas realizadas por el DANE, así como también los registros administrativos de las distintas entidades que participan en la administración de justicia.

A partir de dichos datos, el IAEJ se integra de manera compuesta por un total de treinta indicadores individuales, que dan cuenta de siete diferentes dimensiones del derecho, a partir de dos enfoques: de derechos humanos y el de la cadena de valor de la justicia. En ese sentido, el IAEJ mide el acceso a la justicia en lo que respecta al ambiente favorable, al empoderamiento legal, a la asistencia legal, al acceso a las instituciones, al procedimiento justo, a la capacidad de cumplimiento y a los ODS (excluyendo esta última dimensión de la valoración final del Índice).

Ahora bien, en la medida en la que el IAEJ fue diseñado en parte como una herramienta que contribuyera a medir el cumplimiento del ODS 16 y en concreto la meta 16.3, es necesario analizar críticamente el diseño final de dicho Índice. Para tales efectos, es importante tomar en consideración que el objetivo final del ODS 16 es promover el acceso efectivo a la justicia para todos los ciudadanos y, por tanto, las herramientas que sean utilizadas para medirlo deben dar cuenta de las barreras diferenciales que existen a la hora de acceder a la justicia.

En este capítulo nos hemos centrado esencialmente en dos problemas que fueron identificados con facilidad en el caso del IAEJ del 2017: la falta de unidad de los sistemas de información que nutrieron a los indicadores y el desconocimiento de las barreras diferenciales que afrontan las personas con condiciones de vulnerabilidad para el acceso a la justicia. Respecto al primero, detectamos las dificultades que en materia de actualidad, homogeneidad y vigencia que presenta el Índice al utilizar información recabada en periodos temporales diferentes que difuminan la situación actual del acceso a la justicia en el país. En cuanto a lo segundo, pudimos identificar que, de los treinta indicadores, uno solo reconoce una barrera diferencial que afronta un grupo vulnerable: las mujeres.

Contrario a los estándares internacionales y al objetivo último del ODS 16, el IAEJ omite reconocer y valorar las barreras que afrontan grupos como las comunidades indígenas, las personas con discapacidad o los niños, niñas y adolescentes, así como también desconoce características y particularidades propias del sistema judicial colombiano. A raíz de ello, es posible concluir que el IAEJ requiere de importantes modificaciones para que pueda cumplir con el propósito de contribuir a medir o calcular la situación real y actual del derecho de acceso efectivo a la justicia.

En ese mismo sentido, para que el IAEJ pueda ser utilizado como una verdadera herramienta para el diseño, seguimiento e implementación de una política pública en materia de acceso a la justicia que esté soportada en los ODS, es necesario que sea más comprensivo de las necesidades en materia de acceso que presentan los grupos vulnerables en los sistemas de justicia.

REFERENCIAS

Abdulhadi, Augusto. "Cortes y democracia en Argentina: una propuesta teórica". *Latin American Law Review,* n.º 4, 2020, pp. 73-106. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.04

Acosta Alvarado, Paola Andrea. *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Acosta Alvarado, Paola Andrea. "Administración de justicia y acceso a la justicia: el actual plan sectorial de la Rama Judicial en Colombia". *Revista Derecho del Estado,* n.º 24, 2010, pp. 185-205.

Acosta Alvarado, Paola Andrea. "La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución de 1991". En Padrón Pardo, Floralba y Magdalena Correa Henao. ¿El Estado constitucional en jaque? - *Tomo II: El Estado constitucional y el Derecho internacional.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 165-181.

Botero, Sandra. "Confianza, apoyo a la democracia y corrupción: una mirada a la Corte Constitucional en la opinión pública colombiana". *Latin American Law Review,* n.º 4, 2020, p. 35. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.02

Cappeletti, M. y Bryant Garth. *El acceso a la justicia.* México: Fondo de Cultura Económico, 1996.

cepal. *Panorama Social de América Latina 2016.* Santiago: Naciones Unidas, 2017.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación General No. 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia.* Ginebra, Naciones Unidas, 2007.

Correa, Magdalena y Daniel Rivas. "Los tratados de derechos humanos para el Derecho interno colombiano. Poder normativo transformador". En Lópes, Ana María D'Ávila y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2017, pp. 141-160.

Corte idh. Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C. n.º 134.

Corte idh. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140.

Corte idh. Caso Acevedo Jaramillo y otros contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. Voto razonado del Juez Antonio A. Cançado Trindade.

Corte idh. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148.

Corte idh. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 158.

Cortez Salinas, Josafat. "¿Qué es la decisión judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina". *Latin American Law Review,* nº 4, 2020, pp. 129-145. https://doi.org/10.29263/lar04.2020.06

Criado de Diego, Marcos. *Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano. Estudio sobre la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi, Cauca.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Konrad Adenauer Stiftung y Fundación Acua, 2019.

Cuervo, Jorge Iván. "El componente de justicia en el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Sectorial de Desarrollo de la rama justicia. 2015 – 2018" en *Seguimiento y Análisis de Políticas Públicas en Colombia,* editado por Carolina Isaza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: Anexos Documentos técnicos: metodología de diseño del Índice de Acceso Efectivo a la Justicia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Banco Mundial, 2017

Departamento Nacional de Planeación. *Índice de Acceso Efectivo a la Justicia: midiendo el acceso a la justicia desde un punto de vista ciudadano.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, s.f. Disponible en: https://www.arcgis.com/apps/Cascade/index.html?appid=b92a7ab2fe6f4a06a6aec88581d6873e

Gaviria Muñoz, Simón. *Necesidades Jurídicas en Colombia 2016*. Bogotá: dnp, 2017.

Grupo de Estudios Territoriales. *Tipologías Departamentales y Municipales: una propuesta para comprender las entidades territoriales colombianas.* Bogotá, Departamento Nacional de Planeación.

Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

Instituto Nacional de Estadística (s.f). Indicadores de Derechos Humanos en Bolivia: Justicia. Disponible en: https://www.ine.gob.bo/ddhh2016/onu/index.php?r=site/justicia

La Rota, Miguel Antonio, Sebastián Lalinde, Sandra Santa y Rodrigo Uprimny. *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2014.

Le Clercq, Juan Antonio, Azucena Cháidez y Gerardo Rodríguez. "Midiendo la impunidad en América Latina: retos conceptuales y metodológicos". Íconos, 55, 2016, p. 77. doi: http://dx.doi.org/10.17141/iconos.55.2016.1934

Lópes, Ana María D'Ávila y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2017, pp. 141-160.

Mejía, Luis Fernando. Índice de Acceso Efectivo a la Justicia. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2017.

Naciones Unidas (15 de mayo del 2008) *Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos* (hri/mc/2008/3), pp. 7-8 Disponible en: https://www.refworld.org.es/publisher,hri,,,4a8c14692,0.html

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Construcción de indicadores de Derechos Humanos: Experiencias regionales, oacnudh, México, 2013.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. *Indicadores sobre el derecho a un juicio justo del Poder Judicial del Distrito Federal*, Volumen 3, oacnudh, México, 2013.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos & Open Society Foundations. *Legal Needs Surveys and Access to Justice.* París: oecd Publishing, 2019. Disponible en: https://doi.org/10.1787/g2g9a36c-en

Perea Zapata, Maisa y Darwin Cuesta Palacios. "Derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casos contra Colombia". En Acosta Alvarado, Paola Andrea y Alexandra Castro Franco. *Jurisprudencia interamericana en los casos contra Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 319-359.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Propuesta de indicador 16.3.3, acceso a la justicia civil. propuesta al Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los ods en asocio con la ocde.* Nueva York: pnud, 2020.

Rivas-Ramírez, Daniel. "El (des) control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana". En Acosta López, Juana, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno en Latinoamérica*. Bogotá, Universidad Exterando de Colombia, 2017, pp. 661-680.

Rivas-Ramírez, Daniel. "La arquitectura del derecho a la vida en los casos contra Colombia". En Acosta Alvarado, Paola Andrea y Alexandra Castro Franco.

Jurisprudencia interamericana en los casos contra Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 205-244.

Robledo Silva, Paula. "Las reglas de Brasilia: comentarios en torno a su naturaleza, aplicación y materialización en Colombia". En *Las 100 Reglas de Brasilia*. Perú, Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, 2020.

Satterhwaite, Margaret L. & Sukti Dhital. "Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in ods 16.3". *Global Policy,* n.º 10(S1), 2019, https://doi.org/10.1111/1758-5899.12597

Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad.* Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

Toscano López, Fredy Hernando. "Aproximación conceptual al 'acceso efectivo a la administración de justicia' a partir de la teoría de la acción procesal". *Revista de Derecho.*

CAPÍTULO IV

El internet como herramienta para la construcción de una sociedad más igualitaria

The Internet as a tool to build a more Egalitarian Society

LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA*
LAURA DANIELA GONZÁLEZ ROZO**

RESUMEN

Acceder y obtener los beneficios que proporciona internet, como herramienta necesaria para la inserción en un nuevo mundo globalizado e interconectado que facilita la comunicación, el emprendimiento, el cierre de brechas como la socioeconómica o la de género, y la materialización de varios derechos, es una posibilidad que actualmente se encuentra restringida para muchos. En particular, en Colombia, más de la mitad de su población no tiene acceso a esta tecnología como consecuencia de la brecha digital que se ha generado por factores como el nivel socioeconómico, el género, el nivel educativo, la pertenencia a un grupo étnico, la ubicación geográfica, entre otros.

La gravedad de este asunto se ha evidenciado especialmente a raíz de la crisis ocasionada por la Covid-19, pues se ha notado cómo en un momento cuando la virtualización se ha vuelto clave para estudiar, trabajar o comunicarse, para muchos conectarse ni siquiera es una opción. Esta situación, a su vez, se convierte en un aspecto que amplifica la desigualdad, pues el hecho de no permitir a las personas que pertenecen a grupos tradicionalmente relegados para acceder a ella, las aleja de los beneficios que conlleva. Por el contrario, facilitar el acceso se constituye como una herramienta que propende por el logro de la igualdad en Colombia.

Teniendo en cuenta ese panorama, el presente artículo pretende estudiar el estado actual de la brecha de conectividad en Colombia, para evidenciar los retos que existen en la materia. Asimismo, analizará la normativa del país tendiente a aumentar la conectividad para determinar si es suficiente para lograr una universalidad en el acceso a internet, estudiará la categoría jurídica que debe dársele a este servicio habida cuenta de su importancia para la construcción de una sociedad igualitaria y, finalmente, determinará algunas recomendaciones para lograr una mayor cobertura, acceso y apropiación de esta herramienta.

---

* Abogada, con especialización en Derecho de las Telecomunicaciones y en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma Universidad. Docente Investigadora y Directora (e) del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: luz.herrera@uexternado.edu.co. Número ORCID: 0000-0001-8346-6970.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Correo-e: laura.gonzalez@uexternado.edu.co. Número ORCID: 0000-0003-4354-8693.

PALABRAS CLAVE

Internet; Conectividad; Brecha digital; Igualdad; Universalidad; Derecho fundamental.

ABSTRACT

Accessing and obtaining the benefits provided by the Internet, as a necessary tool for insertion in a new, globalized, and interconnected world, that facilitates communication, entrepreneurship, closing gaps such as socioeconomic or gender ones, and the realization of different rights, is a possibility that is currently restricted for many. Particularly, in Colombia, more than half of its population does not have access to this technology as a consequence of the digital divide that has been generated by factors such as socioeconomic status, gender, educational level, belonging to an ethnic group, geographical location, among others.

The impact of this issue has been especially evident during the crisis caused by Covid-19, which has allowed us to notice that in a moment when virtualization has become a key tool to study, work or communicate, access is not even an option for many. This situation of disconnection to the Internet also becomes an aspect that amplifies inequality, since not enabling people who belong to traditionally relegated groups to access it hinders them from obtaining the benefits provided by the service. On the contrary, facilitating access to it becomes a tool that seeks to achieve equality in Colombia.

Based on the previously outlined scenario, this article aims to study the current figures for Internet connectivity in Colombia, to highlight the challenges that exist in this area. Likewise, it will analyze the current regulations in the country aimed at increasing connectivity, to determine if they are sufficient to connect all people; also, it will study the legal category that this service must have considering its importance for the construction of an egalitarian society and, finally, it will determine some recommendations to achieve greater coverage, access and appropriation of this tool.

KEYWORDS

Internet; Connectivity; Digital Divide; Equality; Universality; Fundamental Right.

1. INTRODUCCIÓN

Internet ha sido una herramienta fundamental para la construcción de una sociedad interconectada, que facilita realizar procesos de comunicación, negociación, educación, difusión de información, trabajo, entre otros, a distancia. Sin embargo, el acceso a esta red es un asunto que se encuentra restringido para gran cantidad de personas en Colombia, situación que se da como resultado de la denominada brecha digital y que priva a más de la mitad de la población del país de ser partícipe de todas las ventajas que esta conectividad representa en términos económicos, sociales, culturales, educativos y de materialización de diversos derechos.

Si bien esta brecha digital siempre ha estado presente, sus consecuencias se han pronunciado y revelado con especial fuerza a raíz de la Covid-19, pues pretender que las personas continuaran realizando sus actividades diarias desde su hogar pese al confinamiento evidenció que para millones de colombianos esa opción simplemente no era ni es viable, y esto se da como consecuencia de algunos factores que se explicarán en este escrito.

Así pues, la pandemia develó que la búsqueda de la conexión digital debe dejar de ser un tema secundario en la agenda del gobierno, pues este es un asunto que se da como consecuencia de diferentes formas de desigualdad que existen en la sociedad (como el nivel socioeconómico de una persona, el área geográfica en la que habita, su edad, la pertenencia a una etnia, el estar en una situación de discapacidad, el género, entre otras) y, a su vez, incrementa esos factores al no permitirles a las personas relegadas beneficiarse de las ventajas y derechos que trae consigo el acceso y uso de internet.

Esto resulta bastante grave dentro del contexto actual, si se tiene en cuenta que la diferencia en términos de acceso, uso y apropiación por parte de la población que se están dando en este momento, impactará de manera importante las brechas que ya se han venido presentando. A manera de ejemplo, determina actualmente (aunque ya lo venía haciendo, pero ahora de una manera más marcada) la posibilidad o no de estudiar, de trabajar, de continuar comerciando, de tener canales directos de venta, entre otras posibilidades; hecho que tendrá serias repercusiones a futuro, pues podrá significar, por ejemplo, la posibilidad de un pequeño negocio campesino de continuar existiendo por ventas directas al consumidor electrónico, la diferencia en términos de educación entre una niña que vive en una región remota y no se pudo conectar a sus clases en línea y un niño de la ciudad que sí pudo hacerlo, etcétera.

Es oportuno resaltar que, pese a que esta situación se ha hecho más visible dada la actual coyuntura, solo muestra una falencia que ya venía presentándose, y que de manera un poco silenciosa provocaba los efectos ya mencionados. Esto se evidencia en que, por ejemplo, es claramente distinto el acceso a fuentes de conocimiento que puede tener una estudiante que tenga acceso a internet que quien no la tenga, y eso marcará a futuro posibilidades como el acceso a la educación superior que se restringe por la aprobación de pruebas de conocimiento.

Es por ello que facilitar el acceso a internet se constituye como una herramienta muy importante en la búsqueda de la igualdad en Colombia, ya que se convierte en una herramienta por medio de la cual se materializan diversos derechos de las personas, como la educación, el trabajo, el derecho a la información y a la libertad de expresión. Por el contrario, no poder usarlo restringe esta posibilidad, poniendo en una clara posición de desventaja y desigualdad a quienes no pueden obtener sus beneficios.

Por lo anterior, en este escrito se pretende estudiar, en primer lugar, el estado actual de esa desconexión en el país y sus causas, para posteriormente hablar de los beneficios de internet y el impacto positivo que podría tener en la reducción de la desigualdad en Colombia. Luego, se analizará la normativa colombiana en la materia, para estudiar qué recomendaciones se podrían realizar en este campo, en aras de lograr una mayor conectividad a esta red en el país. Por último, se disertará acerca de la categoría jurídica que se debe dar a este asunto (¿se trata de un servicio público, de un servicio público esencial o de un derecho fundamental?), entendiendo que el Derecho es un área que se encuentra en constante evolución y, en ese sentido y teniendo en cuenta su transformación, se analizará cuál es el escenario ideal en una proyección a 2030. Por último, se darán unas conclusiones sobre lo expuesto.

2. LA BRECHA DIGITAL EN COLOMBIA

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC) tienen como objetivo principal constituirse como una herramienta para que el ser humano mejore su calidad de vida y se relacione con el mundo con mayor facilidad. Una de las principales consecuencias de su presencia en la mayoría de los espacios de la vida cotidiana de las personas es el surgimiento de la necesidad de estar conectado para hacer parte de este nuevo ecosistema digital; por ello, el hecho de no disponer de los mecanismos que permitan

introducirse en este mundo es un factor que genera una nueva forma de desigualdad, basada en la imposibilidad de acceder a las comodidades, conocimiento, materialización de derechos y oportunidades que pueden brindar las TIC.

Este desequilibrio, si bien puede estar relacionado con la ya existente brecha económica ocasionada por el nivel de riqueza, no tiene como única causa este factor, pues, como se explicará brevemente a continuación, existen otras circunstancias que determinan la amplitud de la denominada brecha digital, como el género, el nivel educativo, la pertenencia a un grupo étnico y etario, y la ubicación geográfica. El problema crece cuando la brecha digital que se genera ocasiona a su vez una expansión de la brecha social, al impedir que las personas pertenecientes a los grupos relegados como consecuencia de los factores mencionados adquieran las habilidades y obtengan los recursos necesarios para mejorar su nivel de vida.

Así, se entiende por brecha digital la diferenciación que existe en términos de acceso, uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre diferentes grupos poblacionales, como resultado de factores ya señalados. A continuación, se hará una corta referencia a la manera en la que estos se presentan en Colombia, particularmente en lo relacionado con internet, para poder dimensionar el tamaño de la desigualdad en este campo y el impacto que ello puede tener.

INTERNET Y EL NIVEL SOCIOECONÓMICO

Algunos autores, como Rodríguez y Sandoval[1], han hecho referencia al término *estratificación digital* para hablar de la diferencia en términos de acceso, uso y apropiación de las TIC que se produce como consecuencia de la pertenencia a determinado nivel socioeconómico.

Por su parte, Reddick y Boucher[2] indicaron que la relación entre los ingresos de una persona y el acceso a internet es la siguiente: a mayor ingre-

---

1 Rodríguez Garcés, Carlos y Sandoval Muñoz, Daniela. *Estratificación digital: acceso y usos de las TIC en la población escolar de Chile*. [en línea]. En: *Revista Electrónica de Investigación Educativa*. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISSN 1607-4041. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-40412017000100020

2 Reddick, A. y Boucher, C. *Tracking the dual digital divide*, Citado por: Rodríguez Gallardo, Adolfo. *La brecha digital y sus determinantes*. México. 2006. Ed. Universidad Autónoma de México. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISBN 970-32—3853-X. Disponible en: https://books.google.

so, mayor probabilidad de que una persona sea usuaria de la red y mayor el promedio de ingresos de una sociedad. Es interesante leer esto de la mano con la diferenciación que se ve en términos de uso del internet al comparar quienes tienen altos ingresos con quienes no: parte importante del primer grupo utiliza esta herramienta en asuntos relacionados con sus negocios, en contraste con quienes tienen un bajo nivel de ingresos, que suelen emplear internet con fines relacionados con el ocio y redes sociales, como lo evidencia Alfonso[3], convirtiéndose así esta herramienta en un bien inferior para las personas que tienen ingresos inferiores, que son quienes emplean esta red en actividades clasificadas como inferiores.

En el caso colombiano, existen cifras que demuestran la dimensión de la relación entre el nivel socioeconómico que se tiene y la conectividad: Solo cerca de 21,7 millones de personas tienen acceso a internet en el país, por lo que es un reto llegar a los 23,8 millones de habitantes que aún no cuentan con esta herramienta, principalmente por encontrarse en regiones apartadas y/o pertenecer a un estrato socioeconómico bajo[4].

En ese mismo sentido, el Departamento Nacional de Planeación[5] indicó que para 2017 había servicio de internet en menos del 20% de hogares estrato 1; en alrededor del 46% de los pertenecientes a estratos 2 y 3; y de más del 70% en los estratos más altos; información que es preciso relacionar con la del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, que señaló que para el 2018 el 80% de la población colombiana vivía en los estratos 1, 2 y 3[6].

---

com.co/books?id=2k1neys5RjsC&pg=PA139&dq=brecha+económica+y+brecha+digital+reddick&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjw6PHyhIrqAhXhm-AKHWueAwEQ6AEIJzAA#v=onepage&q=brecha%20económica%20y%20brecha%20digital%20reddick&f=false

3 Alfonso Roa, Óscar. Entrevista personal. Bogotá D.C. 25 de febrero de 2020.

4 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *La mitad de Colombia no tiene Internet*. [en línea]. 19 de mayo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/100837:La-mitad-de-Colombia-no-tiene-internet

5 Departamento Nacional de Planeación. *Esquema de financiación para el sector TIC y audiovisual en el marco de la convergencia tecnológica y de mercados*. [en línea]. 19 de mayo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/20171006%20-%20Esquema%20de%20financiación%20TIC%20vpublicación.pdf

6 Portafolio. *Bajó la pobreza, pero el 80% de la población es de estratos 1, 2 y 3*. [en línea]. 11 de noviembre de 2018. *Portafolio*. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.portafolio.co/economia/el-pais-bajo-su-pobreza-pero-el-80-de-su-poblacion-es-de-estratos-1-2-y-3-523233

Otra cifra que ejemplifica este factor y su impacto en la brecha digital es que, según los datos reportados por los proveedores de redes y servicios de Colombia al MinTIC, para el último trimestre de 2019 la velocidad de descarga para los estratos 1 y 2 fue de 9.2 y 11.1 respectivamente, en tanto fue de 42.4 Mbps para el estrato 6[7].

Para tratar de remediar un poco esta situación durante la declaratoria de emergencia que se dio a raíz de la Covid-19, se han entregado equipos de cómputo en algunas regiones y se han puesto en marcha proyectos en los cuales ya se estaba trabajando, como el de Última Milla, que busca establecer tarifas asequibles para que los habitantes del territorio nacional de menores recursos puedan acceder a este servicio[8] y también se han generado convenios con operadores privados, que han permitido generar tarifas diferenciales para quienes habitan en sectores clasificados como pertenecientes al estrato 1 y 2[9].

Pese a estos esfuerzos, es evidente que el problema que subyace a esta situación es más profundo y obedece a un problema de desigualdad que se evidencia –por ejemplo– en que, de conformidad con las cifras del DANE[10], para 2018 en Colombia hubiera 45,5 millones de habitantes de los cuales 19,6% son considerados pobres de acuerdo con el Índice de Pobreza Multidimensional, el 27% se encuentra en condiciones de pobreza monetaria y el 7,2%, en pobreza extrema.

Debe agregarse que el problema del acceso a internet no radica únicamente en el valor del servicio, sino que incluye otros factores importantes que deben ser tenidos en cuenta: la necesidad de disponer de un equipo

---

7 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Cuarto Trimestre de 2019.* [en línea]. Abril de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-135691_archivo_pdf.pdf

8 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Familias colombianas tendrán internet desde 8000 pesos.* [en línea]. 16 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/144917:Familias-colombianas-tendran-internet-desde-8000-pesos

9 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. Estratos 1 y 2: así podrá acceder a internet con tarifas sociales. [en línea]. 7 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/144774:Estratos-1-y-2-asi-podra-acceder-a-internet-con-tarifas-sociales

10 DANE. *Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia*. [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/pobreza-monetaria-y-multidimensional-en-colombia-2018

para conectarse, la importancia de llegar a regiones donde aún no hay infraestructura para que opere esta red (e incluso ni siquiera hay servicio de energía), la relevancia de la apropiación de la población de estas tecnologías para que puedan obtener el provecho de las mismas, entre otros.

Por ello, es de vital importancia que en el momento que se busque generar una política que pretenda conectar a esta red a más personas, se tengan presentes estas particularidades que afectan a la mayoría de la población colombiana y la relegan de beneficiarse de esta red.

INTERNET Y GÉNERO

Se ha evidenciado que las mujeres enfrentan más barreras para acceder y apropiarse de las TIC. Un sondeo realizado por el MinTIC[11] mostró las siguientes cifras en tema de utilización de las TIC por parte de ellas: existe un 19% de mujeres que aún no han logrado acceder a las TIC, el 42% de ellas no tiene un computador (de escritorio o portátil) y, de aquellas que tienen el acceso, un 87% usa internet principalmente para acceder a redes sociales. Además, cifras demuestran que, en los países menos desarrollados, las mujeres utilizan internet un 33% menos que los hombres[12].

Esto puede ser generado por varias razones: por una parte, la sociedad ha considerado que estos temas relacionados con las TIC suelen ser "cosas de hombres"[13]. Por otra parte, expertos, como Olga Paz, han indicado que el hecho de que las mujeres en Colombia tengan menor acceso y apropiación de estas tecnologías puede ser consecuencia de patrones patriarcales y de los dobles o triples roles que cumplen las mujeres como madres, esposas, trabajadoras y actoras de la vida pública, situaciones que reducen el tiempo de dedicación a nuevos aprendizajes, y escenario en el que al tener alguna disponibilidad de recursos económicos para comprar un dispositivo tecno-

---

11 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Encuesta de acceso, uso y apropiación de las TIC por parte de las mujeres en Colombia*. [en línea]. Marzo de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-64060_recurso_3.pdf

12 FRONCEK, APRIL. Igualdad de género: a un clic de ratón. [en línea]. 4 de octubre de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.internetsociety.org/es/blog/2018/10/igualdad-de-genero-a-un-clic-de-raton/

13 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Encuesta de acceso, uso y apropiación de las TIC por parte de las mujeres en Colombia*. Op cit.

lógico, probablemente se dará la prioridad a cubrir las necesidades básicas de la familia[14]. Aunado a ello, otro factor para la generación de esta diferenciación de acceso y uso de internet podría ser el laboral, teniendo en cuenta que este escenario fue y todavía puede seguir siendo uno de los primeros acercamientos y espacios para apropiación de las TIC (y del internet), y otro de los motivos que puede generar esta lejanía entre las mujeres e internet es la violencia de género a través de las redes, pues en tanto este no sea un espacio seguro para ellas, no se puede esperar que obtengan los mismos provechos y beneficios que los hombres tienen en esta red.

También, se ha evidenciado que, por la misma concepción machista de esta área del conocimiento, y aun cuando hay un déficit importante de trabajadores en este campo, a las mujeres suele relegárseles del mismo y esto dificulta, entre otros aspectos, su apropiación de las TIC.

Debe decirse que durante la pandemia de la Covid-19, las mujeres y las niñas, que tienen menos acceso a internet, se han visto afectadas en una medida desproporcionada[15] y no se ha tomado ninguna medida específica orientada a disminuir la brecha en este sentido durante la coyuntura.

Por lo anterior, se ve la necesidad de tener un enfoque de género al momento de elaborar políticas públicas tendientes a aumentar la conectividad a internet, pues ciertamente este es un factor que aumenta la brecha en términos de acceso, uso y apropiación de esta herramienta.

INTERNET Y EL NIVEL EDUCATIVO

El nivel educativo de un individuo condiciona el grado de desenvolvimiento que este pueda tener en la red (esto en caso de estar un entorno educativo donde el acceso a esta tecnología es una posibilidad), por lo que a su vez constituye una limitante para el acceso a la información y el conocimiento al que se puede llegar por medio de esta tecnología, además de otros beneficios de la misma. Se ha hablado de analfabetismo digital para hacer referencia

---

14 PAZ MARTÍNEZ, OLGA PATRICIA. *Derechos de las Mujeres, Género y TIC*. [en línea]. 2013. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colnodo.apc.org/apc-aa-files/511feaa28064b75833d25a46c040d121/derechos_mujeres_genero_y_tic_1.pdf

15 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital. Informe del Secretario General*. [en línea]. 29 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/A/74/821

a la ausencia de capacidades que permitan un uso y apropiación de las TIC y a los diferentes beneficios que de ellas se derivan; problema que, como se dijo, suele estar directamente relacionado con el nivel instrucción que ha tenido una persona en estos asuntos.

De acuerdo con el Banco Mundial, la introducción de las TIC en la educación puede exacerbar las desigualdades que están presentes en los sistemas educativos (relacionadas con diferencias entre lo urbano y rural, ricos y pobres, niños y niñas, estudiantes con necesidades especiales, entre otras), si no se toman medidas que aseguren la inclusión[16].

Por lo anterior, es importante que los programas educativos incluyan desde las etapas más tempranas de la formación materias que capaciten a las personas de todas las edades en el uso y apropiación del internet, para que puedan obtener provecho de esta herramienta y estén preparados para usarla. Esto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que el mercado, por regla general, demanda en la mayoría de áreas un mínimo de conocimiento en estos temas; en consecuencia, tener estas habilidades aumenta las posibilidades laborales, lo cual, a su vez, tendría un impacto positivo en la calidad de vida de las personas, pues además de convertirse en una herramienta por medio de la cual pueden acceder a conocimiento, podrán a través de ella aumentar la posibilidad de encontrar empleo y emprender negocios, con lo que esto implica.

Para que sea así, es necesario que los docentes estén capacitados en habilidades TIC, pues de esta manera estarán en condiciones de trasmitir el conocimiento a sus estudiantes. Además, es importante que se tengan en cuenta las necesidades y particularidades de escuelas y universidades al momento de generar políticas en este tema, pues serán diferentes los esfuerzos que se destinen a este campo en un colegio privado en la capital, de los que pueda requerir una escuela pública en una vereda. Adicionalmente, conviene considerar tarifas de acceso especiales para los centros educativos y los estudiantes, en aras de lograr un mayor acceso a la red de internet.

Cabe destacar que, dentro de este escenario, se requiere trabajar en asuntos previos que resultan esenciales para hablar de la conectividad: es imprescindible que haya infraestructura para que centros educativos, do-

16 Trucano, Michael. *Worst practice in ICT use in education*. [en línea]. Abril 30 de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://blogs.worldbank.org/edutech/worst-practice

centes y estudiantes puedan acceder a internet, además de tener dispositivos que permitan realizar esta conexión, como computadoras, tabletas y otros dispositivos TIC.

Así, las políticas que busquen la ampliación de cobertura de internet deberán tener en cuenta que desde los inicios del sistema educativo se requiere capacitar a las personas en las habilidades del uso de la red, y tener en cuenta las desigualdades estructurales del sistema educativo que existen, generando unos lineamientos con un enfoque de inclusión que evalúe aspectos socioeconómicos, culturales, geográficos, de género, de incorporación de población en condición de discapacidad, entre otros factores relevantes.

Actualmente, en el marco de la pandemia y considerando que de conformidad con las directrices presidenciales el proceso de formación debía continuar de manera remota, se hizo más evidente la falta de acceso a equipos de cómputo e internet por parte de muchos estudiantes, lo que sin duda ha tenido un fuerte impacto en la creación de desigualdad en ámbitos educativos, que podrá tener serias repercusiones a futuro, dado el aumento de la brecha educativa que está generando. Buscando remediar esta situación, se abrieron espacios a través de radio y televisión abierta donde se presentan contenidos educativos en una franja horaria determinada; sin embargo, debe tenerse en cuenta que esto no es suficiente, pues se trata del mismo contenido para todas las personas de todas las edades, y además es transmitido solo durante un par de horas algunos días a la semana.

Así, considerando que la brecha educativa tiene un impacto directo en las condiciones de pobreza y vulnerabilidad de los hogares, siendo una de las vías principales por la cual estas condiciones se transmiten y reproducen a lo largo de la vida de las personas, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2015[17], se hace notoria la necesidad de trabajar de manera urgente en la ampliación del acceso, uso y apropiación de esta herramienta en este campo.

---

17 El Mundo. 40% de niños que no asisten al colegio están en zona de conflicto. [en línea]. 19 de febrero de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.elmundo.com/noticia/40de-ninos-que-no-asisten-al-colegio-estan-en-zona-de-conflicto/367261

INTERNET Y GRUPOS ÉTNICOS

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[18], el 90% de los territorios colombianos donde habitan las comunidades indígenas no tienen acceso a internet; así, la pertenencia a un grupo étnico se configura como uno de los factores que influyen en el aumento de la brecha de conectividad.

Las comunidades indígenas del país, en virtud del principio de autodeterminación de los pueblos, publicaron un documento denominado "Política Pública de Comunicación de y para los Pueblos Indígenas", donde establecieron la manera en la que consideran que deben ser incorporadas las TIC a sus comunidades, de conformidad con sus necesidades particulares, reconociendo la importancia de estos medios en sus formas propias de comunicación. De esta manera, por medio de este documento exponen que el Estado debe fortalecer la comunicación indígena propia, el uso y apropiación de los medios modernos de comunicación, y garantizar el derecho indígena a la comunicación e información, y a su visibilidad y articulación con otros sectores[19].

En ese sentido, se resalta la necesidad de generar una política para que estas comunidades puedan acceder, hacer uso y apropiarse de internet, y esta debe desarrollarse desde un enfoque diferenciado que sea respetuoso de las tradiciones, costumbres, lengua y cosmovisión de estos pueblos, de manera acorde con su lengua y útil para las pretensiones y necesidades de comunicación –tanto al interior como al exterior de la comunidad– que se tengan.

En este punto, resulta oportuno destacar la importancia de establecer la opción de una *multicanalidad* para las comunidades o miembros de ellas que sean reticentes a utilizar este tipo de tecnologías, pues no se trata de forzarles a usarlas, sino de otorgar una herramienta que sea útil para los fines

---

18 CIDH. *La CIDH alerta sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de COVID-19 y llama a los Estados a tomar medidas específicas y acordes con su cultura y respeto a sus territorios*. [en línea]. 6 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/103.asp

19 Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas CONCIP – MPC. *Política Pública de Comunicación de y para los Pueblos Indígenas*. [en línea]. Diciembre de 2017. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://bancodecontenidos.mincultura.gov.co/multimedia-dircom/pdfs/comunicacion-indigena/proyecto-02/comindigena-proyecto02-doc01-politica-publica-com-indigena.pdf

que ellos determinen, que involucre diferentes medios de comunicación e información.

La CIDH[20], en el caso de Colombia y a propósito de una Circular que se emitió en el marco de la pandemia de la Covid-19 que buscaba abrir la posibilidad de implementar el procedimiento de consulta previa a través de plataformas digitales, advirtió que "debido a la discriminación estructural, buena parte de los pueblos indígenas no cuentan con acceso a internet, por lo que la imposición e implementación de procesos consultivos a través de plataformas digitales representaría una vulneración al derecho a la participación real y efectiva de estos colectivos". Esto demuestra la importancia de tener en cuenta las realidades, particularidades y necesidades de esta población a la hora de generar políticas de conectividad que los incluyan, escuchándolos, pues deben tenerse los cuidados suficientes para que esto no vulnere sus derechos.

INTERNET Y UBICACIÓN GEOGRÁFICA

La ubicación geográfica de una población es uno de los factores que tienen más impacto en sus posibilidades de acceder a internet. Se ha evidenciado cómo el hecho de habitar en áreas rurales y apartadas dificulta el acceso y uso de esta red, y esto se da principalmente como resultado de aspectos como los costos que implica llegar a determinados territorios de difícil acceso, la baja cantidad de personas que demandan el servicio en esas zonas y, en consecuencia, la poca rentabilidad que esto significa para los prestadores del servicio (que por regla general son operadores privados); esto se traduce en la reducción del interés de invertir en estos lugares, o de llegar a hacerlo, brindar soluciones en un plazo mayor al deseado para atender a una comunidad.

Para ejemplificar esta situación, puede verse cómo ciudades principales de Colombia –como Medellín o Bogotá– logran indicadores de penetración y acceso a internet similares a los de países desarrollados, en tanto que departamentos caracterizados por ser mayoritariamente rurales –como Chocó o La Guajira– presentan un gran rezago en este sentido, según expone Constaín[21].

---

20 CIDH, *Op. cit.*

21 CONSTAÍN, SYLVIA. *Conectar a Colombia: un reto que cambiará vidas*. [en línea]. 01 de abril de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Columnas-Ministra-TIC/98249:Conectar-a-Colombia-un-reto-que-cambiara-vidas

Una cifra que ejemplifica este factor es que, de conformidad con el informe del último trimestre de 2019 del MinTIC[22], la velocidad de descarga promedio en el segmento residencial en Bogotá fue de 25 Mbps, mientras en departamentos como Guainía, Vichada, Amazonas, San Andrés, Vaupés no llegaron a los 5 Mbps, y Putumayo, Chocó, Guaviare, Arauca, Caquetá y La Guajira no llegaron a los 10 Mbps.

Otras cifras que demuestran esta brecha han sido presentadas por el MinTIC, que ha indicado que en Colombia solo una de cada dos personas cuenta con internet fijo o móvil, determinando que el sector rural es el más afectado por la ausencia de la conectividad[23]; estadística que concuerda con la ya presentada previamente en este escrito, donde se mencionaba cómo en Colombia 23,8 millones aún no cuentan con acceso a esta red[24]. Esta situación tiene gran relevancia en el contexto colombiano, si se tiene en cuenta que según el Instituto Geográfico Agustín Codazzi[25], únicamente el 0,3% del territorio del país corresponde a áreas urbanas.

Por ello, ante las dificultades geográficas, es necesario que se desarrollen políticas públicas con enfoque territorial, que respondan a las necesidades de los habitantes de las áreas rurales y les presten la conectividad que requieren. Además, es vital que se incentive la inversión de los operadores privados en estas zonas, punto en el que el Estado tiene un rol fundamental al momento de regular y legislar, siendo este un ejercicio que debe realizar teniendo siempre en cuenta la universalidad que caracteriza al servicio público de las telecomunicaciones y la función social que debe tener la actividad que estas empresas ejercen.

---

22 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Cuarto Trimestre de 2019.* Op cit

23 *El Nuevo Siglo*. *Mejorar conectividad en zonas apartadas, objetivo del MinTIC.* [en línea]. 04 de marzo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/03-2019-mejorar-conectividad-en-zonas-apartadas-objetivo-del-mintic

24 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *La mitad de Colombia no tiene Internet. Op. cit*.

25 Instituto Geográfico Agustín Codazzi. *Tan solo el 0,3 por ciento de todo el territorio colombiano corresponde a áreas urbanas: IGAC.* [en línea]. 05 de noviembre de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://igac.gov.co/es/noticias/tan-solo-el-03-por-ciento-de-todo-el-territorio-colombiano-corresponde-areas-urbanas-igac

INTERNET Y LOS GRUPOS ETARIOS

Las nuevas generaciones han nacido dentro del contexto del ecosistema digital y, por ello, les resulta más sencillo hacer uso de todas las nuevas tecnologías, situación diferente a la que ocurre con las personas mayores a quienes, por la curva de aprendizaje que implica, les cuesta un poco más su uso.

La curva demográfica realizada por el DANE (30 de agosto de 2019), derivada de los censos poblacionales de 1985, 1993, 2005 y 2018, muestra cómo este segundo grupo, conocido como los *inmigrantes digitales*, tiende a crecer cada vez más, tanto para hombres como para mujeres, y de allí se deriva la importancia de incluir en las políticas públicas a esta población, pues para ellos este entorno representa un ecosistema nuevo y complejo.

Debe destacarse que este, más que un tema de dificultad en el acceso, es una cuestión de uso y apropiación de las TIC, pues de conformidad con la CELAC (2019), aunque algunas de estas personas mayores viven en hogares que tienen acceso a internet, un gran porcentaje de ellas no utilizan esta herramienta[26].

Solo hasta el año pasado, en diciembre, se dio un plan piloto en el país de alfabetización digital a cien personas de la tercera edad en Bogotá[27]. Se hace necesario continuar trabajando en este tipo de proyectos para que cada vez existan menos barreras en el aprovechamiento de los beneficios que conlleva internet.

En el marco de la coyuntura de la Covid-19, una de las poblaciones más vulnerables ha sido este grupo de personas de la tercera edad, quienes en muchos casos por falta de acceso y apropiación de internet y a causa del confinamiento, se han visto gravemente perjudicados, pues han necesitado

---

26 Como antecedente del 2012, según la Encuesta de hogares, hay varias razones de no uso del internet: No sabe manejar el internet, no sabe manejar un PC, no le ven utilidad, cree que no lo necesita para nada, no tiene tiempo, está muy ocupado para usar internet. Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Tech Tracker.* [en línea]. Octubre de 2012. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://es.slideshare.net/DiegoMolanoVega/encuesta-de-consumo-digital

27 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Adultos mayores salieron del analfabetismo digital y entraron al mundo de las TIC.* [en línea]. 20 de diciembre de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/124707:Adultos-mayores-salieron-del-analfabetismo-digital-y-entraron-al-mundo-de-las-TIC

salir de sus hogares al no poder realizar trámites que aunque puedan hacerse en línea, no conocen cómo hacerlos, como los relacionados con bancos, telemedicina, trámites relacionados con su salud, comunicación con las personas que están lejos, y en general, con todos aquellos que están fuera del núcleo familiar físico más próximo, etcétera.

Por todo esto, es de gran importancia tener en cuenta a esta población creciente al momento de buscar cerrar la brecha digital, pues representan un porcentaje significativo de personas que están perdiéndose de las ventajas y derechos que puede representar el internet en sus vidas.

INTERNET Y LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

De acuerdo con el DANE, para 2018, el 65,40% de la población colombiana que tenía algún tipo de situación de discapacidad no contaba con servicio de internet en su casa[28], situación que es preocupante –y particularmente grave en el contexto de la Covid-19–, si se tiene en cuenta que la conectividad podría mejorar sustancialmente el nivel de vida de este grupo poblacional, al permitirle participar en este espacio en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad y obtener los beneficios que esta red puede traer a sus vidas–lo que no ocurre actualmente como consecuencia de las barreras que existen para su acceso y utilización–, como tener citas médicas en línea, realizar compras mediante el comercio electrónico, estudiar desde casa, trabajar de manera remota, entre otras actividades.

Debe tenerse en cuenta que, en el caso de determinadas condiciones de discapacidad, por la naturaleza de las mismas, se torna importante pensar en la generación de contenidos accesibles, presentando formatos que permitan a la población con situación de discapacidad su disfrute, como por ejemplo: contenido subtitulado para la población que tenga dificultades auditivas, o con posibilidad de activación de audio para quienes tengan problemas de visión. Según la Internet Society[29], para las personas en condición de disca-

---

28 DANE. *Boletín Personas con discapacidad retos diferenciales en el marco del COVID-19*. [en línea]. 28 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad

29 Internet Society. *Internet Accessibility: Internet use by persons with disabilities: Moving Forward*. [en línea]. 01 de noviembre de 2012. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://

pacidad la accesibilidad significa estar en la capacidad de usar un producto o servicio con la misma efectividad que lo haría una persona que no esté en esa condición, lo que significa incluir los principios de diseño inclusivo a la hora de hacer productos y servicios que puedan ser utilizados por una sección de la población más amplia.

Por otra parte, tecnologías como el Internet de las cosas (IoT) son opciones que podrían resultar muy útiles –por ejemplo– para personas que tengan condiciones de discapacidad física, siendo esta una alternativa de acceso y apropiación que también debería ser explorada.

Lo anterior es importante si se tiene en cuenta que, como lo indica Ospina Ramírez[30], según el enfoque actual desde el que se aborda esta cuestión, "se advierte que la situación de discapacidad no se produce por una limitación física o psíquica que padece el ser humano, sino que es producida por las barreras físicas y culturales que la misma sociedad le impone a aquel cuando decide construir el medio social a partir de un prototipo "normal" y estandarizado de ser humano. Ahora bien, como se entiende que el factor discapacitante no se genera en las deficiencias individuales sino en la manera como está concebida la sociedad, entonces las medidas no necesariamente deben estar encaminadas a rehabilitar o "normalizar" al individuo, sino más bien a "normalizar" a la sociedad".

Así, sin lugar a duda, la eliminación de los obstáculos que existen actualmente para acceder y utilizar internet puede ser una herramienta que contribuya a generar de un mayor grado autonomía de las personas que tengan una condición de discapacidad que, de alguna manera, les limite su independencia, al ponerlas en igualdad de condiciones con las demás personas que disfrutan de este servicio. Una diferenciación que lleve a una exclusión de esta población carecería de justificación y es abiertamente discriminatoria. Tal como lo afirma la internet Society[31], la existencia de herramientas apropiadas en internet facilita que las personas con condiciones de discapacidad puedan participar de forma igualitaria en la sociedad,

---

www.internetsociety.org/resources/doc/2012/internet-accessibility-internet-use-by-persons-with-disabilities-moving-forward/

30 Ospina Ramírez, Mario. *Discapacidad y sociedad democrática*. Revista Derecho del Estado. 24 (1), 143-164. [en línea]. Enero a junio de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/439/418

31 *Ibíd*.

permitiéndoles contribuir de manera sustancial al desarrollo económico y social del país.

Es preciso indicar que por medio de la Ley 1346 de 2013[32], que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en aras de garantizar el derecho a la información y las comunicaciones de esta población, se establecieron una serie de obligaciones a cargo del MinTIC tendientes a buscar el acceso y apropiación de las TIC por parte de estas personas. Esto está en consonancia con la mencionada Convención que establece como obligaciones de los Estados "Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet… Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso… y alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad".

Así, se concluye que es importante tener presentes las necesidades en términos de acceso y apropiación que tiene esta población en el momento de generar políticas públicas, eliminando las barreras que tienen actualmente, logrando de esta manera una mayor conectividad y beneficios como consecuencia del uso de internet que derivan en una mayor igualdad y reconocimiento de sus derechos.

CONCLUSIÓN

Sin duda, internet actualmente es una de las herramientas más importantes y poderosas en todos los ámbitos (social, laboral, educativo, de información, de libertad de expresión, de entretenimiento, de comunicación, etcétera). Sin embargo, resulta evidente que gran cantidad de personas no pueden acceder a esta red ni disfrutar de las ventajas que provee, convirtiéndose en una nueva forma de desigualdad que relega a ciertos sectores de la población –los más vulnerables– de las posibilidades que este significa.

---

32 Colombia. Ley 1346 de julio 31 de 2013. *Diario Oficial* n.º 47.427. Disponible en: https://www.mincit.gov.co/ministerio/ministerio-en-breve/docs/ley-1346-de-2009.aspx

Servicios como el acceso a la administración pública y a la justicia, el trabajo remoto, el estudio de manera virtual, la comunicación a distancia con otras personas y la inmediatez en la información no están disponibles para más de la mitad del país y, en consecuencia, las cada vez más frecuentes medidas encaminadas a la generación de virtualización excluyen a toda esta población. Esta situación resulta particularmente grave si se tiene en cuenta que hay 9 millones de colombianos que viven en territorios donde todavía no tienen acceso a un medio de comunicación[33].

Además de esos problemas de acceso, como se vio, existen dificultades importantes en términos de uso y apropiación de la red: en Colombia, la mitad de la población limita su uso a aspectos básicos como el entretenimiento y la comunicación[34]; de hecho, los habitantes del territorio nacional que tienen acceso a internet pasan en promedio nueve horas al día navegando en la web, de las cuales casi cuatro las gastan en redes sociales[35].

El Plan de TIC 2018-2022[36] identificó y reconoció que los indicadores de internet fijo en el país, aunque han mejorado siguen siendo bajos, pues la penetración es baja en comparación con economías desarrolladas. Además, resaltó que para 2018 el 40% de los usuarios que accedieron a internet móvil lo hicieron por 2G o 3G, aspecto que genera un atraso frente a otros países que ya están empezando a ejecutar sus planes de despliegue de 5G.

Además, debe decirse que los factores amplificadores de la brecha de conectividad mencionados suelen ir de la mano, lo cual hace que el impacto en la generación de desigualdad sea mayor. A manera de ejemplo, las áreas

---

33 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *En Colombia el 50% de los hogares no tiene internet*. [en línea]. 20 de marzo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/92615:En-Colombia-el-50-de-los-hogares-no-tiene-internet

34 González Bell, José. *Aumenta cobertura de internet, pero mitad de la población lo usa para entretenerse.* [en línea]. 14 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.larepublica.co/internet-economy/aumenta-cobertura-de-internet-pero-mitad-de-la-poblacion-lo-usa-para-entretenerse-2977746

35 Neira Marciales, Laura. *Un colombiano pasa nueve horas al día en internet y casi cuatro en redes sociales.* [en línea]. 11 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.larepublica.co/empresas/un-colombiano-pasa-nueve-horas-al-dia-en-internet-y-casi-cuatro-en-redes-sociales-2975617

36 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://micrositios.mintic.gov.co/plan_tic_2018_2022/pdf/plan_tic_2018_2022_20200107.pdf

rurales más apartadas[37] suelen coincidir con los lugares del país donde se encuentran los índices más altos de pobreza multidimensional[38]–[39] en la cual se resalta como aquella pobreza que va más allá de la carencia de ingresos y que genera múltiples desventajas[40], los menores niveles de calidad en la educación[41] y con las zonas donde existen las menores tasas de penetración de internet fijo[42].

3. EL INTERNET COMO HERRAMIENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD IGUALITARIA

Internet es actualmente una herramienta que, sin duda, facilita el acceso al conocimiento, a la justicia y a la administración pública (por medio del GovTech), permite el empoderamiento de las comunidades, el establecimiento de nuevas formas de trabajo, la interconexión entre personas, la generación de nuevos modelos de negocio, industriales, educativos, culturales y de gobierno, entre otra enorme cantidad de ventajas, permeando de esta manera todos los ámbitos de la cotidianidad de las personas. Así, dependiendo del uso que se le dé, puede convertirse en un instrumento que mejora la calidad de vida de los individuos y crea nuevas formas de contacto entre ellos.

---

37 Instituto Geográfico Agustín Codazzi. *Tan solo el 0,3 por ciento de todo el territorio colombiano corresponde a áreas urbanas:* IGAC. *Op. Cit.*

38 DANE. *Medida de pobreza multidimensional municipal de fuente censal.* [en línea]. 31 de enero de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/medida-de-pobreza-multidimensional-de-fuente-censal

39 *Portafolio*. *Colombia es cada vez más desigual, asegura el Dane.* [en línea]. 12 de julio de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.portafolio.co/economia/colombia-es-cada-vez-mas-desigual-asegura-el-dane-531503

40 Red de Pobreza Multidimensional. ¿Qué es Pobreza Multidimensional?. [en línea]. Sin fecha. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: Disponible en: https://mppn.org/es/pobreza-multidimensional/que-es-el-ipm/

41 *Semana*. *Estos son los departamentos a los que mejor les va en educación*. [en línea]. 03 de noviembre de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.semana.com/educacion/articulo/los-mejores-en-educacion-en-colombia-segun-el-consejo-privado-de-competitividad/604723

42 Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Observaciones al documento condiciones de acceso, uso y remuneración para utilización de infraestructura del sector de energía eléctrica, en el despliegue de redes y/o la prestación de servicios de telecomunicaciones.* [en línea]. 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/OBSERVACIONES%20MEDIA%20COMMERCE%20PARTNERS.%20SAS.pdf

Además, esta red ofrece una oportunidad para la inclusión, presentándose como un escenario del que todas las personas deberían poder hacer parte, pues permite reconocer su diversidad y confluir en un mismo lugar, de una manera que, como lo señala la Internet Society[43], nunca había sido posible. Estos son factores que ciertamente permiten que las personas aumenten sus ingresos y, así, contribuyen a la superación de la pobreza y reducción de la desigualdad.

En un Informe del Secretario General de junio de 2020[44], la Organización de Naciones Unidas señaló que la tecnología digital no existe en un vacío: tiene un gran potencial para producir cambios y también puede reforzar y magnificar las brechas existentes y agudizar las desigualdades económicas y de otro tipo. Para que se dé ese tipo de crecimiento económico en el país y las personas obtengan los beneficios de los que se ha hablado, no basta con la sola adquisición de la infraestructura para que se amplíe la cobertura de internet, sino que adicionalmente debe orientarse esfuerzos en los contenidos y capacitarse a la población en su utilización.

Por otra parte, es claro que debe dejarse de ver el servicio de internet como un lujo, puesto que el mundo ha cambiado y se ha generado la necesidad de la conectividad; por ello, debe responderse a este nuevo panorama para que nadie quede excluido de este nuevo ecosistema digital.

Ahora bien, a una mayor escala, se ha evidenciado cómo internet tiene un impacto positivo en la economía de un país: de acuerdo con el Banco Mundial[45], incrementar en 10 puntos porcentuales la penetración de la banda ancha, puede aumentar el PIB de una economía en desarrollo en un 1,38%; adicionalmente, el Departamento Nacional de Planeación[46] determinó que

---

43 Internet Society. *Internet Accessibility: Internet use by persons with disabilities: Moving Forward*. *Op. cit*.

44 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital. Informe del Secretario General*. *Op. cit*.

45 Banco Mundial. *Exploring the Relationship Between Broadband and Economic Growth*. [en línea]. Enero de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://documents.worldbank.org/curated/en/178701467988875888/pdf/102955-WP-Box394845B-PUBLIC-WDR16-BP-Exploring-the-Relationship-between-Broadband-and-Economic-Growth-Minges.pdf

46 Departamento Nacional de Planeación. *Aumentar acceso a internet de calidad de población vulnerable disminuirá el índice de desigualdad de ingresos*. [en línea]. 3 de diciembre de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dnp.gov.co/Paginas/Aumentar-acceso-a-Internet-de-calidad-de-poblacion-vulnerable-disminuira-el-indice-de-desigualdad-de-ingresos.aspx

triplicar la velocidad promedio de conexión a internet, el PIB *per cápita* podría aumentar hasta un 18,4, e incrementar el índice de digitalización en 1%, aumentaría la productividad del país en un 0,23%. En ese sentido, un país sin conexión digital tiene efectos adversos que se hacen particularmente notorios en la contingencia de la Covid-19, donde el medio principal de producción y trabajo ha sido internet como consecuencia de los confinamientos, por ello los países con menor conexión serán los que probablemente van a ver un impacto más perjudicial en su economía.

Para lograr la inclusión de la que se habla, es imprescindible tener en cuenta todos los factores mencionados, pues la brecha de conectividad los refleja y amplifica. En ese sentido, es necesario generar una política inclusiva que tenga presentes los factores mencionados y, en consecuencia, tenga un enfoque diferencial, escuche a las comunidades y tenga en cuenta las particularidades y necesidades de las zonas y poblaciones excluidas, para que cumpla con los objetivos que se propone. La política pública y las medidas que se tomen para lograr este cometido requerirán la realización de estudios periódicos de los proyectos que se implementen, para poder determinar por medio de ello la eficiencia, eficacia e impacto en la utilización de los recursos asignados a los proyectos, determinando un plan de mejora y continuidad (o no) de los mismos.

Una de las estrategias para lograr esto está en que los gobiernos generen marcos legales y regulatorios que fomenten la inversión y la competencia, para así lograr llegar a las poblaciones de escasos recursos con precios más asequibles y poder tener incentivos para llegar a zonas geográficas donde la rentabilidad de los proyectos bajo el esquema actual puede resultar poco favorecedor.

Debe recordarse que, en todo caso, internet es un servicio público por ser un servicio de telecomunicaciones[47] y por ello, aunque su prestación es de titularidad del Estado y se trata de una actividad económica de interés general, los particulares se encuentran facultados para prestarlo cumpliendo una serie de condiciones y ejerciendo el Estado el rol de interventor en el sector de las TIC, principalmente para proteger a los usuarios, promover el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, ampliar la cobertura, y garantizar la libre y leal competencia y el acceso y el servicio

47 Esto de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 y artículo 7 de la Ley 1978 de 2019.

universal. De allí se deriva la importancia de las políticas que este tome en ese sentido, puesto que como en algunos casos la política de libre mercado resulta insuficiente para garantizar la universalidad en la prestación del servicio ya que para los operadores no es rentable hacer estas inversiones, resultan de vital importancia las acciones y recomendaciones que se realicen por parte de las entidades internacionales, regionales y nacionales, dirigidas a lograr conectividad a internet.

4. NORMATIVIDAD COLOMBIANA Y CONECTIVIDAD

La normatividad colombiana del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha venido evolucionando hacia una universalización para la construcción de una sociedad igualitaria, cuyas bases están sentadas en los principios orientadores que reconocen y priorizan a las TIC como un habilitador del desarrollo social y económico del país. El contenido de estas disposiciones se enfoca principalmente en llegar a los más pobres, a las comunidades más vulnerables, al sector rural, y a los prestadores de redes y servicios como proveedores de soluciones individuales o comunitarias de TIC.

La temática que a continuación se abordará responde a la identificación de los elementos establecidos dentro del régimen colombiano hacia la Sociedad de la Información y del Conocimiento y su modernización de reciente expedición, con especial enfoque en la conectividad y los elementos que le dan contenido en orden a su provisión, financiación, y disfrute, para posteriormente analizar si los mismos corresponden con el ideal de la universalización del internet que, como se dijo, es una herramienta que puede contribuir a generar una sociedad más igualitaria.

Se abarcarán las disposiciones en la materia en orden cronológico y se describirá su regulación en un sentido amplio para su comprensión y desarrollo. Así, la Ley de TIC del 2009[48] será la base para este camino hacia la digitalización, norma que será analizada junto a las leyes del Plan de Desarrollo de 2015[49] y 2019[50], la Ley 1978 de 2019 de modernización

---

48 Colombia. Ley 1341 de 30 de julio de 2009. *Diario Oficial* n.º 47.426. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1341_2009.html

49 Colombia. Ley 1753 de 9 de junio de 2015. *Diario Oficial* n.º 49.538. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

50 Colombia. Ley 1955 de 25 de mayo de 2019. *Diario Oficial* n.º 50.964. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html

del sector TIC[51], y el plan de conectividad[52]. En particular, se revisarán los aspectos referidos a conectividad, igualdad, internet, masificación, brecha, inclusión, obligaciones de hacer, apropiación, y acceso - servicio universal y rural.

CONECTIVIDAD

El primer principio orientador de la Ley del 2009 es la prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Según esta máxima, el Estado y todos los agentes del sector TIC deberán trabajar para lograr este acceso y uso a las TIC para la conectividad, producción de bienes y servicios, educación, generación de contenidos y competitividad, en condiciones no discriminatorias.

Por otra parte, dentro de las funciones del MinTIC se consagró la de procurar ofrecer una moderna infraestructura de conectividad y de comunicaciones en apoyo para los centros de producción de pensamiento, así como el acompañamiento de expertos en la utilización de las TIC, capaces de dirigir y orientar su aplicación de manera estratégica[53].

Así mismo, se destacó la conectividad como estrategia para la masificación del uso de las TIC y cierre de la brecha digital, para lo cual el Ministerio debe implementar sistemas que lleguen a las regiones más apartadas del país y motiven a todos los ciudadanos a hacer uso de las TIC[54].

Además, respecto a la Telesalud, esta norma dispuso que el Ministerio tiene la obligación de apoyar y destinar recursos para su desarrollo, con recursos del Fondo de las TIC, llevando la conectividad a los territorios apartados de Colombia.

En la Ley de modernización del sector (Ley 1978 de 2019) se hizo especial énfasis en el primer principio orientador del sector TIC, al dar un mayor alcance a la prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que ya se había establecido 10 años atrás, al estipular que tanto el Estado como todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones debían colaborar, dentro del marco de

---

51 Colombia. Ley 1978 de 25 de julio de 2019. *Diario Oficial* n.º 51.025. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1978_2019.html

52 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. *Op. cit*.

53 Artículo 18 numeral 16 de la Ley 1341 de 2009.

54 Artículo 38 de la Ley 1341 de 2009.

sus obligaciones, en la búsqueda de este acceso y uso de las TIC en las mismas actividades ya establecidas, con un mandato adicional y de gran impacto: determinar que el Estado debía promover prioritariamente el acceso a las TIC para la población pobre y vulnerable en las zonas rurales y apartadas del país[55].

IGUALDAD

La igualdad de oportunidades en el acceso eficiente a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene como fin principal servir al interés general; para lograrla, es deber del Estado construir una política pública destinada a todos los habitantes del territorio nacional[56].

La igualdad también está como presupuesto en un modelo de gestión de la libre competencia, pues el Estado debe propiciarla, e incentivar la inversión no solo actual sino también futura en el sector de las TIC, para permitir la concurrencia al mercado, respetando el régimen de competencia, en condiciones de igualdad y no discriminatorias. Esto busca repercutir positivamente al aumentar la competitividad e incrementar las probabilidades de participación de los proveedores de redes y servicios de internet y llevar así a una reducción de precios y mejora de la calidad del servicio. Por lo tanto, el Estado no podrá fijar condiciones diferentes ni privilegios a unos competidores propiciando esta sana competencia[57-58].

El Plan de TIC 2018-2022 consagró que "Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) son un habilitador del desarrollo social

---

55 Como nota adicional sobre la importancia de la conectividad, se resalta que en el organigrama del MinTIC existen dos viceministerios, dentro de los cuales está el Viceministerio de la Conectividad y Digitalización, cuya principal función está encaminada a "orientar el desarrollo de las políticas, planes y programas tendientes a incrementar y facilitar el acceso de todos los habitantes del territorio nacional, a las Tecnologías de las Comunicaciones y a sus beneficios".

56 Artículo 2 de la Ley 1341 de 2009.

57 *Ibíd.*

58 La promoción de la inversión es indispensable para incentivar la participación de los proveedores de internet; para lograrla debe mantenerse la igualdad de oportunidades para acceder a uno de los principales recursos como el espectro radioeléctrico –entendido su potencial como facilitador del desarrollo social y económico– y la igualdad en la contraprestación que pagan los operadores que alimenta el Fondo Único de las TIC. Estas características se convierten en presupuesto para lograr un mercado en competencia cuya participación de los actores se traduce en la prestación de servicios cuya principal finalidad es promover la inclusión digital para la maximización del bienestar social.

y económico, con impactos positivos en la productividad, la innovación y el acceso a la información. Esto se traduce en crecimiento económico de largo plazo, reducción de la desigualdad y, por ende, mejoras en la calidad de vida". En particular, hizo especial mención sobre la reducción de la pobreza y la desigualdad con un alto componente regional, asimismo, resaltó la necesidad de disminuir la desigualdad de género[59].

INTERNET

Tanto en la Ley de 2009 como la del 2019 se estableció el acceso a internet como el instrumento principal para el ejercicio de los derechos a la comunicación, información y educación, y se incluyó esta red dentro de los servicios básicos de las TIC. De esta manera, hoy el acceso, uso y apropiación de internet se constituye como una condición para lograr la igualdad en el ejercicio pleno de los derechos, y por eso el Estado tiene el deber de intervenir estableciendo programas que busquen ampliar la demanda y a la oferta de la red y estén principalmente dirigidos a la población con condiciones socioeconómicas menos favorecidas y la población rural.

El reciente cambio normativo consagró una distinción positiva frente al uso de plataformas de comunicación a favor de población pobre y vulnerable, población de 45 años en adelante, que no tenga ingresos fijos, y reiteró el enfoque hacia la población rural. Además, la promoción de servicios TIC comunitarios se estableció como un concepto novedoso que permitirá la contribución desde la ciudadanía y las comunidades para un efectivo logro del cierre de la brecha digital.

Sin embargo, el ecosistema digital, compuesto por infraestructura, servicios, aplicaciones y usuarios aún tiene barreras que deben ser superadas para dar paso a los usos innovadores, a la promoción de contenidos de interés público y a una educación integral. Orientar recursos para proporcionar estas facilidades a las comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales y rrom sin afectar su libre desarrollo[60] es un reto que debe ser superado en aras de lograr la inclusión en el acceso y apropiación que se busca.

---

59 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. *Op. cit*.

60 Artículo 2 numeral 7 Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 3 de la Ley 1978 de 2019.

Otro desafío que se configura en este punto es la necesidad de la coordinar las políticas públicas tendientes a eliminar tanto la brecha de conectividad, como todos los factores que se han venido mencionando desde la primera parte de este escrito; así, es pertinente no solo buscar estos objetivos al interior del MinTIC, sino también desde –por ejemplo– el Ministerio de Educación Nacional y el plan de educación y los planes sectoriales, lo cual incluye trabajar en objetivos conjuntos, eficiencia y concatenación de las acciones.

La Ley 1978 de 2019[61] se refirió a seis puntos que logran cubrir diferentes temáticas que tienen toda la importancia hoy en la emergencia económica, social y ecológica, en detalle, fomentar el emprendimiento en TIC con alto contenido en innovación, poner en marcha un Sistema Nacional de alfabetización digital, capacitar en TIC a docentes de todos los niveles, incluir la cátedra de TIC en todo el sistema educativo (desde la infancia), desarrollar e implementar la política pública para la prevención y la protección de niñas, niños y adolescentes frente a los delitos realizados a través de medios digitales, informáticos y electrónicos y, por último, contribuir al mejoramiento de la calidad educativa mediante la financiación de proyectos que promuevan el acceso, uso y apropiación de las tecnologías de la información y las comunicaciones por parte de estudiantes y docentes en sedes educativas de carácter oficial.

Al continuar con el internet y su provisión y la promoción de su masificación en todo el territorio nacional, se resalta la alternativa que tienen los operadores del servicio de televisión comunitaria de ser prestadores de esta red. Esta posibilidad la trajo inicialmente la Ley 1753 de 2015; sin embargo, la Ley 1978 de 2019 creó dos incentivos al exceptuarlos por un periodo de cinco años del pago de la contraprestación al Fondo Único de TIC y la contribución para la CRC; no obstante, estos operadores estarán sujetos al deber de presentar declaraciones informativas durante el periodo de exención del pago de la contraprestación periódica única.

MASIFICACIÓN

La masificación, como el equivalente a llegar a todos, es un término que tiene un alcance de gran importancia para lograr los objetivos propuestos

---

61 Artículo 25 de la Ley 1978 de 2019 que modificó el artículo 39 de la Ley 1341 de 2009.

de cobertura y universalidad. Su desarrollo normativo se despliega, desde el inicio hasta el final, en torno a los principios orientadores y, en particular, con la masificación del gobierno en línea, cuyo objetivo responde a la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, por parte de las entidades públicas, con el deber por parte del Estado de instalar la infraestructura necesaria y mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos, estrategia que desde el año 2018 cambió su denominación a Política de Gobierno Digital[62].

En este punto, la intervención del Estado en el sector de las TIC se debe traducir en la promoción del desarrollo de contenidos y aplicaciones, en la masificación del gobierno digital ya mencionado, y en garantizar el despliegue y uso de la infraestructura para lograr la expansión y cobertura requerida sobre todo en zonas de difícil acceso para hacer efectiva la inclusión digital.

Además, es tarea del Ministerio generar programas y proyectos que favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías, como instrumentos para lograr el bienestar y desarrollo personal, social y económico y, en ese sentido, es prioritario para el MinTIC promover el establecimiento de una cultura de las TIC en todo el país[63]. Por esta razón, el Fondo Único de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (FUTIC) deberá establecer planes, programas y proyectos y financiarlos para promover la universalidad y masificación de las TIC, con políticas y recursos orientados principalmente para poblaciones relegadas como consecuencia de los factores expuestos en la primera parte.

La Ley 1341 de 2009 expresamente consagró la masificación del uso de las TIC con el principal objetivo de cerrar la brecha digital. Por ende, el MinTIC debe ejercer una labor permanente de revisión, estudio e implementación de estrategias para la masificación de la conectividad. Para ello, debe generar medidas que permitan que lleguen las TIC a todas las regiones más apartadas y motivar su uso por todos. En especial, las autoridades territoriales tienen el deber de implementar mecanismos para gestionar recursos a nivel nacional e internacional, para apoyar en sus jurisdicciones la masificación de las TIC[64-65].

---

62 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. Decreto 1008 de 14 de junio de 2018. [en línea]. 14 de junio de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-74903_documento.pdf

63 Artículo 14 de la Ley 1978 de 2019 que modificó al artículo 18 de la Ley 1341 de 2009.

64 Artículo 38 de la Ley 1341 de 2009.

65 Es preciso anotar que la Ley 1450 de 2011 que corresponde al Plan Nacional de Desarrollo

Por su parte, la Ley de modernización del 2019 que creó el Fondo Único de TIC (FUTIC)[66] –el cual integró al FONTIC y al FONTV–, estableció que este debe financiar los planes, programas y proyectos para facilitar prioritariamente el acceso universal y el servicio universal de todos los habitantes del territorio nacional a las TIC, garantizar la apropiación social y productiva de las TIC, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público y cultural, y el fortalecimiento de la televisión pública, sumado al apoyo que debe brindar a las actividades del MinTIC y la ANE.

Además, se atribuyó a este Fondo el propósito de masificar la provisión de trámites y servicios del Estado que permitan implementar las políticas de Gobierno Digital y de Transformación Digital Pública. Este es un concepto que recientemente fue desarrollado por la Ley 1955 de 2019, ley del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"[67]. Esta estipuló que las entidades estatales del orden nacional deberán incorporar en sus respectivos planes de acción el componente de transformación digital siguiendo los estándares que defina el MinTIC[68]. Esto quiere decir que mediante esta estrategia de Gobierno Digital se pretende que los habitantes del país puedan acceder a las entidades públicas y realizar sus trámites en línea. Si bien en principio esta idea es conveniente, debe ir acompañada de un fuerte trabajo de reducción de la brecha de conectivi-

---

"Prosperidad para todos", consagró en el artículo 58 sobre "Internet Social" el Parágrafo 4º que contempló que "El Ministerio de las TIC, promocionará a través del Fondo TIC proyectos de masificación de internet de banda ancha para los usuarios pertenecientes a los estratos socio económicos 1 y 2 sobre las redes de TPBCL, TPBCLE, fijas y móviles."

66 Según la Ley 1978 de 2019, cinco principios de este Fondo son:
"a) Especializar su inversión en la masificación del acceso, uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y cerrar la brecha digital, así como en la promoción de contenidos multiplataformas.
"b) Procurar el uso de mecanismos que le permitan lograr mejores resultados con un mismo valor de inversión y sin incrementar el nivel de riesgo.
"c) Evaluar periódicamente la eficiencia, eficacia e impacto de los planes, programas y proyectos que financie.
"d) Generar incentivos para vincular al sector privado y público en general en sus iniciativas de inversión.
"e) Aplicar criterios de factibilidad financiera, social, técnica, económica, jurídica, institucional y de sostenibilidad, para justificar las inversiones en planes, programas y proyectos de su competencia".

67 Artículo 147 de la Ley 1955 de 2019.

68 Desarrollados por el Decreto 620 de 2020 en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado a causa del Covid-19.

dad pues, en caso contrario, podría aumentar los niveles de desigualdad al excluir a gran parte de la población del acceso a la administración pública mediante internet.

Por otra parte, la masificación del acceso a internet en todo el territorio, presupuesto para el desarrollo social y económico, se ve beneficiado por la excepción en el pago de la contraprestación periódica que se paga al Fondo Único, que se da para los operadores de televisión comunitaria –ya mencionados previamente–. Así pues, la Ley 1978 de 2019 incluyó esta medida de alivio y fomento para estos operadores, beneficio que la ley del plan nacional de desarrollo anterior ya había incluido en la política de participación como una manera de llegar a las regiones con los servicios de televisión e internet, principalmente, según la Ley 1753 de 2015[69].

En este punto es necesario reiterar la importancia del acceso a los recursos escasos –principalmente al ERE– para la maximización del bienestar social y la inclusión digital: ante la realidad de múltiples interesados por una banda. Por lo tanto, es necesario iniciar procesos de selección objetiva que tengan criterios de escogencia como la ampliación de la cobertura, la calidad en la prestación y la masificación del acceso a las TIC[70].

BRECHA

La política pública en materia de TIC desde el año 2009 se encaminó hacia el cierre de la brecha digital, por conducto de la masificación de aquellas. En esta línea, el MinTIC ha hecho esfuerzos orientados a canalizar recursos para llegar a todas las regiones más apartadas del país, llevando conectividad y generando programas de apropiación para motivar a toda la ciudadanía para hacer uso de las TIC. El cierre de la brecha digital inicia por la promoción de los recursos para que todos los habitantes del territorio nacional gocen de libre acceso, sin discriminación a la Sociedad de la Información.

Para lograr el impacto buscado, las políticas públicas que rigen el sector de las TIC requieren voluntad del gobierno central y de las autoridades territoriales para implementar los mecanismos necesarios para gestionar recursos a nivel nacional e internacional y para apoyar la masificación de estas tecnologías en sus jurisdicciones, pues el Fondo de TIC no puede constituirse

---

69 Artículo 23 de la Ley 1978 de 2019.
70 Artículo 29 de la Ley 1978 de 2019.

en la única fuente de recursos para financiar estas políticas de universalidad, aunque estén dentro de sus funciones su promoción.

La ley de modernización de 2019 contempló dentro de los principios orientadores y en relación con los derechos fundamentales, una serie de medidas concretas hacia segmentos de la población particulares, como población pobre y vulnerable, población de 45 años en adelante, personas que no tengan ingresos fijos, población rural, comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales y Rrom, para facilitarles el acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de internet, y la promoción de servicios TIC comunitarios, que contribuyan al cierre de la brecha digital, de tal forma que se promueva la remoción de barreras a los usos innovadores y los contenidos de interés público.

Además, esta norma generó incentivos a los agentes del sector TIC, simplificó y modernizó el marco institucional que lo rige, y por objeto principal focalizar inversiones para el cierre efectivo y real de la brecha digital. De esta manera, generó un espacio de promoción de la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos dirigidos esencialmente al despliegue de redes y asociados al acceso y servicio universal a las TIC.

Del análisis de la Ley de 2019 se resalta como una de las principales nociones hacia el cierre de la brecha el concepto de maximización del bienestar social, que, de conformidad con el artículo 8, parágrafo 3, de la Ley 1978 de 2019, indicó que "se entiende como maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios. Lo anterior, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la UIT[71]. En cualquier caso, la determinación de la maximización del bienestar social en el acceso y uso del espectro radioeléctrico estará sujeta a valoración económica previa".

Con fundamento en criterios de fomento a la inversión, la maximización del bienestar social, el cierre de la brecha digital, y los planes de expansión y cobertura, se determina la contraprestación económica por la utilización del espectro radioeléctrico. Los proveedores de redes y servicios de tele-

71 UIT: Unión Internacional de las Telecomunicaciones.

comunicaciones, así como los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida que se acojan al régimen de habilitación general, cancelarán este concepto a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que será fijado por el MinTIC[72].

De esta manera, se resalta dentro de los objetivos del MinTIC el de diseñar, formular, adoptar y promover las políticas, planes, programas y proyectos del sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en correspondencia con la Constitución Política y la ley, con el fin de promover la inversión y el cierre de la brecha digital, contribuir al desarrollo económico, social y político de la Nación, y elevar el bienestar de los colombianos[73]. De estas metas, se destacan la promoción de la inversión y el cierre de la brecha digital, pues son lineamientos que la ley del 2009 no incluía expresamente.

Como una novedad que trajo el cambio normativo, se encuentran los principios que orientarán al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que, como se dijo, insisten en la masificación del acceso, uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el cierre de la brecha digital.

En este punto, se destaca que el FUTIC principalmente se alimenta de la contraprestación[74] que cancelan los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST) determinada por el MinTIC, que incluye el plan de inversiones del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y el estado del cierre de la brecha digital del país, aspecto que debe estar soportado en estudios de mercado[75]. En este aspecto particular sobre la financiación de los proyectos, la OCDE ha

---

72 Artículo 10 de la Ley 1978 de 2019. Se consagraron otros aspectos adicionales para determinar el costo del uso del ERE: ancho de banda asignado, número de usuarios potenciales, disponibilidad del servicio, planes de expansión y cobertura, demanda por el espectro y su disponibilidad y cualquier otro parámetro técnico que sirva como indicador del valor que debe recibir el Estado por la utilización de este recurso.

73 Artículo 13 de la Ley 1978 de 2019 que modificó el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 1341 de 2009.

74 Contraprestación a favor del Fondo Único de TIC, según el parágrafo del artículo 23 de la Ley 1978 de 2019.

75 El valor de la contraprestación periódica única se revisará cada 4 años. Este no podrá ser superior a la actual que corresponde al 2,2% sobre ingresos brutos, aspecto que la ley consagró como incentivo para los PRST, que consideran que este pago debe ir hacia la baja y sobre el cual aspiran que sea reducido aproximadamente en un punto.

considerado que el Fondo debe empezar a financiarse de forma progresiva con ingresos públicos generales, pues afirman que las cargas fiscales del sector pueden impedir su desarrollo y llegar a anular efectos positivos de este[76].

El Plan TIC 2018-2022 consagró una línea sobre Ciudadanos y hogares empoderados del entorno digital, que en particular incluyó una meta sobre uso y apropiación de las TIC, cuyo principal objetivo se centra en cerrar las brechas que desde el uso y apropiación de las TIC tiene la población, para lo cual se afianzarán iniciativas como "ciudadanía digital". En cuanto a la brecha de género, el Plan reconoció que las TIC constituyen una herramienta clave para un mayor empoderamiento de las mujeres. Lo anterior, porque trae mayor participación ciudadana, sube el nivel educativo, mayor relacionamiento, y un mayor acceso al mercado laboral[77].

INCLUSIÓN

Los principios orientadores como guía de la política pública hacia la Sociedad del Conocimiento tienen como propósito que las TIC sirvan al interés general; por lo tanto, la responsabilidad del Estado es promover un acceso y uso eficiente a todos los habitantes, en igualdad de oportunidades, sembrando las bases para una verdadera inclusión social.

De esta manera, las actividades relacionadas con el desarrollo de las TIC, como la investigación, el fomento y su promoción, de acuerdo con la ley del año 2009, hacen parte de la política de Estado que agrupa a todos los sectores de la sociedad y a toda la administración pública.

---

76 OCDE. *Estudio de la OCDE sobre las telecomunicaciones en Colombia*. [en línea]. Abril de 2014. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page7

77 El Plan contempló una iniciativa sobre: "Por TIC Mujer. El objetivo de esta iniciativa es empoderar a las organizaciones o redes de mujeres de diferentes regiones del país, en el uso y apropiación de las TIC, promoviendo emprendimientos y entornos digitales de prevención. b. Hackers Girls. Con el ánimo de reducir las barreras estructurales que dificultan la participación de la mujer en los ámbitos de la ciberseguridad, promover espacios de educación, oportunidad laboral y emprendimiento basado en mejores prácticas de alta calidad, ética y equidad de género, se realizó la firma protocolaria del "Pacto HackerGirl" con el apoyo de diferentes agentes de cambio de los sectores privado, público y académico".

Esta política de Estado se gestó para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político, para materializar el respeto a los derechos humanos inherentes, para promover la productividad y la competitividad y, de esta manera, llegar a una verdadera y permanente inclusión social.

Así, la Ley TIC (Ley 1341 de 2009) trajo las herramientas para lograr la universalidad del acceso a las TIC, cuya penetración, cobertura y continuidad en la prestación, sumado a la apropiación por la comunidad, son las bases para incorporar a todos los habitantes en el ecosistema digital.

Teniendo en cuenta la necesidad imperiosa de proveer recursos para llevar a la población el acceso y uso de las TIC y que estas impacten el sector productivo, la Ley de modernización de 2019 robusteció el principio de promoción de la inversión, que en su contenido inicial del 2009 estipulaba que todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones debían tener igualdad de oportunidades para acceder al uso del ERE y que debían contribuir al FONTIC. El reciente cambio normativo, además de contemplar lo dicho, resaltó que la asignación del ERE debe procurar la maximización del bienestar social y la certidumbre de las condiciones de la inversión, siendo este uno de los principales aspectos que trajo esta ley y que se establece como base para promover la inclusión digital.

Así, es compromiso del Estado asegurar recursos para alimentar el FUTIC para garantizar de esta manera la universalidad de las TIC, el acceso y servicio universal, el uso de las TIC, el desarrollo de la radiodifusión sonora pública, y la televisión pública. Asimismo, debe encaminar los recursos hacia la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público, y la apropiación tecnológica.

Esta política de Estado, además de establecer la fuente de recursos para llevar estas acciones a cabo, debe preservar la cultura y la identidad nacional y regional, así como desarrollar contenidos y aplicaciones con enfoque social, con un objetivo particular de aprovechamiento de las TIC con enfoque productivo para el sector rural.

Sumado a lo anterior, el nuevo principio orientador sobre promoción de los contenidos multiplataforma (TDT e internet) de interés público viene a complementar esta política, pues lleva al Estado a tomar acciones para garantizar la promoción de los mismos a nivel nacional y regional.

Por su parte, el Plan de TIC 2018-2022 introdujo un eje sobre la inclusión social digital, que estableció el programa para masificar la última milla (ser-

vicio universal), con la meta de reducir el déficit de redes de última milla en todo el país y aumentar la penetraión al servicio de internet, principalmente en los estratos 1 y 2[78].

Este plan tiene previsto generar inclusión social digital, en beneficio de los pueblos indígenas las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el pueblo Rrom, y comunidades rurales en zonas apartadas a través de la articulación con el ecosistema TIC[79].

OBLIGACIONES DE HACER

La normativa estableció que la contraprestación por otorgamiento o renovación para el uso del ERE podrá pagarse parcialmente, hasta un 60% del monto total, mediante la ejecución de obligaciones de hacer, lo cual requerirá autorización del MinTIC. El objetivo de esta medida es ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio, beneficiar a población pobre y vulnerable, llevar el servicio a zonas apartadas, a escuelas públicas ubicadas en zonas rurales y centros de salud y bibliotecas públicas.

La Ley del Plan Nacional de Desarrollo del periodo 2014-2018, Ley 1753 de 2015, incluyó esta posibilidad para el pago del uso del ERE; luego, la Ley 1955 de 2019, Ley del PND 2018-2022, alineada con la campaña del gobierno nacional para la eliminación de barreras para el despliegue de infraestructura, incorporó un incentivo para que los entes territoriales suprimieran o modificaran las normas de ordenamiento territorial, incluyéndolos en una lista de posibles destinatarios de proyectos de expansión de los servicios de telecomunicaciones y, finalmente, la Ley 1978 del 2019 incluyó el tope hasta del 60% para realizar el pago del ERE con esta modalidad[80]. El MinTIC

---

78 Para mayor ilustración: "Consiste principalmente en cinco proyectos, segmentados en dos grupos: (i) incentivos a la oferta e (ii) incentivos a la demanda. Los primeros están encaminados a reducir el déficit de infraestructura de última milla y los segundos a suplir los retos de asequibilidad, focalizado en hogares estrato 1 y 2 ubicados en barrios donde existe la oferta de redes". Fuente Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. *Op. cit*.

79 En particular: "Esta estrategia busca promover valores cívicos, reconocer las diversas identidades étnicas y culturales, la equidad de género, la inclusión política y social, la integración nacional, el fortalecimiento de la democracia y el acceso al conocimiento, en especial a través de la radiodifusión sonora pública, la televisión pública y la generación de contenidos multiplataforma". Fuente: *Ibíd*.

80 Artículo 309 de la Ley 1955 de 2019. La CRC será quien constate que las barreras ya fueron

podrá imponer obligaciones de hacer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, como mecanismo para la ampliación de cobertura de servicios de telecomunicaciones.

En el marco de la emergencia económica, social y ecológica causada a raíz de la Covid-19, fue expedido el Decreto 825 del 8 de junio de 2020[81], que desarrolló más este tema para acelerar su cumplimiento, dada la coyuntura que así lo demandaba. Su principal objetivo responde a llevar mayor infraestructura para brindar cobertura a servicios de telecomunicaciones en las zonas rurales más alejadas del país.

ACCESO Y SERVICIO UNIVERSAL

Desde la Ley 1341 de 2009, la universalidad se encuentra en el centro de esta política de Estado, al incluir el acceso y servicio universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como el fin principal de la intervención del Estado en las TIC, promoviendo el acceso a las mismas y estableciendo como fin último el servicio universal[82].

Dentro del propósito del FONTIC estaba financiar los planes, programas y proyectos para lograr el acceso universal prioritariamente y el servicio universal cuando haya lugar a ello, objetivo dirigido a todos los habitantes del territorio nacional.

La Ley 1955 de 2019 en su artículo 310 sobre la Expansión de las Telecomunicaciones modificó el artículo 194 de la Ley 1753 de 2015 y centralizó varias medidas que tienen el propósito de promover el acceso y el servicio universal a las TIC, así como el desarrollo de la Televisión Digital Terrestre - TDT y Direct to Home - DTH para que estas lleguen a todo el territorio nacional.

De esta manera, las medidas se orientaron a siete puntos primordiales, así:

1. El MinTIC priorizará las iniciativas de acceso público a internet, en beneficio de la población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas;

---

levantadas.

81 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Decreto 825 del 8 de junio de 2020*. [en línea]. 8 de junio de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-145259_decreto_825_8_junio_2020.pdf

82 Artículo 4 de la Ley 1341 de 2009.

2. El MinTIC podrá adelantar iniciativas de masificación del acceso a internet con participación del sector privado, mediante cualquiera de los mecanismos de contratación dispuestos en las normas vigentes;

3. El MinTIC y la ANTV, o quien haga sus veces, promoverán, respectivamente, que las entidades públicas e instituciones educativas del orden nacional y territorial financien sus necesidades de conectividad a internet, TDT y DTH, sin perjuicio de la cooperación para el desarrollo de proyectos orientados a la satisfacción de necesidades de acceso y uso de internet y acceso a TDT y DTH de la población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas;

4. El MinTIC, para la implementación de las iniciativas de acceso público a internet, podrá impulsar estrategias que fomenten el uso de tecnologías costo- eficientes bajo condiciones regulatorias especiales que sean definidas para el efecto por el regulador y mecanismos que optimicen la inversión en capacidad satelital u otras alternativas;

5. El MinTIC implementará iniciativas de estímulo a la oferta y a la demanda de servicios de telecomunicaciones en beneficio de la población pobre y vulnerable, incluyendo el fomento al despliegue de redes de acceso y expansión de cobertura, así como subsidios o subvenciones para la prestación de los servicios o el suministro de terminales, entre otros;

6. El Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – FONTIC, o quien haga sus veces, podrá promover la prestación del servicio de internet a través de los operadores de televisión comunitaria, previa inscripción e incorporación de éstos en el registro TIC. Para el efecto, podrá suscribir convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, en los términos de los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998;

7. El MinTIC podrá establecer obligaciones de hacer como forma de pago de la contraprestación económica por el otorgamiento o renovación de los permisos de uso del espectro radioeléctrico, para ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio, que beneficie a población pobre y vulnerable, o en zonas apartadas, en escuelas públicas ubicadas en zonas rurales y otras instituciones oficiales como centros de salud, bibliotecas públicas e instituciones educativas, así como prestar redes de emergencias. Las inversiones a reconocer serán determinadas por el MinTIC de acuerdo con la reglamentación que expida al respecto.

Luego, la Ley 1978 de 2019 reiteró e incorporó dentro de las funciones del FUTIC la financiación de planes, programas y proyectos para promover prioritariamente el acceso universal a las TIC comunitarios en zonas rurales y urbanas, dando prelación a la población pobre y vulnerable. En este punto,

se resaltan los servicios TIC comunitarios como un concepto novedoso frente a las categorías incluidas en la norma del 2009, cuyo contenido y alcance está en proceso de construcción.

El servicio universal también fue incorporado en la Ley de modernización que, asociado a su financiación a través de planes, programas y proyectos para su promoción, incluyó incentivos a la oferta, es decir, apoyo a los PRST para su concurrencia, extensión de redes y operación, y a la demanda, esto es, a los destinatarios que se encuentren en condiciones especiales, en particular población pobre, vulnerable, ubicada en zonas rurales y aquellos que se encuentran en zonas geográficas aisladas.

Dentro de los principios orientadores, puntualmente en el de fomento a la inversión, se incluyó un mandato expreso para asegurar los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para garantizar el acceso y servicio universal y el uso de las Tecnologías de la Información.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley de modernización, que modificó el artículo 11 de la Ley 1341 de 2009 sobre el acceso al uso del ERE, en el parágrafo tercero incorporó la definición sobre maximización del bienestar social ya mencionada, de la cual se destacan criterios como el acceso y uso del espectro, principalmente, la reducción de la brecha digital, el acceso universal, la ampliación de la cobertura, el despliegue y uso de las redes e infraestructuras y la mejora en la calidad de la prestación de los servicios a los usuarios[83]. Aunque la ley no define como tal el acceso universal, es preciso señalar que este término hace referencia a "la facilidad que tiene la población de acceder a servicios de telecomunicaciones a una distancia aceptable con respecto a los hogares. El significado de distancia aceptable dependerá de los medios de transporte disponibles al usuario para acceder al servicio telefónico"[84] y "la provisión de soluciones individuales o comunitarias de TIC. Las condiciones de implementación dependerán del contexto de cada país"[85].

---

83 En este punto, la ley del 2019 hace un llamado a tener en cuenta las mejores prácticas internacionales y las recomendaciones de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT).

84 Presidencia de Colombia. Decreto 899 de 1999. [en línea]. 24 de mayo de 1999. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1186841

85 Departamento Nacional de Planeación. CONPES 3670 de 2010. [en línea]. 28 de junio de 2010.

Aunado a lo anterior, la Ley 1978 de 2019 estableció la posibilidad de crear cargas u obligaciones diferenciales en zonas de servicio universal, en manos del MinTIC, aspecto que debe ser evaluado por este y por la CRC en el desarrollo de cualquier proyecto normativo, según sus competencias. Este incentivo puede estar orientado hacia operadores que hayan extendido sus servicios o redes a zonas no cubiertas o para aquellos que prestan los servicios con total cobertura[86].

El Plan de TIC 2018- 2022 incluyó una meta que consiste en desarrollar y ejecutar proyectos que permitan masificar el acceso y servicio universal a los servicios de telecomunicaciones, sujeto a la disponibilidad presupuestal del Fondo Único de TIC, como ya se ha mencionado[87].

En el 2019, se expidió un documento CONPES 3968 sobre la "Declaración de Importancia Estratégica del Proyecto de Desarrollo, Masificación y Acceso a Internet Nacional, a través de la Fase II de la Iniciativa de Incentivos a la demanda de Acceso a Internet", cuyo objetivo se centró en promover la asequibilidad del servicio de Internet fijo para hogares de escasos recursos, a través de incentivos a la demanda por un plazo de 36 meses con el fin de desarrollar hábitos y competencias en el uso de las TIC.

En el 2020, se expidió el CONPES 4001, aprobado en sesión virtual sobre la "Declaratoria de Importancia Estratégica del Proyecto Nacional de Acceso Universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en zonas rurales o apartadas del país", para llevar conectividad a las zonas que el mercado no ha atendido con el objetivo de disminuir la brecha digital y materializar la inclusión social digital[88].

Por último, el MinTIC recientemente expidió la Resolución 1272 de 2020[89] que definió el acceso universal y el servicio universal, que se transcribe a continuación:

[Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/arquitecturati/630/articles-9029_documento.pdf

86 Artículo 31 de la Ley 1978 de 2019.

87 El FUTIC se alimenta entre otras fuentes por concepto de la contraprestación económica que pagan los PRST sobre los ingresos brutos por la provisión de redes y servicios, por el uso del espectro radioeléctrico y por la contraprestación periódica a cargo de los operadores postales.

88 CONPES 4001 del 5 de agosto de 2020. Las medidas tienen como objetivo instalar prioritariamente acceso público a internet en los centros educativos rurales.

89 Resolución 1272 del 17 de julio de 2020. Modificó la Resolución 202 de 2010. Fuente: https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/resolucion_mintic_1272_2020.htm

> – Acceso universal: Disponibilidad de servicios de tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de acceso público o comunitario, para los usuarios ubicados en las zonas del territorio nacional que determine el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
>
> – Servicio universal: Disponibilidad de un conjunto mínimo de servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, económicamente asequible, para todos los usuarios del territorio nacional.

Su justificación está dada en guiar la intervención del MinTIC y las inversiones del Fondo Único de TIC, según lo dispuesto en la Ley 1978 de 2019, y en la necesidad de expedir un glosario acorde a los postulados de la UIT.

APROPIACIÓN

Como la acción de adueñarse de algo, este término en el entorno digital tiene gran importancia en la construcción del ecosistema digital, concebido como la suma de elementos cuyo engranaje armónico de infraestructura, servicios, aplicaciones y usuarios impacta la sociedad, productividad y competitividad.

El acceso a las TIC y el compromiso de un verdadero trabajo en las capacidades de la población para alcanzar la apropiación tecnológica son un presupuesto para lograr la plena inclusión digital[90].

La ley de TIC de 2009 incluyó dentro de las funciones del MinTIC el mandato para promover en el país el establecimiento de una cultura de las TIC, a través de programas y proyectos que favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías, como instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal y social. Así mismo, el FONTIC, tendría la tarea de financiar y establecer planes, programas y proyectos para masificar el uso y apropiación de TIC.

A su vez, la Ley de modernización también incorporó la apropiación tanto en los principios orientadores, como en los instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal, social y económico. De nuevo el Fondo –hoy FUTIC– tiene dentro de sus principales tareas destinar recursos para este fin; en este aparte, el parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 1978

---

90 ASIET. *Las telecomunicaciones, un aliado estratégico para el desarrollo de América Latina*. [en línea]. Febrero de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://asiet.lat/telecom_aliado_estrategico/

estableció unos principios para guiar la función del fondo y sobre los cuales se llama la atención, en especial: "a) Especializar su inversión en la masificación del acceso, uso y apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y cerrar la brecha digital, así como en la promoción de contenidos multiplataformas", ya mencionado.

Dentro de las funciones del Fondo Único de TIC en línea con la apropiación, se resaltan:

> 6. Financiar y establecer planes, programas y proyectos que permitan masificar la apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el fortalecimiento de las habilidades digitales, con prioridad para la población pobre y vulnerable.
>
> 7. Financiar y establecer planes, programas y proyectos para desarrollar contenidos y aplicaciones de interés público, con enfoque social en salud, educación y apropiación productiva para el sector rural.

Así, estas medidas de la política pública se orientan a la población pobre, vulnerable y aquella ubicada en el sector rural.

El Plan de TIC 2018-2022 incluyó un acápite sobre la promoción de la conectividad y digitalización y puntualmente sobre la Capacidad en gestión y diseño de proyectos TIC, y medición y monitoreo de la brecha digital; para ello, consagró la medición de la brecha digital para identificar y reconocer las inequidades que existen en el acceso, uso y apropiación de las TIC, evaluando las principales necesidades regionales.

RURAL

A propósito de los principios orientadores, en particular sobre el Derecho a la comunicación, la información, la educación y los servicios básicos de las TIC, la Ley de TIC estableció medidas para apoyar el sector rural. De esta manera, contempló la responsabilidad del Estado de crear programas para que la población de los estratos menos favorecidos y la población rural tuvieran acceso y uso de las plataformas de comunicación, en especial de internet y contenidos informáticos y de educación integral; aspectos de gran relevancia al enfocar el apoyo hacia el sector rural desde el acceso hasta su apropiación.

Por su parte, la nueva normativa se enfoca con mayor intensidad en lo rural, de tal manera que su mandato se reitera al promover prioritariamente

el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la población pobre y vulnerable, en zonas rurales y apartadas del país[91].

En cuanto a los recursos necesarios para llevar las TIC al sector rural, se aseguró que el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendría que incluir dentro de sus partidas fondos para el aprovechamiento de las TIC con enfoque productivo para el sector rural.

Dentro de este principio se busca motivar a los habitantes de las regiones para que además de ser beneficiarios de esta política pública, sean parte de comunidades organizadas como prestadores de estos servicios. En cuanto a la asignación de las frecuencias del ERE, el MinTIC tiene la potestad de establecer bandas de frecuencias de uso libre de acuerdo con las recomendaciones de la UIT, y puede establecer bandas exentas de pago para programas sociales del Estado que permitan la ampliación de cobertura en zonas rurales.

Ahora bien, el ERE y la contraprestación económica que se genera por su utilización por parte de los PRST, y la posibilidad de su pago hasta en un 60% en obligaciones de hacer (sea por otorgamiento o renovación del permiso) se constituye como fuente de recursos para llevar soluciones TIC al sector rural. Dentro de las obligaciones de hacer que el MinTIC autorizará, están principalmente aquellas encaminadas a llevar acceso a las escuelas públicas ubicadas en zonas rurales, y a ampliar la calidad, capacidad y cobertura del servicio que en general beneficie a población en zonas apartadas, y población pobre y vulnerable.

Expresamente dentro de las funciones del FUTIC se contempló la financiación de planes, programas y proyectos para promover prioritariamente el acceso universal a servicios TIC comunitarios en zonas rurales y urbanas, priorizando la población pobre y vulnerable[92], así como promover el servicio universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante incentivos a la oferta o a la demanda en los segmentos de esa misma población, así como zonas rurales y zonas geográficamente aisladas. También se estipuló la obligación de orientar recursos a financiar y establecer planes, programas y proyectos para desarrollar contenidos y aplicaciones de interés público, con enfoque social en salud, educación y apropiación productiva para el sector rural.

---

91 Artículo 3 de la Ley 1978 de 2019.

92 Artículo 22 de la Ley 1978 de 2019.

Por último, la medida sobre el establecimiento de cargas u obligaciones diferenciales en zonas de servicio universal van orientadas a incentivar el despliegue de infraestructura y la provisión de servicios en zonas rurales o de difícil acceso o en aquellos municipios focalizados por las políticas públicas sociales según la normatividad del sector TIC.

El Plan de TIC 2018-2022 resaltó que el nuevo régimen mejoró las condiciones de este recurso para las nuevas asignaciones del ERE e incentiva el despliegue de infraestructura en las zonas rurales. De esta manera, hizo énfasis en el objetivo de esta política pública "El Futuro Digital es de Todos", en especial sobre el cierre acelerado de la brecha digital y la preparación para la Cuarta Revolución Industrial[93].

CONSIDERACIONES FINALES

Por último, los términos referidos como conectividad, igualdad, internet, masificación, brecha, inclusión, obligaciones de hacer, apropiación, acceso - servicio universal y rural, determinantes dentro de la política de Estado hacia la Sociedad de la información y hacia la transformación digital han tenido un gran desarrollo y su implementación ha sido de gran valor para nuestra sociedad; sin embargo, los avances no son suficientes, pues en Colombia casi la mitad de habitantes no acceden a internet, y en su mayoría lo hacen a través de redes de 2G y 3G. Por lo tanto, es necesario reconocer que la brecha digital existe entre géneros, entre regiones, entre lo rural y lo urbano y que es deber de todos apoyar su cierre.

Como se afirma en un estudio de ASIET[94], "cerrar la brecha digital es un imperativo económico, pero fundamentalmente ético. Ello pasa por seguir avanzando en la expansión y la cobertura de los servicios, pero también por mecanismos públicos que permitan apoyar a las familias de menores recursos.

---

93 Para mayor ilustración: "Así, la universalización del servicio de Internet en Colombia enfrenta también notables desafíos territoriales. De acuerdo con la última encuesta de calidad de vida (DANE. *¿Cuántos somos?* [en línea]. 30 de agosto de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://sitios.dane.gov.co/cnpv/#!/), al cierre de 2018, la penetración promedio de Internet fijo por hogares en Colombia alcanzaba 40,5 %, con grandes asimetrías entre la población urbana y rural (50,8 % en cabecera, y 4,3 % en centros poblados y rural disperso)." Fuente: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. *Op. cit*.

94 ASIET, *Op. cit*.

Lograr el cierre de la brecha digital en los próximos 10 años debe ser una prioridad para América Latina. Es tarea de todos".

5. CATEGORÍA JURÍDICA DEL INTERNET EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta que el Derecho es un campo que está en permanente construcción y evolución dada su vocación de responder a los cambios y necesidades de la sociedad, cabe preguntarse si la categoría jurídica actual del acceso a internet como servicio público de telecomunicaciones en Colombia es la adecuada. Esta pregunta es relevante habida cuenta de todo el potencial de esta red y de las profundas consecuencias que tiene su ausencia en la generación de desigualdad, máxime en momentos cuando cobra especial relevancia la conectividad, y su configuración como una de las formas más comunes e importantes de comunicación, trabajo, educación, salud e información en el presente y futuro próximo.

En un plano internacional, la Organización de Naciones Unidas[95] indicó que internet es una herramienta que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto[96] y que toda persona tiene igual derecho a acceder y utilizar esta red de forma segura y libre[97], y ha señalado que debe realizarse un proceso, con un enfoque basado en los derechos humanos, tendiente a cerrar todas las formas de brecha digital. Además, indicó que los derechos de las personas también deben estar protegidos en esta red, afirmando que es una fuerza impulsora para lograr el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y exhortó a todos los Estados a fomentar la alfabetización digital y a facilitar el acceso a la información en internet,

---

95 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue.* [en línea]. 16 de mayo de 2011. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1

96 Hay quienes aseguran que esta Organización ha elevado a la categoría de derecho humano el acceso a Internet. Fuente: Miranda Bonilla, Haideer. *El acceso a internet como derecho fundamental.* Revista Jurídica IUS Doctrina. n.° 15, 2016. [en línea]. 16 de noviembre de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISSN-1659-3707. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwihj929lozqAhUJTt8KHZiKBooQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucr.ac.cr%2Findex.php%2Fiusdoctrina%2Farticle%2Fdownload%2F27476%2F27648&usg=AOvVaw1uqheXtkAZcMmBKErx_Wi5

97 Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas. *Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet.* [en línea]. Enero de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf

como herramienta para la promoción de la educación, del empoderamiento de las mujeres y las niñas y de sistemas accesibles para las personas con una condición de discapacidad[98].

Recientemente, esta organización publicó, en el marco de la crisis ocasionada por la Covid-19, la Hoja de ruta para la cooperación digital, que es un informe del Secretario General por medio del cual expuso ocho áreas de acción clave en la materia, de las que se resaltan por su conexión con el tema: la n.° 1 establece la necesidad de lograr conectividad universal para 2030, la n.° 2 habla de promover los bienes públicos digitales para la creación de un mundo más equitativo, la n.° 3 indica que se debe asegurar la inclusión digital para todos, incluyendo a los más vulnerables, la n.° 4 se refiere a fortalecer la generación de capacidad digital y la n.°5 indica que se debe asegurar la protección de los Derechos Humanos en la era digital[99].

En consonancia con esta idea de accesibilidad y universalidad, países como Costa Rica[100], Estonia[101], Finlandia[102], Francia[103], entre otros, han determinado que el acceso a internet es un derecho.

Frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en la materia, cabe señalar que mediante Ley 46 de 1985 el país aprobó y ratificó el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT–, or-

---

98 Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas. *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. [en línea]. 27 de junio de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/32/L.20

99 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital. Informe del Secretario General. Op. cit*.

100 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica reconoció el acceso a internet como un derecho fundamental. Fuente: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución n.º 11212 – 2017. Sentencia 11212-17*. [en línea]. 14 de julio de 2017. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-721662

101 The Guardian. *Internet access is now a basic human right: part 2 - Chips with Everything tech podcast*. [en línea]. 4 de agosto de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.theguardian.com/technology/audio/2016/aug/04/internet-access-human-right-2-tech-podcast

102 International Telecommunication Union. *Broadband now a legal right in Finland*. [en línea]. Julio-Agosto de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.itu.int/net/itunews/issues/2010/06/pdf/201006_34.pdf

103 El Consejo Constitucional Francés reconoció como un derecho básico el acceso a internet. Fuente: Francia, Consejo Constitucional, [en línea]. Decisión 2009-580, 10 de junio de 2009. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es2009_580dc.pdf

ganismo internacional que tiene como uno de sus pilares buscar el acceso y servicio universal[104] a las telecomunicaciones.

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano ha avanzado en la materia desde la Ley 1341 de 2009 que determinó la importancia del acceso a las TIC y su universalidad; sin embargo, el acceso a internet en el país no se ha consagrado como un derecho. Actualmente, se entiende que este es un servicio público de telecomunicaciones[105], lo cual debe leerse en armonía con el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia de 1991[106], que estipula que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", disposición de la que se deriva la obligatoriedad para el Estado de buscar la universalidad en su prestación[107].

Es preciso señalar que en el contexto de la Covid-19, se estableció mediante el Decreto 464 de 2020[108] que este era un servicio público esencial, por lo que durante el estado de emergencia económico, social y ecológico no podía suspenderse su prestación ni las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación del servicio,

---

104 Para Ferrajoli son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Fuente: Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. [en línea]. 2001. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: (https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDhYH_xIXqAhWDZd8KHUazCo4QFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fecaths1.s3.amazonaws.com%2Fderechoshumanos%2F1485517429.Fundamentos%2520de%2520los%2520derechos%2520fundametales.%2520Ferrajoli.pdf&usg=AOvVaw2TqDO7v1yV6RNCvxzJ9G-

105 Artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 y artículo 7 de la Ley 1978 de 2019.

106 Colombia. Constitución Política de 1991. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

107 Es preciso señalar que actualmente cursan algunos proyectos de ley en el Congreso de la República de Colombia tendientes a definir la categoría jurídica de Internet en el país. Así, el proyecto de Ley 360 de 2020 pretende que éste sea considerado un servicio público esencial, en consonancia con el proyecto de Ley 109 de 2020 de la Cámara de Representantes; por su parte, el proyecto de Ley No. 346 de 2020 busca que el internet fijo sea considerado un servicio público domiciliario, mientras que el proyecto de Ley No. 201 de 2020, acumulado con el 32 del mismo año, tiene como finalidad que el acceso a esta red sea considerado un derecho fundamental; y el proyecto de Ley No. 321 de 2020 busca la implementación del concepto de mínimo vital para el servicio de Internet.

108 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC. *Decreto 464 de 2020*. [en línea]. 23 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126323_decreto_464_23_marzo2020.pdf

y esto permite entender la relevancia que tiene el mismo, pues fue uno de los pocos sectores cuya prestación no se interrumpió durante la pandemia, atendiendo a su necesidad para el desarrollo de la mayoría de actividades de las personas.

Pues bien, si se tiene en cuenta la conexión que tiene internet con la materialización de otros derechos y la profunda desigualdad que genera su ausencia, especialmente en tiempos de pandemia cuando es una herramienta principal para desarrollar todas las actividades del ser humano, y la única en muchos casos, ciertamente puede llegarse a la conclusión de que internet podría considerarse como un derecho fundamental por conexidad con derechos como la educación, el trabajo, la información, la comunicación, a la salud, a la libre expresión, entre otros.

Y es que, si bien en tiempos regulares puede entenderse que esta no es la única forma de educarse, comunicarse o expresarse –por ejemplo–, definitivamente lo hace de una manera en la que ningún otro medio lo logra: la cantidad de información, inmediatez, practicidad, posibilidades de debatir, fuentes de investigación, probabilidad de aumentar el alcance de difusión de ideas, etcétera, hacen a esta red un medio único para la materialización de todos los derechos previamente nombrados. Por el contrario, su ausencia los perjudica y excluye a quienes no pueden acceder a la red de este goce igualitario y efectivo de sus derechos.

Así, ciertamente el acceso a internet se convierte en un vehículo para la generación de igualdad y democracia, dos de los criterios axiológicos que permiten considerar a un derecho fundamental como tal, según Ferrajoli[109]. Esta posición también guarda consonancia con lo que ha entendido la Corte Constitucional por derechos fundamentales por conexidad, definiéndolos como "aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos"[110], y esto porque, como se ha

---

109 Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. [en línea]. Julio-Diciembre de 2006. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISSN Versión electrónica: 2448-4881. Disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600

110 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-571-92.htm

expuesto en este acápite y a lo largo de este escrito, la ausencia de internet genera una serie de brechas que afectan profundamente varios derechos que se materializan por su conducto.

Ahora bien, sin lugar a duda este es un tema que debe ser analizado desde la perspectiva del análisis económico del derecho, porque establecer como derecho fundamental una obligación de carácter prestacional como esta tiene claramente un impacto monetario. Ha de recordarse que el rol principal del Estado Social de Derecho es prestar los servicios a su cargo y superar las desigualdades que hay entre los ciudadanos; no obstante, no se puede desconocer que existe un desequilibrio importante entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución como consecuencia de la disminución del tamaño del Estado y aumento de las obligaciones en cabeza suya: ahí radica la importancia del sector privado como factor clave en la solución a este impase, generando la necesidad de que el Estado busque desarrollar una regulación mínima que permita una competencia en términos de igualdad, le permita obtener ganancias y beneficie a los destinatarios de estos servicios. Así, no se trata de dejar la ejecución de la totalidad de la obligación en cabeza del Estado, sino de buscar la manera más efectiva para que este intervenga y en colaboración con el sector privado logre que todos los habitantes del territorio nacional puedan gozar de un acceso a internet como medio para ejercer sus derechos.

Por medio de la providencia T-030 de 2020[111], la Corte Constitucional, en el caso de una escuela rural donde se suspendió el servicio de internet por recortes de presupuesto, impidiendo el acceso a la red a sus estudiantes y docentes, la Corporación determinó que debía continuarse la prestación el mismo por su relación directa con el derecho a la educación. Puntualmente dispuso que "el internet es una herramienta que, empleada de forma adecuada, puede ayudar a asegurar el goce efectivo del derecho fundamental a la educación, en especial de personas que se encuentran en zonas apartadas, lejos de las ciudades capitales y de cabeceras municipales… Las instituciones educativas no pueden dejar de preparar a los niños y a las niñas a ser parte de una sociedad estructurada en tecnologías de la información, hace parte de su desarrollo armónico e integral", aunque también indicó que esta red "se encuentra dentro de la faceta prestacional del derecho a la educación y,

111 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2020. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-030-20.htm

por tanto, su garantía es progresiva. Ello quiere decir que está supeditada a la existencia de una política pública mediante la cual gradualmente se haga extensiva a la totalidad de la población, atendiendo a las condiciones propias de cada ente regional. Por ende, no se trata de una exigencia inmediata al Estado colombiano".

Así, si bien la sentencia no clasificó el acceso a internet como un derecho fundamental, expuso una serie de argumentos que, según lo dicho, permiten llegar a esa conclusión, por su intrínseca conexión con los derechos que se han venido mencionando –en ese caso de la educación, respecto al cual cabe decir que si bien internet no es el único para su ejercicio, sin lugar a duda presenta una cantidad de herramientas e información que ningún otro medio logra– y por la necesidad de dar a todas las personas la posibilidad de hacer parte de la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Además, cabe aclarar que el carácter prestacional de un derecho no implica que el mismo no pueda ser considerado como fundamental, pero sí busca una satisfacción de unos niveles mínimos de protección, estándar que podría ser importante buscar en este aspecto como consecuencia de los argumentos ya esgrimidos.

Según la encuesta "¿Qué piensan los colombianos acerca del internet en el país?" realizada en 2018 en Colombia, contratada por .CO[112], el 92% de los colombianos consideran que el acceso a esta red debería ser un derecho para todos, y esto es importante pues muestra no solo una pretensión ciudadana, sino también una comprensión práctica de aquello que se viene llamando como revolución digital, como lo indica Fuentes Contreras[113].

Debido a los argumentos expuestos, el establecimiento del acceso a internet como un derecho fundamental es una discusión que debe darse. Quienes consideran que no debe ser un derecho fundamental basan sus justificaciones principalmente en temas económicos y exponen que internet es uno de los muchos medios que existe para la materialización de los mencionados derechos conexos. No obstante, ha de tenerse en cuenta lo ya dicho en relación con la importancia del sector privado en la materia y del Estado

---

112 .CO. *Encuesta .CO 2018. ¿Qué piensan los colombianos acerca de Internet en el país?.* [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.cointernet.com.co/wp-content/uploads/docs/pptMedios-Encuesta2018.pdf?_t=1525985974

113 Fuentes Contreras, Édgar Hernán. *En tiempos de pandemia: diagnóstico del acceso a internet como derecho.* [en línea]. 14 de abril de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/tic/en-tiempos-de-pandemia-diagnostico-del-acceso-internet-como-derecho

como interventor, regulador y ente que dicta las políticas para asegurarse de la ampliación del acceso y apropiación de la red; y también debe tenerse presente que aunque en tiempos normales pueda haber otros medios para hacer efectivos los derechos que se materializan a través de internet, sin lugar a duda ninguno lo hace de la manera tan expedita y democrática que lo hace esta red, y eso sumado a la incidencia de la brecha de conectividad en la desigualdad que se expuso en la primera parte de este escrito, deben ser argumentos a tener en cuenta al momento de hacer el análisis respectivo.

En todo caso, lo que se trabaje en este campo debe ir de la mano con las políticas que se desarrollen para minimizar el resto de factores de los que se habló al comienzo, pues si bien el internet es una herramienta para la reducción de esas desigualdades, no es la única: debe verse que en el país aún hay zonas que no cuentan con energía, escuelas, entre otros elementos necesarios para poder disfrutar de manera efectiva esta herramienta. Además, las políticas que se desarrollen siempre deberán estar desarrolladas bajo los principios de accesibilidad, universalidad y voluntariedad[114].

6. PROSPECTIVA: RETOS, OPORTUNIDADES Y RECOMENDACIONES

A partir de lo expuesto a lo largo este artículo, se ha identificado una serie de retos que es preciso afrontar, en aras de lograr una conectividad a internet en condiciones de igualdad por parte de todos los habitantes del territorio nacional.

En primer lugar, es necesario continuar trabajando en la generación de políticas que apunten hacia la reducción y eliminación de la brecha digital como reflejo y causa de las demás diferencias que se dan en nuestra sociedad por los motivos señalados. En ese sentido, resulta imperativo desarrollar estas directrices con un enfoque diferenciado, teniendo en cuenta las particularidades y necesidades de cada uno de estos grupos poblacionales y haciendo un seguimiento juicioso de los programas que se implementen con sus respectivos planes de mejora, para lograr una ampliación progresiva de cobertura en términos tanto de infraestructura como de alfabetización digital.

---

114 Debe ofrecerse mas no obligarse a la comunidad a hacer uso de esta red. Es importante establecer una *multicanalidad* para que quienes quieran materializar sus derechos por otros medios, puedan hacerlo.

Para lograr masificar y maximizar los beneficios y derechos que se materializan a través del acceso a internet, es necesario que el Estado genere un ambiente legal y regulatorio que fomente la inversión y la innovación, permitiendo así que por medio del sector privado se logre la mayor cobertura posible y buscando formas de dar respuesta a los individuos que por alguno de los factores mencionados no logren acceder y disfrutar de la red.

Además, es muy importante que se trabaje para que internet sea un espacio seguro y que genere confianza en los ciudadanos, para que todos los proyectos (como los de GovTech) que pretendan generarse por vía de este, puedan desarrollarse de manera satisfactoria. Debe tenerse en cuenta que entre mayor es la cantidad de personas que se conectan a internet, mayores son las vulnerabilidades que surgen en este espacio (ciberdelitos, acoso, bulos, propagación de discursos de odio, entre otras), y de ahí se deriva la importancia de velar porque la red sea un espacio donde se busque que cada vez sea menor la transgresión de los derechos de las personas, especialmente de las más vulnerables, como niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, es importante que se garantice el respeto de los derechos humanos como la libertad de expresión en internet, que es uno de los pilares para que esta red funcione como debe hacerlo y se constituya en una de las herramientas más importantes para la democracia, habida cuenta de que es un espacio donde todas las personas tienen voz y voto y pueden debatir sin censura, siempre y cuando no se incurra en violación de derechos de otras personas.

Es importante también que todo el desarrollo de infraestructura para el acceso y aumento de la cobertura se genere de una manera sostenible, esto es, lograr un desarrollo que satisfaga las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades[115].

Aunado a lo anterior, un reto que se tiene es emplear el acceso, uso y apropiación de internet como una herramienta clave para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030. La Resolución 70/1 de la Asamblea

---

115 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.* [en línea]. 04 de agosto de 1987. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

General de las Naciones Unidas[116], que es la decisión por medio de la cual todos los Estados miembro de la ONU adoptaron estos objetivos, indica que "La expansión de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la interconexión mundial brinda grandes posibilidades para acelerar el progreso humano, superar la brecha digital y desarrollar las sociedades del conocimiento"; además, esta Resolución establece como uno de los 17 propósitos la construcción de infraestructuras resilientes, la promoción de la industrialización inclusiva y sostenible, y el fomento de la innovación, y dispone puntualmente el deber de los Estados de "aumentar significativamente el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por proporcionar acceso universal y asequible a internet en los países menos adelantados de aquí a 2020".

Adicionalmente, debe señalarse que internet puede ser un instrumento para alcanzar el resto de los ODS. Para señalar algunos ejemplos: frente al Objetivo 1 referido a poner fin a la pobreza en el mundo, ya se habló en este texto de cómo se ha evidenciado que existe una relación inversamente proporcional entre la penetración de internet y la pobreza, y además, se ha hecho larga referencia a las oportunidades que la apropiación de la red implica tanto para el sector privado como para las personas, en términos económicos; internet además puede contribuir al 2º ODS que se refiere a la seguridad alimentaria y agricultura sostenible, pues, por ejemplo, permite canales directos de contacto entre los pequeños agricultores y los compradores, aporta a los objetivos 4 y 8 por las herramientas únicas que significa en términos laborales y educativos, contribuye al Objetivo 10, sobre reducción de desigualdad, por los motivos expuestos en este escrito; al Objetivo 16, relacionado con sociedades pacíficas y acceso a la justicia (y pública en general), porque puede implicar llevar esto a todos los ciudadanos desde los lugares donde habitan, e incluso puede llevar a repensar las formas posibles de reparación que se pueden dar en un caso concreto, por ejemplo, puede pensarse, en el marco de un proceso dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz, en la posibilidad de ordenar reparar a la víctima de una manera que involucre las TIC: bien podría ser con la difusión de un mensaje en páginas oficiales en caso de ser un crimen cometido por el Estado, o con la publi-

116 Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. [en línea]. 21 de octubre de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/A/RES/70/1

cación y difusión de la sentencia en redes, aumentando el impacto de estas decisiones en la sociedad, y esto entre la gran cantidad de opciones y ventajas que puede tener internet para el logro de los 17 ODS.

CONCLUSIONES

Como se evidenció a lo largo de este escrito, es imperativo trabajar en el aumento del acceso, uso y apropiación de internet para todos, pues es una herramienta clave para la construcción de una sociedad más igualitaria, cuya ausencia solo es el reflejo de las profundas inequidades que subyacen en nuestro sistema como consecuencia de factores, como el socioeconómico, el género, el nivel educativo, la pertenencia a un grupo étnico y etario, y la ubicación geográfica o el estar en situación de discapacidad.

La gravedad de la brecha de conectividad se ha evidenciado especialmente a raíz de la crisis ocasionada por la Covid-19, que ha permitido notar que en un momento cuando la virtualización se ha vuelto clave para estudiar, trabajar o comunicarse, para muchos conectarse ni siquiera es una opción, pues, puntualmente, más de la mitad de colombianos no tienen acceso a esta tecnología, asunto que siempre y más aún ahora preocupa, si se tienen en cuenta las serias consecuencias que genera la desconexión para ellos en términos de derechos, como la educación, el trabajo, la información y la libertad de expresión, entre otros.

Una vez revisada la normativa colombiana tendiente a buscar la accesibilidad y universalidad del acceso a internet, se evidenció que si bien se han adelantado esfuerzos importantes por parte del gobierno nacional con ese objetivo, aún falta mucho camino por recorrer, por lo que se señalaron algunas recomendaciones tendientes a lograr la materialización de este servicio/derecho –según se considere– para todos y todas, lo que permitirá reducir la desigualdad y tener un instrumento muy potente que aportará sustancialmente al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible a 2030. En ese sentido, es importante determinar políticas encaminadas a la inclusión digital, con medidas progresivas, donde la comunidad sea escuchada, empoderada, sus necesidades sean tenidas en cuenta y se brinden soluciones oportunas, pertinentes y sostenibles desde lo económico, social y ambiental.

REFERENCIAS

RECURSOS ELECTRÓNICOS

.CO. *Encuesta .CO 2018. ¿Qué piensan los colombianos acerca de Internet en el país?* [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.cointernet.com.co/wp-content/uploads/docs/pptMedios-Encuesta2018.pdf?_t=1525985974

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital. Informe del Secretario General*. [en línea]. 29 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/A/74/821

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue.* [en línea]. 16 de mayo de 2011. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/bdl/2015/10048.pdf?view=1

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.* [en línea]. 04 de agosto de 1987. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/pdf/bibliographie/guide_lecture_1/cmmad-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. [en línea]. 27 de junio de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/A/HRC/32/L.20

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. [en línea]. 21 de octubre de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://undocs.org/es/a/res/70/1

asiet. *Las telecomunicaciones, un aliado estratégico para el desarrollo de América Latina*. [en línea]. Febrero de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://asiet.lat/telecom_aliado_estrategico/

Banco Mundial. *Exploring the Relationship Between Broadband and Economic Growth*. [en línea]. Enero de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://documents.worldbank.org/curated/en/178701467988875888/pdf/102955-WP-Box394845B-public-wdr16-BP-Exploring-the-Relationship-between-Broadband-and-Economic-Growth-Minges.pdf

CELAC. *Las personas mayores de América Latina en la era digital: superación de la brecha digital*. [en línea]. Abril de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44580/1/RVE127_Sunkel.pdf

CIDH. *La CIDH alerta sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a la pandemia de Covid-19 y llama a los Estados a tomar medidas específicas y acordes con su cultura y respeto a sus territorios*. [en línea]. 6 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/103.asp

COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. *Observaciones al documento condiciones de acceso, uso y remuneración para utilización de infraestructura del sector de energía eléctrica, en el despliegue de redes y/o la prestación de servicios de telecomunicaciones.* [en línea]. 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en:https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/OBSERVACIONES%20MEDIA%20COMMERCE%20PARTNERS.%20SAS.PDF

COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CONCIP – MPC. *Política Pública de Comunicación de y para los Pueblos Indígenas*. [en línea]. Diciembre de 2017. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://bancodecontenidos.mincultura.gov.co/multimedia-dircom/pdfs/comunicacion-indigena/proyecto-02/comindigena-proyecto02-doc01-politica-publica-com-indigena.pdf

CONSTAÍN, SYLVIA. *Conectar a Colombia: un reto que cambiará vidas*. [en línea]. 01 de abril de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Columnas-Ministra-TIC/98249:Conectar-a-Colombia-un-reto-que-cambiara-vidas

DANE. *Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia*. [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/pobreza-monetaria-y-multidimensional-en-colombia-2018

DANE. *¿Cuántos somos?* [en línea]. 30 de agosto de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://sitios.dane.gov.co/cnpv/#!/

DANE. *Boletín Personas con discapacidad retos diferenciales en el marco del Covid-19*. [en línea]. 28 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://

www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad

DANE. *Medida de pobreza multidimensional municipal de fuente censal.* [en línea]. 31 de enero de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad/medida-de-pobreza-multidimensional-de-fuente-censal

Departamento Nacional de Planeación. *Aumentar acceso a internet de calidad de población vulnerable disminuirá el índice de desigualdad de ingresos*. [en línea]. 3 de diciembre de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dnp.gov.co/Paginas/Aumentar-acceso-a-Internet-de-calidad-de-poblacion-vulnerable-disminuira-el-indice-de-desigualdad-de-ingresos.aspx

Departamento Nacional de Planeación. *Esquema de financiación para el sector TIC y audiovisual en el marco de la convergencia tecnológica y de mercados.* [en línea]. 19 de mayo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/20171006%20-%20Esquema%20de%20financiación%20TIC%20vpublicación.pdf

El Mundo. 40% de niños que no asisten al colegio están en zona de conflicto. [en línea]. 19 de febrero de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.elmundo.com/noticia/40de-ninos-que-no-asisten-al-colegio-estan-en-zona-de-conflicto/367261

El Nuevo Siglo. Mejorar conectividad en zonas apartadas, objetivo del MinTIC. [en línea]. 04 de marzo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/03-2019-mejorar-conectividad-en-zonas-apartadas-objetivo-del-mintic

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta. [en línea]. 2001. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: (https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiDhYH_xIXqAhWDZd8KHUazCo4QFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fecaths1.s3.amazonaws.com%2Fderechoshumanos%2F1485517429.Fundamentos%2520de%2520los%2520derechos%2520fundametales.%2520Ferrajoli.pdf&usg=AOvVaw2Tq-DO7v1yV6RNCvxzJ9G-

Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. [en línea]. Julio-diciembre de 2006. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISSN Versión electrónica: 2448-4881. Disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600

Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas. *Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet*. [en línea]. Enero de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf

Froncek, April. *Igualdad de género: a un clic de ratón*. [en línea]. 4 de octubre de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.internetsociety.org/es/blog/2018/10/igualdad-de-genero-a-un-clic-de-raton/

Fuentes Contreras, Édgar Hernán. *En tiempos de pandemia: diagnóstico del acceso a internet como derecho.* [en línea]. 14 de abril de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/tic/en-tiempos-de-pandemia-diagnostico-del-acceso-internet-como-derecho

González Bell, José. *Aumenta cobertura de internet, pero mitad de la población lo usa para entretenerse.* [en línea]. 14 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.larepublica.co/internet-economy/aumenta-cobertura-de-internet-pero-mitad-de-la-poblacion-lo-usa-para-entretenerse-2977746

Instituto Geográfico Agustín Codazzi. *Tan solo el 0,3 por ciento de todo el territorio colombiano corresponde a áreas urbanas: IGAC.* [en línea]. 05 de noviembre de 2015. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://igac.gov.co/es/noticias/tan-solo-el-03-por-ciento-de-todo-el-territorio-colombiano-corresponde-areas-urbanas-igac

International Telecommunication Union. *Broadband now a legal right in Finland*. [en línea]. Julio-Agosto de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.itu.int/net/itunews/issues/2010/06/pdf/201006_34.pdf

Internet Society. *Internet Accessibility: Internet use by persons with disabilities: Moving Forward*. [en línea]. 01 de noviembre de 2012. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.internetsociety.org/resources/doc/2012/internet-accessibility-internet-use-by-persons-with-disabilities-moving-forward/

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *La mitad de Colombia no tiene Internet*. [en línea]. 19 de mayo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/100837:La-mitad-de-Colombia-no-tiene-internet

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Boletín Trimestral de las TIC. Cifras Cuarto Trimestre de 2019.* [en línea]. Abril de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-135691_archivo_pdf.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Familias colombianas tendrán internet desde 8000 pesos.* [en línea]. 16 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/144917:Familias-colombianas-tendran-internet-desde-8000-pesos

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. Estratos 1 y 2: así podrá acceder a internet con tarifas sociales. [en línea]. 7 de mayo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/144774:Estratos-1-y-2-asi-podra-acceder-a-internet-con-tarifas-sociales

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Encuesta de acceso, uso y apropiación de las TIC por parte de las mujeres en Colombia*. [en línea]. Marzo de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-64060_recurso_3.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Tech Tracker.* [en línea]. Octubre de 2012. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://es.slideshare.net/DiegoMolanoVega/encuesta-de-consumo-digital

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Adultos mayores salieron del analfabetismo digital y entraron al mundo de las TIC*. [en línea]. 20 de diciembre de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/124707:Adultos-mayores-salieron-del-analfabetismo-digital-y-entraron-al-mundo-de-las-TIC

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *En Colombia el 50% de los hogares no tiene internet*. [en línea]. 20 de marzo de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/92615:En-Colombia-el-50-de-los-hogares-no-tiene-internet

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Plan TIC 2018-2022*. [en línea]. 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://micrositios.mintic.gov.co/plan_tic_2018_2022/pdf/plan_tic_2018_2022_20200107.pdf

Miranda Bonilla, Haideer. *El acceso a internet como derecho fundamental.* Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 15, 2016. [en línea]. 16 de noviembre de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. ISSN-1659-3707. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwihj929lozqAhUJTt8KHZiKBooQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucr.

ac.cr%2Findex.php%2Fiusdoctrina%2Farticle%2Fdownload%2F27476%2F27648&usg=AOvVaw1uqheXtkAZcMmBKErx_Wi5

Neira Marciales, Laura. *Un colombiano pasa nueve horas al día en internet y casi cuatro en redes sociales.* [en línea]. 11 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.larepublica.co/empresas/un-colombiano-pasa-nueve-horas-al-dia-en-internet-y-casi-cuatro-en-redes-sociales-2975617

ocde. *Estudio de la ocde sobre las telecomunicaciones en Colombia*. [en línea]. Abril de 2014. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page7

Ospina Ramírez, Mario. *Discapacidad y sociedad democrática*. Revista Derecho del Estado. 24 (1), 143-164. [en línea]. Enero a junio de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/439/418

Paz Martínez, Olga Patricia. *Derechos de las Mujeres, Género y tic.* [en línea]. 2013. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://colnodo.apc.org/apc-aa-files/511feaa28064b75833d25a46c040d121/derechos_mujeres_genero_y_tic_1.pdf

Portafolio. Bajó la pobreza, pero el 80% de la población es de estratos 1, 2 y 3. [en línea]. 11 de noviembre de 2018. Portafolio. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.portafolio.co/economia/el-pais-bajo-su-pobreza-pero-el-80-de-su-poblacion-es-de-estratos-1-2-y-3-523233

Portafolio. Colombia es cada vez más desigual, asegura el Dane. [en línea]. 12 de julio de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.portafolio.co/economia/colombia-es-cada-vez-mas-desigual-asegura-el-dane-531503

Reddick, A. & Boucher, C. *Tracking the dual digital divide*, Citado por: Rodríguez Gallardo, Adolfo. *La brecha digital y sus determinantes*. México. 2006. Ed. Universidad Autónoma de México. [Consulta 17 de junio de 2020]. isbn 970-32—3853-X. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=2k1neys5RjsC&pg=PA139&dq=brecha+económica+y+brecha+digital+reddick&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjw6PHyhIrqAhXhm-AKHWueAwEQ6AEIJzAA#v=onepage&q=brecha%20económica%20y%20brecha%20digital%20reddick&f=false

Rodríguez Garcés, Carlos y Sandoval Muñoz, Daniela. *Estratificación digital: acceso y usos de las tic en la población escolar de Chile*. [en línea]. En: Revista Electrónica de Investigación Educativa. [Consulta 17 de junio de 2020]. issn 1607-4041.

Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-40412017000100020

Semana. Estos son los departamentos a los que mejor les va en educación. [en línea]. 03 de noviembre de 2019. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.semana.com/educacion/articulo/los-mejores-en-educacion-en-colombia-segun-el-consejo-privado-de-competitividad/604723

The Guardian. Internet access is now a basic human right: part 2 – Chips with Everything tech podcast. [en línea]. 4 de agosto de 2016. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.theguardian.com/technology/audio/2016/aug/04/internet-access-human-right-2-tech-podcast

Trucano, Michael. *Worst practice in ict use in education*. [en línea]. Abril 30 de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://blogs.worldbank.org/edutech/worst-practice

NORMATIVA COLOMBIANA

Colombia. Ley 1341 de 30 de julio de 2009. *Diario Oficial* n.º 47.426. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1341_2009.html

Colombia. Ley 1346 de julio 31 de 2013. *Diario Oficial* n.º 47.427. Disponible en: https://www.mincit.gov.co/ministerio/ministerio-en-breve/docs/ley-1346-de-2009.aspx

Colombia. Ley 1753 de 9 de junio de 2015. *Diario Oficial* n.º 49.538. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

Colombia. Ley 1955 de 25 de mayo de 2019. *Diario Oficial* n.º 50.964. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html

Colombia. Ley 1978 de 25 de julio de 2019. *Diario Oficial* n.º 51.025. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1978_2019.html

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 360 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-modifica-el-decreto-legislativo-555-del-15-de-abril-de-2020-y-se-dictan-otras-disposiciones-telecomunicaciones-como-servicios-publicos-esenciales/11182/

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 109 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/pley-de-internet-como-servicio-publico-esencial-y-universal-o-por-medio-de-la-

cual-se-modifica-la-ley-1341-de-2009-y-se-dictan-otras-disposiciones-internet-como-servicio-esencial/10801/

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 346 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-establece-el-internet-fijo-como-un-servicio-publico-domiciliario-internet-fijo-como-un-servicio-publico-domiciliario/11168/

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 201 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-el-cual-se-constituye-el-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental-se-modifica-el-articulo-20-de-la-constitucion-politica-y-se-dictan-otras-disposiciones-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental/11001/

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 32 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-establece-el-acceso-a-internet-como-derecho-fundamental-internet-como-derecho-fundamental/10617/

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley 321 de 2020. Disponible en: https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-implementa-el-minimo-vital-en-los-servicios-publicos-domiciliarios-de-energia-agua-alcantarillado-y-gas-domiciliario-y-en-el-servicio-de-acceso-a-internet-y-se-dictan-otras-disposiciones-minimo-vital-en-servicios-publicos/11340/

Departamento Nacional de Planeación. conpes 3670 de 2010. [en línea]. 28 de junio de 2010. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/arquitecturati/630/articles-9029_documento.pdf

Departamento Nacional de Planeación. conpes 4001 de 2020. [en línea]. 05 de agosto de 2020. [Consulta 04 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/Conpes/Econ%C3%B3micos/4001.pdf

Departamento Nacional de Planeación. conpes 3968 de 2019. [en línea]. 30 de agosto de 2019. [Consulta 04 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/Conpes/Econ%C3%B3micos/3968.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. Decreto 1008 de 14 de junio de 2018. [en línea]. 14 de junio de 2018. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-74903_documento.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Decreto 825 del 8 de junio de 2020*. [en línea]. 8 de junio de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-145259_decreto_825_8_junio_2020.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Decreto 464 de 2020*. [en línea]. 23 de marzo de 2020. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126323_decreto_464_23_marzo2020.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC. *Resolución 1272 de 2020*. [en línea]. 18 de julio de 2020. [Consulta 3 de diciembre de 2020]. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-145259_decreto_825_8_junio_2020.pdf

Presidencia de Colombia. Decreto 899 de 1999. [en línea]. 24 de mayo de 1999. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1186841

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2020. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-030-20.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-571 de 1992. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-571-92.htm

Colombia. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Nº 11212 – 2017. Sentencia 11212-17*. [en línea]. 14 de julio de 2017. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-721662

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Francia, Consejo Constitucional, [en línea]. Decisión 2009-580, 10 de junio de 2009. [Consulta 17 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es2009_580dc.pdf

ENTREVISTAS

Alfonso Roa, Óscar. Entrevista personal. Bogotá D.C. 25 de febrero de 2020.

CAPÍTULO V

Pobreza en las comunidades indígenas wayúu de La Guajira y caminos para la incorporación de las TIC en la educación

Poverty in the wayúu indigenous of la guajira and ways for the incorporation of ICT in education

MARICARMEN MOVIL GÁMEZ*

RESUMEN

El objetivo de este artículo es hacer un análisis de la situación de pobreza que viven las comunidades wayúu de la Guajira y su relación con la educación, así como de las políticas públicas en materia de educación y TIC, identificando de qué manera se ha propuesto solucionar el problema de desigualdad de acceso al servicio educativo y a las TIC, y la manera como dichas políticas se relacionan para hacer que la educación mediada por TIC sea asequible a estas comunidades.

El desarrollo de este escrito se enmarca en el desarrollo de las XXI Jornadas de Derecho constitucional, denominado "Constitucionalismo en marcha, prospectiva a 2030" que adelanta la Universidad del Externado para octubre de 2020, con el fin de reflexionar sobre las posibles soluciones que se pueden proponer para la superación de conflictos sociales, políticos, económicos o ambientales que afectan a Colombia. Así, en este trabajo se hace referencia al problema de educación y acceso a TIC por parte de las comunidades indígenas en relación con su situación de pobreza.

PALABRAS CLAVE

TIC; Indígena; Wuayúu; La Guajira; Educación; Pobreza.

ABSTRACT

The objective of this article is to make a recognition and analysis of the situation of poverty that the Wayuu communities in La Guajira are experiencing and their relationship with education, as well as public policies regarding education and ICT, identifying how it has been proposed to solve the problem of inequality of access to educational services and ICTs, and the way in which these policies are related to make ICT-mediated education affordable for these communities.

---

* Magíster en Derecho, Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones, Universidad Externado de Colombia. Secretaria de Educación Distrital, Riohacha - Guajira. Docente. Comunicadora organizacional, Secretaria Distrital de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá. Docente. Secretaría de Educación, Riohacha - Guajira. Correo-e: Maryc_movil@hotmail.com.

The development of this writing is framed in the development of the XXI Constitutional Law Conference, called: "Constitutionalism in progress, prospective to 2030" that the University of Externado advances for October 2020, in order to reflect on the possible solutions that they can be proposed to overcome social, political, economic or environmental conflicts that affect Colombia. Thus, this work refers to the problem of education and access to ICT in indigenous communities in relation to their situation of poverty.

KEYWORDS

ICT; Indigenous; Wuayúu; Guajira; Education; Poverty.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, las comunidades indígenas presentan un estado de vulnerabilidad respecto a la presentación de oportunidades en materia educativa. Condiciones tales como pobreza, desigualdad, su ubicación en territorios golpeados por la violencia, de difícil acceso y carentes de servicios públicos básicos se configuran como parte del grupo de componentes que hacen que la educación escolar llegue a sus niños con ciertas dificultades.

Por otro lado, como resultado inevitable del desarrollo, las TIC se han configurado como una de las herramientas más necesarias y fundamentales en el proceso educativo; no obstante, el acceso a ellas es limitado por muchas familias pertenecientes a las comunidades indígenas a razón de la pobreza y desigualdad, lo que se constituye en una brecha que demanda acciones y medidas por parte del Gobierno Nacional en materia de Política Educativa y en TIC.

Colombia, al igual que muchos de los países de América Latina, se caracteriza por su diversidad cultural y étnica. En este contexto, son varios los ordenamientos internacionales que han planteado el abordaje de problemas relativos a la educación, siendo la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, formulado por la ONU, uno de los puntos de encuentro más importantes en la materia, el cual ha sido adoptado por 193 Estados miembro[1].

---

1 VÁZQUEZ, P. Agenda 2030 para el desarrollo sostenible en educación: retos y prospectiva. *Gaceta de la Política Nacional de Evaluación Educativa en México, 4*(12), 2019, pp. 16–21.

Colombia ha sido uno de los países integrantes de la ONU que ha participado activa y proactivamente en la adopción, adaptación y desarrollo de políticas públicas orientadas a dar respuesta a las preocupaciones y propuestas manifiestas en la Agenda 2030. Ahora bien, a pesar de que en dicha agenda se definen retos similares para los países miembros y fomenta acciones de cooperación internacional, desde el ámbito nacional demanda la atención de diversos agentes para lograr el objetivo 4 referente a la "Educación de calidad", la cual debe involucrar también a las comunidades indígenas del país.

En la Agenda 2030, la calidad de la educación se relaciona estrechamente con los conceptos de inclusión y equidad, siendo necesaria la promoción de oportunidades de aprendizaje de manera permanente, especialmente a las poblaciones en condiciones de pobreza, como es el caso de muchas comunidades indígenas de Colombia. Es así como los principios que constituyen el marco de referencia para dicho objetivo son: la igualdad, en donde bajo un modelo de desarrollo sostenible se garantice el derecho a la educación; la universalidad, en donde tiene que ver la responsabilidad compartida de todos los países en el trabajo de encontrar soluciones, de modo que la educación cumpla el papel de formar conciencias sobre el desarrollo sostenible; la inclusión, en donde se cuente con la participación de diferentes actores sociales para la formulación y desarrollo de planes, y la sostenibilidad, estableciendo sinergias de manera integral, interdependiente e indivisible, considerando temas trasversales[2].

Respecto a las comunidades indígenas, en el documento de antecedentes del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se expone que: "La Agenda 2030, con la promesa de que *nadie quede relegado*, reviste una importancia crucial para los pueblos indígenas en situación de pobreza. A su vez, los pueblos indígenas tienen mucho que aportar al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible" (2017).

En este orden de ideas, entre las metas que componen los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 156 se relacionan estrechamente con derechos humanos, en tanto que 73 de ellas se relacionan significativamente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas. De manera directa, la Agenda 2030 hace mención a los pueblos indígenas en cuestiones de producción agrícola y educación;

---

2 Vázquez, P. Agenda 2030 para el desarrollo sostenible en educación: retos y prospectiva. *Gaceta de la Política Nacional de Evaluación Educativa en México, 4*(12), 2019, pp. 16–21.

igualmente, los convoca a participar de manera activa en la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y en el seguimiento de los mismos.

Con lo descrito, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, de 2017, ha elaborado una serie de recomendaciones sobre el desarrollo de la Agenda 2030 respecto a estas comunidades, y son: que en su implementación se respete íntegramente sus derechos; visibilizar sus necesidades a través de listas de indicadores y estadísticas nacionales, permitiendo evaluar el progreso, y, finalmente, la necesidad de garantizar su participación en la implementación, seguimiento y revisión de la denominada agenda.

Ahora bien, ya que se ha reconocido el panorama del marco de referencia internacional respecto la Agenda 2030 sobre la educación y la manera como esta contempla la participación y las necesidades de las comunidades indígenas, a continuación, en concordancia con las pretensiones de este escrito, se hace referencia a la manera como en Colombia se ha desarrollado la política educativa en relación con las TIC su acceso, especialmente dirigido a las comunidades indígenas del departamento de la Guajira.

POLÍTICAS NACIONALES EN MATERIA DE EDUCACIÓN Y TIC

A nivel nacional, a través de los planes de nacionales de desarrollo cada Gobierno ha establecido objetivos y metas en materia de educación de calidad y acceso a las TIC. Así, por ejemplo, como respuesta al PND 2010-2014, el MinTIC formuló el Plan Vive Digital Colombia[3], por el cual buscó solucionar problemas en materia de cobertura buscando que el servicio de Internet de banda ancha llegara a más territorios, a fin de intensificar el uso de las TIC, su apropiación, la generación de contenidos y, con todo esto, la configuración de un ecosistema digital compuesto por infraestructura, servicios, aplicaciones y usuarios.

Es así como tuvo lugar el Plan Vive Digital (2010-2014), orientado a responder a las necesidades e acceso a internet en las zonas rurales a través del proyecto *Kioskos Vive Digital*, logrando la instalación de más de 5.648

3 Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MinTIC. *Plan TIC 2018-2022 "El futuro digital es de todos"*, 2018. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-101922_Plan_TIC.pdf

puntos de acceso. Posteriormente se desarrolló el Plan Vive Digital para la Gente 2014-2018, el cual se limitó al mantenimiento de las redes de acceso ya instaladas, mas no a la ampliación de su oferta, necesidad que fue visibilizada con posterioridad. Finalmente, a inicios del 2019 ya se contaba con 6.879 Kioskos Vive Digital, por medio de los cuales se dio solución a los problemas de acceso e infraestructura en diferentes municipios y zonas rurales del país[4].

En 2018 el MinTIC formuló la política denominada "El futuro digital es de todos", buscando con este continuar cerrando la brecha digital en el país, logrando que más colombianos vivieran conectados, se crearan y fortalecieran habilidades digitales, se generaran negocios por estos medios y se fortaleciera también el emprendimiento[5].

Con lo anterior, la actual política pública nacional en materia de TIC tiene como pilares la dinamización del sector de las TIC, la inclusión social digital expresada en el acceso y empoderamiento de estas herramientas en diferentes campos (educativo, productivo, social, cultural, etc.), la reducción de barreras de adquisición de servicios TIC en las familias de menores recursos, y la implementación de modelos de desarrollo económico dentro del marco de una cuarta revolución industrial en donde se fomente el talento digital.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que "Si bien el *Plan TIC 2018-2022* contempla en sus pilares la inclusión social digital de las comunidades indígenas y otras comunidades étnicas minoritarias, en concreto no se presenta una definición de objetivos y acciones estratégicas para ello".

A pesar del vacío de dicho Plan en materia de objetivos y estrategias enfocados a las comunidades indígenas del país, diferentes disposiciones legales establecen obligaciones por parte de Estado en la materia. Por un lado está la Ley 1978 de 2019 (Ley de Telecomunicaciones)[6], cuyo artículo 3° habla de priorizar el acceso a las TIC de manera no discriminatoria, con

---

4 Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MinTIC. *Puntos Vive Digital*, 2019. Disponible en: https://www.datos.gov.co /Ciencia-Tecnolog-a-e-Innovaci-n/Puntos-Vive-Digital/etr2-mkeu/data

5 Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MinTIC. (31 de agosto de 2018). ´El Futuro Digital es de Todos´: la nueva política TIC. Disponible en: https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/180831-El-futuro-digital-es-de-todos-la-nueva-politica-TIC.aspx

6 Colombia, Congreso de la República (25 de julio de 2019). Ley 1978 de 2019; por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se distribuyen competencias, se crea un Regulador Único y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º *51.025*. Bogotá, D.C.

la promoción del acceso en poblaciones pobres, vulnerables y zonas rurales apartadas, usando para ello el Fondo Único de TIC, sirviendo además para "la promoción de contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura y la identidad nacional y regional, y la apropiación tecnológica mediante el desarrollo de contenidos y aplicaciones con enfoque social".

Por otro lado, el acceso a las TIC se encuentra relacionado con el derecho a la libre expresión, la educación y el acceso al conocimiento, razón por la cual el Estado es responsable de la promoción de este tipo de servicios al nivel comunitario. En cuanto al desarrollo de las comunidades, en el numeral 8 del artículo 3 de la Ley 1978 de 2019 se establece que "La promoción del acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones básicas se hará con pleno respeto del libre desarrollo de las comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales y Rom"; y en el numeral 9 se reconoce el uso de las TIC para el reconocimiento de la diversidad ártica, cultural y religiosa del país.

No menos importante son las disposiciones del artículo 35 de la Ley 1978 de 2019 sobre las funciones del FONTIC, respecto a "Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso con enfoque diferencial de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales, palenqueras y Rom a las TIC" (Ley 1978 de 2019, art. 35, núm. 10).

CONTEXTO DEPARTAMENTAL

Ahora bien, en el contexto de la Guajira, el Plan de Desarrollo Departamental 2017-2019 estableció una serie de metas e indicadores en materia de TIC en cuanto a penetración del servicio de internet y aumento de la disposición de computadores en instituciones educativas, todo esto a través de programas enmarcados en el Plan Vive Digital. A pesar de dichas pretensiones, en el mencionado plan no se formularon programas o proyectos orientados directamente a las necesidades de educación y acceso de las comunidades indígenas en situación de pobreza.

Siendo la Guajira uno de los departamentos del país que más preocupa al Estado debido a sus condiciones sociodemográficas en cuanto a pobreza, necesidades básicas insatisfechas, desigualdad, conflicto en el uso del suelo, educación, salud y acceso a servicios públicos, los esfuerzos y prioridades se enfocan especialmente a la satisfacción de las necesidades más primordiales

y básicas de sus habitantes, quedando las TIC como un tema secundario o de menor importancia. En la tabla que se presenta a continuación se da cuenta de algunos datos sociodemográficos del departamento de la Guajira en comparación con las cifras a nivel nacional.

TABLA 1
INDICADORES SOCIODEMOGRÁFICOS,
DEPARTAMENTO LA GUAJIRA VS NACIONAL

Indicador	Dto. La Guajira	Prom. Nacional
Pobreza monetaria (2016)	52,5%	28%
Pobreza Extrema (2017)	26,5%	7,4%
Pobreza Multidimensional (2005)	79,72%	48,97%
Necesidades Básicas Insatisfechas (2005)	65,23%	27,78%
Tasa de Cobertura Bruta de Educación (2015)	86,61%	97,41%
Tasa de Cobertura Bruta en Educación Superior (2015)	25,58%	49,42%
Tasas de población no afiliada a EPS (2015)	9,3%	5,5%
Mortalidad Infantil (2015)	32,9%	17,1%
Cobertura servicio de acueducto (2005)	51,27%	83,41%
Cobertura servicio de alcantarillado (2005)	38,27%	73,06%
Cobertura Energía Eléctrica (2005)	62,04%	93,61%
Déficit de vivienda (2005)	76,35%	36,21%
Conectividad, penetración de Internet fijo (4T-2017)	3,4%	9,7%

Fuente: Adaptado de Martínez[7].

Ahondando un poco más en materia de desarrollo y acceso a las TIC, apenas el 3,5% de los habitantes de la Guajira tienen acceso a internet fijo, y a nivel nacional ocupa el puesto 27 en el ranquin de penetración de este servicio. Con esto, el rezago del departamento en cuanto a desarrollo y acceso a las TIC es verdaderamente preocupante, pues su economía depende fundamentalmente de la actividad minero-energética e ingresos del Sistema General de Reparticiones, así como del Sistema General de Regalías. Especialmente preocupa que el nivel de cobertura de las TIC apenas sobrepasa el 2%, razón por la cual urge el desarrollo de programas de conectividad disponibles para todos sus pobladores, incluyendo las comunidades indígenas ubicadas en las zonas rurales y alegadas del territorio[8].

7 Martínez, A. (18 de enero de 2019). *La Guajira. Caracterización departamental y municipal*.
8 *Ibíd*.

POBREZA Y EDUCACIÓN EN LAS COMUNIDADES WAYÚU DE LA GUAJIRA

Para la Organización de las Naciones Unidas, la pobreza no es definida únicamente por el factor económico, sino que es un factor a través del cual se manifiestan problemas en materia de derechos humanos. Con esto, se expone que

> Entre las distintas manifestaciones de la pobreza figuran el hambre, la malnutrición, la falta de una vivienda digna y acceso limitado a otros servicios básicos como la educación o la salud. También se encuentran la discriminación y la exclusión social, que incluye la ausencia de la participación de los pobres en la adopción de decisiones, especialmente de aquellas que les afectan (ONU, citado en Ramírez)[9].

Es así como para obtener una perspectiva amplia de lo que es la pobreza, se habla del concepto de pobreza multidimensional, el cual aborda diferentes variables multicausales. Con esto, las Naciones Unidas ha formulado como el primero de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), "poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo"[10].

Como ya se ha expuesto, el Departamento de la Guajira presenta estadísticas preocupantes en materia de necesidades básicas, educación, salud, acceso a servicios públicos, ingresos monetarios, entre otros. Con esto, según lo expone Ramírez[11], el cumplimiento del primer ODS en el contexto del departamento se vislumbra inalcanzable debido a los altos índices de pobreza monetaria, pobreza extrema, pobreza multidimensional, inseguridad alimentaria, especialmente en las comunidades indígenas.

En esta misma línea, el autor en mención expone la necesidad de que el problema no sea entendido y trabajado como de manera focal, considerando que este afecta a los 15 municipios del departamento, especialmente a los ubicados en su parte media y alta, que es donde se concentra el 78% de su

---

9 RAMÍREZ, M. *La pobreza en La Guajira frente a los objetivos del desarrollo sostenible de las Naciones Unidas: Poner fin a la pobreza en todas sus formas*, 2018. Disponible en: http://guajira360.org/wp-content/uploads/2018/06/ESTRATEGIA-PARA-REDUCIR-LA-POBREZA-EN-LA-GUAJIRA.pdf

10 Naciones Unidas. *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, 2015. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/

11 RAMÍREZ, M. *La pobreza en La Guajira frente a los objetivos del desarrollo sostenible de las Naciones Unidas: Poner fin a la pobreza en todas sus formas*, 2018. Disponible en: http://guajira360.org/wp-content/uploads/2018/06/ESTRATEGIA-PARA-REDUCIR-LA-POBREZA-EN-LA-GUAJIRA.pdf

población, donde más de medio millón de personas habitantes de zonas rurales pertenecen a la etnia wayúu. En especial, la población rural se encuentra expuesta a diversos problemas y amenazas de orden socioeconómico, los cuales se profundizan con la ausencia estatal.

Por otra parte, Chaparro[12] habla de las condiciones de desnutrición y falta de agua en los territorios donde habitan las comunidades wayúu, reportando la muerte por hambre de más de 5.000 niños en un departamento como el de la Guajira, irónicamente caracterizado por la abundancia de recursos en gas y petróleo, sal, energía eólica y un PIB por encima de la media nacional, pero donde la sequía por el cambio climático ha afectado el desarrollo de siembras para el autosustento, lo cual se suma a la corrupción administrativa. Así, se reporta que el 27,9% de los niños y niñas menores de 5 años de la Guajira sufren desnutrición, presentándose numerables casos de pequeños que han perdido por completo el nivel de masa muscular, y mujeres que deben amamantar hasta cuatro hijos debido a la falta de comida.

En la explicación de la relación entre la pobreza y la educación, de acuerdo al Observatorio de Educación del Caribe Colombiano[13], la educación es un factor primordial para el desarrollo social al nivel nacional y también en los contextos locales y comunitarios. Una de las herramientas que permite evaluar la calidad de la educación son las Pruebas PISA, teniendo que a través de estas se hacen evidentes los problemas no solo en materia educativa, sino también a nivel social. En este sentido, se habla, entre otras cosas, de los problemas de desigualdad y pobreza que afectan a las comunidades, exponiéndose que:

> […] la pobreza existente en La Guajira está correlacionada con los bajos niveles de cobertura en educación y estos, a su vez, con alto porcentaje de población indígena allí existente, la cual durante muchos años ha sido excluida sistemáticamente de la participación en la vida del departamento y la nación[14].

---

12 CHAPARRO, R. *Los indígenas Wuayúu de Colombia están en riesgo inminente de desaparecer por el hambre y la falta de agua*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/indigenas-Colombia-riesgo-inminente-desaparecer_0_662483891.html

13 Observatorio de Educación del Caribe Colombiano. *Una mirada a la educación del Departamento de La Guajira*, 2015. Disponible en: https://www.uninorte.edu.co/web/blogobservaeduca/blogs/-/blogs/una-mirada-a-la-educacion-en-el-departamento-de-la-guajira

14 *Ibíd.*, párr. 3.

Con lo anterior, el Observatorio de Educación del Caribe Colombiano hace referencia a la necesidad de generar una nueva concepción de la construcción de la política pública en el departamento de la Guajira, abordando aspectos tales como la generación de programas de seguridad alimentaria con enfoque diferencial, aumento de la cobertura y mejora de la calidad de la etnoeducación, la promoción de ambientes para el desarrollo científico y tecnológico, así como la investigación pedagógica para la solución de problemas educativos.

Complementario a los aportes del Observatorio de Educación del Caribe Colombiano[15] respecto a la situación de la educación en la Guajira, la misma entidad, junto con la Universidad del Norte y el Centro de Pensamiento Guajira 360° ha publicado el documento titulado: *Educación de la Guajira: retos y desafíos*, en el cual presenta un análisis y reflexión sobre algunos indicadores relacionados con la calidad del servicio educativo en dicho departamento en materia de acceso, permanencia, calidad y analfabetismo, tomando como base fuentes documentales del Ministerio de Educación Nacional, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Calidad de la Educación.

Respecto al servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, la tasa de cobertura neta fue del 73,3% en el 2016, encontrándose que los menores niveles de cobertura se presentan especialmente en los territorios donde habitan las comunidades étnicas, especialmente las wuayúu, lo cual pone en evidencia retos importantes en la materia, formulando estrategias que respeten la identidad cultural de las comunidades y sus arraigos[16].

En cuanto a la permanencia en el sistema educativo, necesariamente se habla de la deserción escolar, entendida como un indicador opuesto a la permanencia, exponiéndose que

> [...] el abandono del sistema educativo, antes de haber culminado el ciclo escolar, es un fracaso para el estudiante y para la escuela, pues contraviene los fines del sistema educativo y tiene considerables efectos negativos sobre el desarrollo social,

---

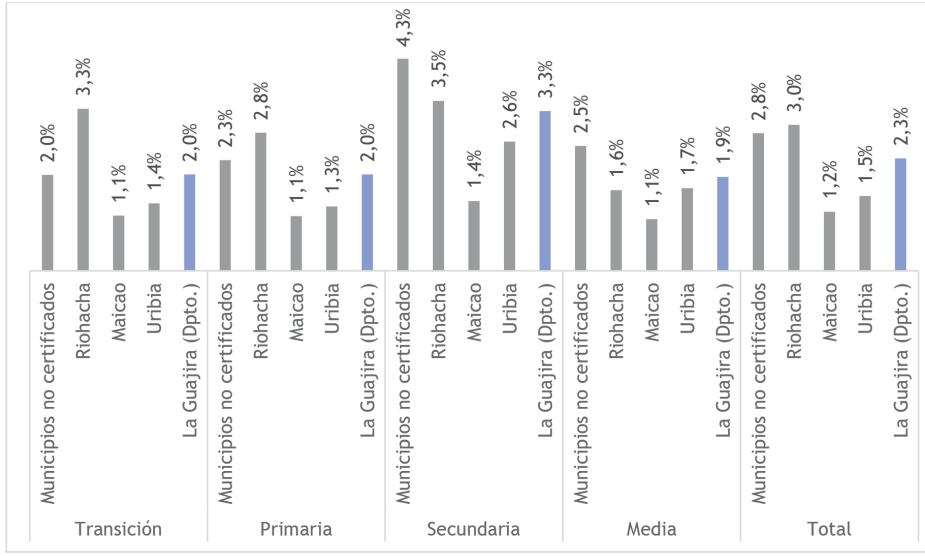
15 *Ibíd.*

16 Observatorio de Educación del Caribe Colombiano, Universidad del Norte, Cento de Pensamiento Guajira 360°. *Educación en la Guajira: retos y desafíos*, 2017. Disponible en: http://guajira360.org/wp-content/uploads/2018/04/Informe-de-Investigaci%C3%B3n.-Educaci%C3%B3n-en-La-Guajira-Retos-y-Desaf%C3%ADos.pdf

el buen uso de los recursos invertidos en el servicio educativo, la competitividad del país, la calificación de su capital humano y el nivel de ingreso de las personas[17].

Con lo anterior, se tiene la tasa de deserción escolar en el departamento de la Guajira entre el 2011 y 2016 país pasó de 6,2% a 2,0%. Al revisar los datos en cada uno de los ciclos, se tiene que en nivel de Transición presenta la mayor deserción en Riohacha (3,3%); en primaria, el mayor nivel de deserción de presenta también en Riohacha con el 2,8%; en los niveles de Secundaria se presenta en los municipios no certificados, con una tasa del 4,3%; en los niveles de educación media también se presenta en los municipios no certificados, con una tasa de 2,5%; y finalmente la mayor tasa de deserción escolar se presenta en Riohacha, con el 3% (ver siguiente figura).

FIGURA 1
TASA DE DESERCIÓN INTERANUAL
PARA LAS ETC DE LA GUAJIRA, AÑO 2016



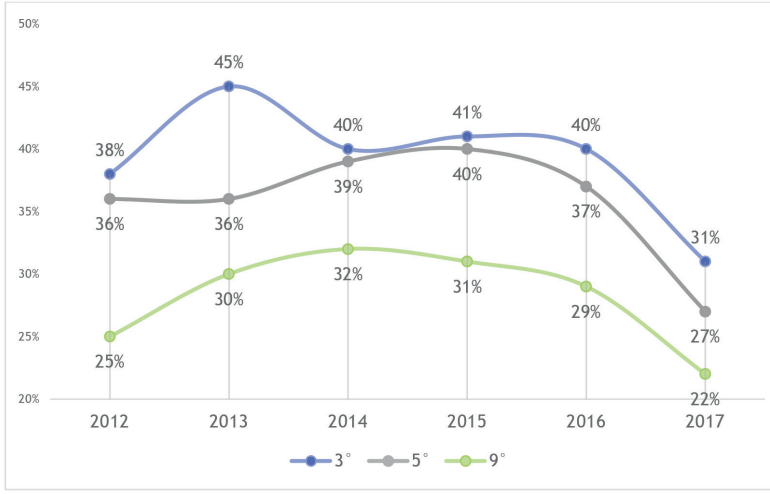
Fuente: Observatorio de Educación del Caribe Colombiano, Universidad del Norte, Centro de Pensamiento Guajira 360°, 2017, p. 11.

17 *Ibíd.*, p. 10.

Con la anterior figura, se evidencia que la tasa de deserción escolar se conserva en un 2% entre los niveles de transición y primaria, pero dicha cifra aumenta 1,3 puntos porcentuales al pasar a los grados de secundaria. De esta manera se recomienda que las Secretarías de Educación trabajen en el desarrollo de estrategias direccionadas a la disminución de condiciones que se asocian a la deserción escolar, como por ejemplo, pobreza, desigualdad, desempleo, acceso, entre otras. Para esto se precisa trabajar también desde los Proyectos Educativos Institucionales, desde los mismos planes de asingatura, proyectos pedagógicos y de corte transversal.

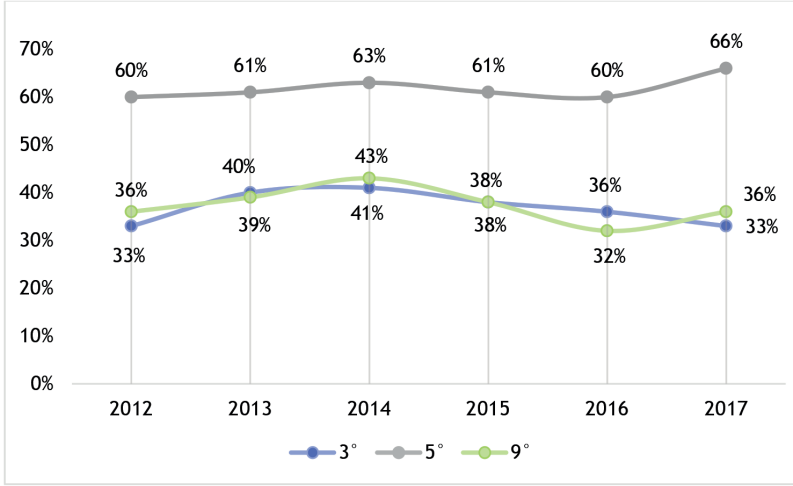
En materia de calidad educativa, al tener en cuenta los resultados de las pruebas SABER para los grados 3°, 5° y 9° entre los años 2012 y 2017, se distingue una importante disminución del porcentaje de estudiantes con nivel de desempeño insuficiente en el áreas de Lenguaje, presentando reducciones porcentuales de hasta 9 puntos; no obstante, en el área de matemáticas, el porcentaje de estudiantes con desempeño insuficiente supera el 66% en el caso de grado 5°, y para los grados 3° y 9° supera el 30% (ver Figura 2 y Figura 3).

FIGURA 2
PORCENTAJE DE ESTUDIANTES EN NIVEL DE DESEMPEÑO INSUFICIENTE EN LENGUAJE SABR 3°, 5° Y 9°, 2012-2017.



Fuente: Observatorio de Educación del Caribe Colombiano, Universidad del Norte, Centro de Pensamiento Guajira 360°, 2017, p. 13.

FIGURA 3. PORCENTAJE DE ESTUDIANTES EN NIVEL DE DESEMPEÑO INSUFICIENTE EN LENGUAJE SABR 3°, 5° Y 9°, 2012-2017



Fuente: Observatorio de Educación del Caribe Colombiano, Universidad del Norte, Centro de Pensamiento Guajira 360°, 2017, p. 14.

Con lo anterior, se evidencia que, en el área de Lenguaje, si bien se han presentado mejoras en los resultados de las pruebas SABER, el porcentaje de alumnos con nivel de desempeño insuficientes en ambas áreas refleja serios problemas de calidad educativa, los cuales requieren mayor atención por parte de las entidades correspondientes y las mismas instituciones educativas. Con esto, se precisa que desde el Gobierno Nacional se maximicen los esfuerzos para que a nivel departamental y municipal se efectúen planes, programas y proyectos en materia de asistencia y acompañamiento permanente para los procesos de seguimiento y mejora de la calidad educativa, fortaleciendo urgentemente los procesos de gestión escolar, buscando elevar la cobertura y calidad de la educación que recibe la población indígena.

Sobre la situación particular de las comunidades indígenas y el servicio educativo, llaman la atención los factores de formación y pertinencia del profesorado y directivos docentes que hacen parte del sistema, exponiéndose que

> La Guajira mantiene debilidades en el componente institucional del sector, la participación de docentes con posgrado en el total de la planta docente alcanza un 14%, 15 puntos porcentuales por debajo del consolidado nacional. Lo anterior

> configura un entorno caracterizado por bajas posibilidades de fortalecimiento de la práctica pedagógica del profesorado a través del desarrollo continuo del conocimiento disciplinar y didáctico y el fortalecimiento de la investigación pedagógica[18].

Aunado a lo anterior, está el componente de nivel de analfabetismo, que presenta relación directa con la pobreza, incidiendo directamente sobre la productividad y en la capacidad de generación de ingresos y empleos desde el hogar. Además, se apunta que

> [...] los padres de familias que se encuentran en dicha situación no se involucran en el proceso educativo de sus hijos, lo que genera un alto riesgo en torno de su permanencia al interior de los ciclos educativos y la calidad del mismo, lo que puede conducir a un proceso de reproducción sistemática de las condiciones de pobreza[19].

Ahora bien, la tasa de analfabetismo en el departamento de la Guajira en la población mayor de 15 años es del 32,7%, presentándose los niveles más críticos en los municipios de Uribia (67,8%), Manaure (56,0%), Dibulla (35%) y Urumita (27,4%), y el resto de los municipios del departamento con niveles de alfabetismo superiores al 15%[20]. Por otra parte, al revisar el índice de analfabetismo en los territorios étnicos del departamento, se encuentran cifras aún más elevadas, encontrando que los más preocupantes corresponden a los municipios de Manaure (76%), Uribia (64,1%), Dibulla (59,9%), Albania (59,3%), Maicao (56,0%), Riohacha (52,0%), y el resto de municipios con niveles superiores al 24%.

En concreto, respecto al nivel de analfabetismo y la situación socioeconómica de los grupos y comunidades indígenas, Psacharopoulos y Patrinos[21] hablan sobre el alto nivel de correlación positiva que existe entre la educación, el empleo y la condición de pertenencia a algún tipo de comunidad étnica. De este modo, se considera que el acceso a la educación es un instrumento primordial para el cierre de las brechas de pobreza e interétnicas, por cuanto se consolida como un motor para la inclusión y la movilidad social.

---

18 *Ibíd.*, pp. 16-17.

19 *Ibíd.*, p. 25.

20 Gobernación de la Guajira. Plan de Desarrollo para la Guajira. *Un nuevo tiempo 2017-2019*. Riohacha, Guajira: Gobernación de la Guajira, 2016.

21 Psacharopoulos, G. & Patrinos, H. *Returns to investment in education: a further update.* Education Economics, 2004.

Finalmente, queda decir que el problema de la educación en la Guajira, especialmente en la región alta, se da, entre otras cosas, por el alto nivel de dispersión de la comunidad y la escasa densidad poblacional, puesto que las distancias entre las escuelas y las rancherías y centros poblados son muy altas, lo cual hace que los niños deban recorrer largas distancias para tener acceso al servicio educativo y se dificulte la integración de las comunidades al sistema. A esto se suman condiciones de pobreza, las cuales presentan situaciones como el deficiente y nulo (para muchos casos) suministro de servicios públicos y el debate de la necesidad de incorporar innovaciones tecnológicas en materia de TIC frente a la urgencia de dar solución a las necesidades más básicas. No menos importante es la necesidad de una adecuada articulación entre el sistema educativo formal y la formación que se maneja al interior de las comunidades, de modo que no se rompan las dinámicas propias de desarrollo cultural.

INCORPORACIÓN DE LAS TIC EN LOS TERRITORIOS WAYÚU

Como ya se ha visto hasta este punto, en el departamento de la Guajira las condiciones de pobreza que afectan a las comunidades indígenas wayúu se ven reflejadas en un sistema educativo de baja calidad, presentándose bajos resultados en el desarrollo de pruebas estandarizadas, alto nivel de analfabetismo, problemas de deserción escolar, necesidad de mayor acompañamiento en materia de gestión educativa y necesidades diversas al interior de las comunidades que hacen que la educación se encuentre desarticulada en el sistema de necesidades que urgen ser atendidas al interior de los territorios de dichas comunidades.

Con lo anterior, respecto al objetivo de este escrito, en el presente apartado se expone de qué manera las comunidades indígenas, entre ellas la wayúu, han concebido la introducción de las TIC a sus territorios para el desarrollo de procesos sociales y educativos.

Desde el contexto comunitario, en el ejercicio del derecho a la autonomía, la autodeterminación y participación ciudadana, las comunidades indígenas del país han definido sus propios lineamientos para la incorporación de las TIC en sus territorios, de acuerdo con sus necesidades y condiciones. El resultante de dicha labor ha sido el documento titulado: *Política Pública de Comunicación de y para los Pueblos Indígenas* (PPCPI), en el cual, se recalca que

> La implementación de la PPCPI deberá favorecer la construcción de una sociedad que reconozca, respete y proteja la diferencia cultural, contribuyendo al diálogo intercultural y de interacción, libre entonces de los estereotipos, la discriminación, la desinformación y la exclusión, y le ponga freno a las violaciones del derecho a la vida, a la integridad cultural y a la dignidad humana que han dominado históricamente las acciones y representaciones hechas contra los Pueblos Indígenas de Colombia[22].

Es así como en dicha política se considera de especial importancia que exista convergencia, confluencia y retroalimentación de los diferentes modelos comunicativos. Es así como es necesario que las instituciones adecúen el uso de las TIC a las necesidades de las comunidades, promoviendo procesos autónomos en la apropiación de los medios de comunicación de acuerdo con sus expectativas y tradiciones como cultura.

La participación de las comunidades indígenas en el diseño y desarrollo de políticas en materia de TIC ha sido importante tanto a nivel nacional como internacional, haciendo presencia en diferentes encuentros, mesas de trabajo, cumbres, planes y foros, tal como se aprecia en la siguiente tabla.

TABLA 2
HITOS DE EXPERIENCIAS COMUNICATIVAS INDÍGENAS

Hito	Descripción
Primer Encuentro de Emisoras Indígenas (Villa de Leyva, 2001)	Acercamiento entre el Ministerio de Comunicaciones, autoridades y comunidades indígenas para la instalación de emisoras en sus territorios.
Mesas regionales	Se llevaron a cabo cinco mesas regionales en diferentes territorios del país para definir las necesidades de los pueblos indígenas en materia de comunicación. En algunos pueblos de comunidades indígenas se instalaron emisoras propias, fortaleciendo sus dinámicas y ampliando sus espacios culturales.
Mesa Indígena de Comunicaciones (Villeta, 2003)	El Ministerio de Comunicaciones recogió experiencias comunicativas de los pueblos indígenas. Se generó el documento titulado *Lineamientos para la construcción de políticas comunicativas para los pueblos indígenas.*

22 Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas – CONCIP – MPC. *Política Pública de Comunicación de y para los pueblos indígenas.* Bogotá, D.C.: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MinTIC, Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas CONCIP, 2017, p. 10.

Hito	Descripción
Diagnóstico y fortalecimiento de emisoras indígenas en Colombia (Ministerio de Comunicaciones y Cultura, ONIC, 2008-2009)	Se precisó el estado de las emisoras indígenas en el país y se visibilizó la necesidad de trabajar conjuntamente en la generación de lineamientos para una política sobre este tema.
I Cumbre Continental de Comunicación Indígena (La María, Piendamó, 2010)	Se hizo un análisis de las formas apropiadas y medios de comunicación propios de los pueblos indígenas. Se insistió en la construcción de una política pública de comunicación indígena.
Encuentro Nacional para la Construcción de una Política Pública de Comunicación Diferencial para los Pueblos Indígenas e Colombia (Bogotá, 2011)	El propósito de este evento fue presentar un documento de propuesta sobre política de comunicación para los Pueblos Indígenas. Queda claro que se precisa la participación de las comunidades para el desarrollo de cualquier propuesta al respecto. Se planteó retomar escenarios de diálogo y participación en la Mesa Nacional de Comunicación y trabajar una política diferencia del comunicación desde los procesos comunicativos.
Plan Estratégico de Comunicación OPIAC (2012)	Elaboración del proyecto Plan Estratégico Comunicacional Intercultural.
Foro Nacional de Comunicación Indígena	Se avanzó en los lineamientos para la construcción de una política diferencial de comunicación desde los pueblos indígenas.
IV Cumbre de Líderes Indígenas de las Américas, CLIA (Cartagena, ONIC, 2012)	Se ratificó el mandato de dinamizar la Política Pública de Comunicación Indígena como herramienta política.
Foro Internacional de Comunicación Indígena y Políticas Públicas: Debates y Prácticas (Popayán, CRIC, 2014)	Se retroalimentó el ejercicio práctico del derecho a la comunicación y se avanzó en la ruta hacia la concreción e implementación del documento PPCPI.
Escuela De Comunicación del Pueblo Wayúu (2014)	Esta escuela se planteó como un proceso autónomo de formación en comunicaciones, que se realiza de manera itinerante en diferentes comunidades del territorio Wayúu.

Fuente: Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas – CONCIP – MPC, 2017.

PRINCIPIOS ORIENTADORES

El resultado de dicha participación es expresado en el PPCPI, en el cual se consideran nueve principios orientadores para la implementación de las TIC en las comunidades:

– ADECUACIÓN Y PERTINENCIA CULTURAL

Las ofertas institucionales en materia de TIC deben ser pertinentes y adecuadas a las culturas de las comunidades indígenas, prestando atención a su singularidad y a los niveles de vulnerabilidad que presentan. Así, es conveniente desarrollar procesos de participación, consulta previa y concertación, guardando las disposiciones constitucionales y normativos internacionales en materia de derechos reconocidos a estas comunidades.

– CONCERTACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD

Se precisa que la gestión pública por parte del Estado debe ser concertada con las comunidades a través de sus instancias representativas, sin que este (el Estado) se inhiba o aplace el cumplimiento de sus obligaciones al atender situaciones perentorias o deba garantizar derechos claramente configurados.

– PROGRESIVIDAD, CONEXIDAD E INVISIBILIDAD

La PPCPI debe ajustarse a los derechos de igualdad, participación, autodeterminación, autonomía, territorios, reconocimiento y protección que les han sido reconocidos, siendo elemental la conexidad e indivisibilidad entre estos y la garantía de su materialización.

– SUBSIDIARIDAD, CONCURRENCIA
Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

El trabajo de las instituciones encargadas de la aplicación de la política en materia de comunicación indígena debe ser desarrollado de manera complementaria, procurando siempre la eficiencia, efectividad y la garantía en de sus labores.

– TEJER UNIDAD PARA LA DEFENSA
Y PROTECCIÓN DEL TERRITORIO

Implica fortalecer la comunicación en las comunidades en procesos propios como mingas, círculos de la palabra, espacios de manejo, pensamientos y acciones. Con esto se busca fortalecer la identidad cultural y autonomía de las comunidades y pueblos indígenas.

– SOSTENIBILIDAD Y AUTONOMÍA

Cualquier tipo de programa, proyecto u oferta institucional debe ser sostenible, evitar la dependencia económica o tecnológica del cualquier tipo. En este sentido, se propende por el fortalecimiento de la autonomía indígena a través de trabajos de acompañamiento, apropiación, capacitación y transferencia.

Se resalta que el principio de sostenibilidad no excluye acciones, proyectos o programas de subsidio, condonación u homologación que pudieran resultar necesarias en determinado momento.

— LEGALIDAD Y NO REGRESIVIDAD

Referente al no desconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, su vulneración o implementación regresiva. Se tiene en cuenta que los procesos de comunicación indígenas están basados en la Ley de Origen, Derecho Mayor, Derecho Propio y en la espiritualidad.

— PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Todos los procedimientos y acciones llevadas a cabo para la implementación de una política en comunicación indígena deben hacerse conocer a través de mecanismos y lenguajes adecuados a las comunidades.

— FUENTES NORMATIVAS

Principio por el cual se busca que las políticas en materia de comunicación indígena sean implementadas bajo el marco normativo del derecho nacional e internacional.

COMPONENTES DE PPCIP

Teniendo presente tales principios, los componentes que surten el PPCIP se orientan al desarrollo de una serie de objetivos a través de los cuales se busca diseñar acciones tendientes a responder a las necesidades que presentan las comunidades indígenas en materia de comunicación y, entre ellas, acceso a las TIC.

El primer componente es referente a las formas propias de comunicación indígena, cuyos objetivos se encaminan a la conservación y revitalización de sus lenguas, conocimientos, la protección cultural, sus conocimientos, la promoción de espacios espirituales y de encuentro de sabedores, reconocimiento del patrimonio indígena, planes formativos acordes con sus dinámicas territoriales, promoción de espacios interculturales y también de encuentros

intergeneracionales para la trasmisión interna de conocimientos ancestrales, culturales y espirituales[23].

El segundo componente se enfoca a medios apropiados, cuyos objetivos se direccionan a la generación de programas y espacios para fortalecer los canales de comunicación usados por las comunidades, el diseño de espacios de participación para la difusión de contenidos de las comunidades, el establecimiento de alianzas entre pueblos indígenas a través de diferentes escenarios de comunicación, uso de herramientas tecnológicas en los territorios, la creación y producción de contenidos según sus necesidades y la creación del Observatorio de Comunicación Indígena de Colombia[24].

El tercer componente hace referencia a los derechos y garantías de las comunidades, reconociéndose necesaria la expedición de un documento Conpes en el que se señale la necesidad de una política diferenciada en materia de derecho a la comunicación propia, el desarrollo de mecanismos de protección en procesos colectivos de comunicación, el fomento de la protección jurídica de los conocimientos tradicionales indígenas, capacitaciones sobre protección de la propiedad intelectual y la promoción en programas conducentes al fortalecimiento de capacidades de los pueblos y comunidades[25].

Finalmente, está el componente de acceso y conectividad, cuyos objetivos se enfocan en la gestión de un plan nacional de conectividad para los pueblos y territorios indígenas, el desarrollo de procesos de apropiación para el uso de las TIC de manera coherente con su sentir cultural, el diseño y desarrollo de herramientas interactivas para la preservación de sus lenguas e idiomas, el desarrollo de programas para el uso de TIC para la visibilización y difusión de los contextos de las comunidades, el desarrollo de un Plan Nacional de Fomento y Difusión Digital e Impresa de la Creatividad Indígena Oral y Escrita desde la perspectiva de las TIC, y el desarrollo de ofertas institucionales con enfoque diferencial.

Reconocidos los principios y componentes que surten el PPCPI, es necesario reconocer los trabajos que se han desarrollado al interior de las comu-

---

23 Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas - CONCIP - MPC. *Política Pública de Comunicación de y para los pueblos indígenas.* Bogotá, D.C.: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MinTIC, Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas CONCIP, 2017.

24 *Ibíd.*

25 *Ibíd.*

nidades indígenas de la Guajira en materia de adecuación y apropiación de las TIC a sus necesidades, siendo la más representativa la comunidad wayúu.

En este sentido, la Mesa Técnica Departamental de Etnoeducación Wayúu ha desarrollado el proyecto educativo denominado *Anaa akua ipa*, en cuyo diseño participaron representantes de diferentes municipios del departamento de la Guajira y el cual busca responder a las necesidades en materia de comunicación, no son dejar de lado factores claves como territorio, autonomía, tradiciones y costumbres.

En dicho proyecto se cumplen procesos interculturales, en donde es necesaria la experiencia tecnológica como herramienta para el abordaje de obstáculos de aprendizaje. Sin embargo, no deja de preocupar la influencia por parte de la cultura occidental sobre el proceso formativo de los niños wayúu, a quienes se les busca formar a partir de procesos pedagógicos que parten del núcleo familiar y se extienden al interior de la comunidad, predominando los saberes y actividades ancestrales. En este sentido, la Mesa Técnica Departamental de Etnoeducación[26] reconoce y expresa su preocupación por el desplazamiento de los saberes ancestrales frente a imponencia y fuerza de la cultura occidental.

De este modo, se ha considerado que el acceso a la tecnología debe tener lugar en ciclos avanzados, cuando los niños hayan desarrollado un mayor arraigo a su cultural, esperando que: "el joven Wayúu pueda conjugar todos los aspectos de su vida como wayúu y, además, contar con elementos y prácticas de la cultura *alijuana* (no wayúu) dentro de unos contextos interculturales con identidad y sentido de pertenencia hacia lo propio"[27].

LIMITACIONES

Ahora, si bien se ha reconocido que el acceso a las TIC como elemento *alijuano* es necesario e inevitable en el proceso educativo de los niños, niñas y jóvenes wayúu, es necesario reconocer cuáles son aquellos factores que obstaculizan su acceso y el desarrollo de una política en la materia enfocada en las necesidades de la comunidad. A continuación, se exponen

---

26 Mesa Técnica Departamental de Etnoeducación. (s.f). *Anna Akua Ipa*. Disponible en: http://www.caminosinterculturales.org/documentos/Debates-Pedagogicos/Peda gogia-propia/Para-ir-mas-alla/Proyecto-Educativo-Anaa-Akuaipa.pdf

27 *Ibíd.*, pp. 55-56.

dichas limitaciones, las cuales fueron visibilizadas a través de un trabajo documental y de campo a partir de entrevistas realizadas a líderes de la comunidad.

– FALTA DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS TIC Y EL DESARROLLO DE LA COMUNICACIÓN PROPIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las formas de comunicación propia que guardan los pueblos indígenas están basadas en las dinámicas ancestrales y cosmogónicas de los pueblos originarios y con la naturaleza, en donde la trasmisión de conocimientos no emplea ningún tipo de artefacto tecnológico.

Teniendo en cuenta que, a diferencia del uso de las TIC, las formas propias de comunicación ancestral desarrollada por los pueblos y comunidades indígenas se basan en sus tradiciones, prácticas, saberes y territorios sagrados, la introducción de medios y herramientas modernas como las TIC pueden ser versos por un aparte de la comunidad como elementos de amenaza que pueden generar rupturas en los procesos de diálogo y trasmisión de conocimientos intergeneracionales.

– LIMITADO ACCESO A HERRAMIENTAS MODERNAS DE COMUNICACIÓN

No es un secreto que, en el departamento de la Guajira, y en especial en los territorios indígenas ubicados en zonas rurales, el acceso a las TIC es completamente limitado, lo que hace que las instituciones educativas tengan que prescindir de estas herramientas o manejar una carga alta de estudiantes por dispositivo. Del mismo modo, los docentes no cuentan con dotación RIC para el desarrollo de su labor educativa, razón por la cual echan mano a recursos propios.

A lo descrito se suma que el desarrollo de proyectos llevados a cabo por el Estado no tiene en cuenta la voz y participación de las comunidades, lo que genera que estas vean amenazados su cultura y territorios por la introducción de las TIC. Además, las ofertas institucionales no son claras en materia de integridad étnica y cultural de las comunidades, constituyéndose a los ojos de las comunidades como ofertas externas de invasión que amenazan sus tradiciones, saberes, lenguas, cosmogonías, etc.

Por otro lado, está la limitada participación de las comunidades y autoridades indígenas en la producción de contenidos para la pervivencia de sus prácticas, creencias, saberes y tradiciones. En este sentido, los contenidos digitales que se encuentran han sido elaborados por agentes externos, presentándose de manera descontextualizada y sin el consentimiento de autoridades y organización de representación de las comunidades.

— COSTOS DE INVERSIÓN LIMITADOS POR BARRERAS GEOGRÁFICAS

Las grandes distancias y la ubicación remota de algunas comunidades indígenas hacen que la infraestructura para el servicio de energía e internet sea limitada, presentándose así una mayor necesidad de expansión y cobertura hacia territorios indígenas. En este sentido, los operadores de los servicios de internet ven serias limitaciones en materia de inversión por los altos costos que para ellos representaría llegar a dichos territorios. Es así como los operadores prefieren canalizar sus inversiones hacia zonas por mayor densidad poblacional y cuyas condiciones geográficas y de distancia no sean complejas.

— RECHAZO COMUNITARIO

La reticencia por la penetración de las TIC a las comunidades se presenta especialmente en la población mayor, la cual relaciona la infraestructura comunicacional y equipos con la afectación a la salud y flujo de energía a casusa de las radiaciones que se emiten por dichos aparatos[28].

Por otro lado, el rechazo comunitario frente a las TIC se explica también por un temperamento cultural de prevención frente al cambio, no sin reconocer (por parte de algunos líderes comunitarios), que el conocimiento cultural puede resultar bastante arraigada y sesgada. Si bien se reconoce que las TIC pueden amenazar la pervivencia de cultura, lengua, tradiciones, conocimiento y prácticas ancestrales culturales, algunos líderes reconocen la necesidad de modernización ante los constantes cambios del entorno.

---

28 Departamento Nacional de Planeación. *Evaluación de los programas del Plan Vive Digital para la Gente financiados con recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Bogotá, D.C.: DNP, 2018.

— BARRERAS DE USO

Estas tienen que ver especialmente con las limitaciones de las condiciones económicas de las comunidades para la adquisición de dispositivos digitales para hacer uso de los servicios y ventajas de la conectividad. Si bien a través de los puntos Vive Digital y Kioskos Vive Digital se ha facilitado y posibilitado el acceso a las TIC en muchas comunidades no disponen de estos espacios o encuentran que sus programas de capacitación se dirigen especialmente a la población joven.

— PRIORIZACIÓN DE OTRAS NECESIDADES

Como ya se ha mencionado, las condiciones de pobreza que presenta el departamento de la Guajira son palpables en la carencia de servicios básicos de energía, agua, salud y educación. En este sentido, la disponibilidad de recursos es empleada para la priorización de estos aspectos, los cuales quedan por encima del tema de conectividad y TIC.

— APROPIACIÓN

Los programas de acceso, capacitación y apropiación de las TIC se encuentran focalizados especialmente a la población joven de las comunidades, en tanto que la población mayor presenta dificultades en el aprendizaje de su uso, lo cual genera un arraigo a los sentimientos de desconfianza respecto a las utilidades de la virtualidad para temas como trámites, especialmente cuando el resultado no es tangible ni demuestra la legitimidad del proceso, como por ejemplo, una forma, un certificado o una consignación[29]. A esto se suma el temor al señalamiento o burla como barrera de apropiación.

Otra barrera de apropiación tiene que ver con la falta de concordancia entre las particularidades de la comunidad indígena y de los aspectos de las TIC. Un ejemplo claro de eso el lenguaje, por cuanto las comunidades se ven obligados a aprender y adaptarse a un idioma distinto a propio, lo cual es reflejo de la falta de enfoque diferencial y de la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural.

---

29 *Ibíd.*

De otra parte, la falta de apropiación también se ve reflejada en los docentes, encontrando que el uso de las TIC se limita a cuestiones personales o administrativas mas no a su práctica pedagógica en el aula debido, por un lado, a la falta de dispositivos y, por otro lado, a la falta de desarrollo competencias digitales docentes que les permita desarrollar su actividad con el empleo de las TIC.

Finalmente, el problema de apropiación también se asocia a escasa actividad investigativa por parte de la comunidad, la cual no se preocupa mucho por el desarrollo de materiales de investigación, documentos o producciones que puedan ser divulgadas a través de las TIC para compartir sus culturas y establecer mecanismos de interacción con otras culturas e instituciones diversas.

— PROYECCIÓN A CORTO PLAZO

A pesar de que los planes de desarrollo que se han formulado para el territorio han contemplado la ampliación de la cobertura y acceso a las TIC para la educación, su proyección apenas abarca el periodo de gobernanza de turno y no presenta una línea de continuidad en el tiempo, presentándose la formulación de nuevos proyectos y metas no articuladas con el trabajo anterior.

— INVERSIÓN FOCALIZADA DE MANERA INADECUADA

Según el DNP[30], en el periodo comprendido entre 2010 y 2017, 35 de los 47 programas ejecutados a nivel nacional presentaron discontinuidad en el tiempo, y los que fueron desarrollados se focalizaron en la gestión de recursos tecnológicos mas no en la solución y respuesta a las necesidades presentadas en las comunidades. En este sentido, los programas se han enfocado en ampliar la infraestructura y hacer dotaciones a los territorios, e incluso abordan capacitaciones; sin embargo, no se contempla la identificación de necesidades de la comunidades y su solución, lo que hace que las investigaciones realizadas no tengan mayor impacto y que las comunidades indígenas no tengan un impacto favorable.

---

30 *Ibíd.*

– LIMITACIONES EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA

Como bien se sabe, el despliegue de infraestructura es un elemento crucial para lograr garantizar el acceso a las TIC en las comunidades, razón por la cual el Plan Digital contempla el programa Ampliación de Telecomunicaciones Sociales para todo el territorio nacional.

Debido a las condiciones geográficas y de lejanía de varios territorios apartados de los cascos urbanos, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles no presentan interés en procesos de contratación pública del FONTIC para la ampliación de cobertura, aspecto que limita el desarrollo de proyectos de acceso para las comunidades indígenas. E esto se suma que en muchos de sus territorios tampoco se cuenta con el servicio de energía eléctrica, condicionante indispensable si se quiere hacer llegar la prestación de servicios de telecomunicaciones[31].

A lo anterior se suma la falta de coordinación entre entidades para la ejecución de proyectos para el despliegue de infraestructura, por cuanto se han presentado casos de inconvenientes en la expedición de licencias ambientales para la instalación de infraestructura, retrasos en la adjudicación de terrenos baldíos y la oposición de las mismas comunidades indígenas por cuanto el despliegue de infraestructura amenaza la invasión de sus territorios.

– CAPITAL HUMANO NO CAPACITADO

De acuerdo con el DNP[32], otro de los obstáculos que se presenta en el desarrollo de proyectos en materia de TIC en las comunidades rurales e indígenas tiene que ver con la falta de capacitación y desarrollo de competencias en el capital humano disponible para la gestión local, la atención y administración de puntos de acceso a las TIC, como lo son los Kioscos Digitales. Se reporta que, en términos generales, las personas que sí cumplen el perfil para dichos cargos o para prestar el servicio de asistencia o capacitación no viven cerca a las comunidades y no están dispuestas a hacer largos desplazamientos, a no ser que su salario justifique los mismos.

---

31 *Ibíd.*
32 *Ibíd.*

Por otra parte, las capacitaciones que han recibido los etnoeducadores a través de las entidades públicas no permiten el desarrollo de las competencias digitales docentes necesarias para que las TIC sean incorporadas con propiedad en su práctica educativa.

— ACCIONES EDUCATIVAS DESARTICULADAS

Se evidencia la falta de trabajo planificado en materia de incorporación de las TIC en las aulas y entre instituciones, siendo necesario que la información, programas y proyectos sean compartidos y retroalimentados para generar procesos de mejora continua en su implementación y en la formulación de nuevos.

LÍNEAS DE ACCIÓN PARA TRABAJAR

Ahora bien, ya que se han reconocido las condiciones sociodemográficas del departamento de la Guajira, los experiencias significativas de la participación de líderes indígenas en la formulación de una política pública en comunicación diferencial, los principios por ellos considerados para su aplicación, los componentes que surten el PPCIP y los diferentes obstáculos y limitaciones que se han presentado en el desarrollo de planes, programas y proyectos de acceso e incorporación de las TIC a las comunidades indígenas wayúu de la Guajira, es importante precisar cuáles son las líneas de acción sobre las cuales se hace necesario trabajar para que las TIC sean incorporadas a las comunidades sin que ellas se constituyan en una amenaza para su cultura y logre superar los diferentes obstáculos condicionantes reconocidos.

— ENFOQUE DIFERENCIAL EN LOS PLANES DE ACCESO Y CONECTIVIDAD

El diseño y gestión de cualquier plan formulado para los territorios indígenas debe considerar los aspectos contextuales propios de las comunidades. De modo que se pueda garantizar el acceso y cobertura en los territorios indígenas, y a la vez se garantice la sostenibilidad del servicio.

– CONTENIDOS DIGITALES DESDE LA APROPIACIÓN DE LAS COMUNIDADES

Es necesario que los indígenas se apropien del desarrollo de sus contenidos digitales, guardando relación con sus principios culturales, espirituales, políticos y territoriales, de modo tal que sus conocimientos y saberes colectivos sean divulgados de manera respetuosa.

Para esto se precisa el desarrollo de iniciativas de producción, que faciliten la creación de contenidos digitales por parte de las comunidades indígenas.

– USO COHERENTE DE LA TECNOLOGÍA INFORMÁTICA, "SOFTWARE LIBRE Y LICENCIAMIENTO GNU"

En la misma línea de los procesos de apropiación de las TIC para su uso coherente por las comunidades de acuerdo con su cultura, espiritualidad y organización política, se precisa el uso de software libre, el cual debe ser útil para responder a las necesidades de los pueblos.

– DISEÑO DE HERRAMIENTAS DIGITALES PARA LA PRESERVACIÓN DE LAS LENGUAS O IDIOMAS PROPIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se precisa el desarrollo y producción de contenidos o aplicaciones multimedia direccionadas a fortalecer las lenguas o idiomas de los pueblos indígenas, buscando su revitalización.

– APROPIACIÓN DE LAS TIC PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN APROPIADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Es necesario desarrollar programas de fomento de las TIC por parte de los pueblos y organizaciones indígenas para que a través de ellos puedan hacer ejercicios de visibilización y difusión de sus contextos a nivel territorial, cultural, político y organizativo.

Debe entenderse que la incorporación de las TIC ha de ser un complemento para la permanencia de la cultura wayúu en el tiempo, y no una amenaza para la misma.

PLANES DE FOMENTO Y DIFUSIÓN DIGITAL E IMPRESA DE LA CREATIVIDAD INDÍGENA ORAL Y ESCRITA

Es importante que desde las comunidades indígenas se promueva y estimule la creación, producción y difusión de contenidos y productos editoriales desde la perspectiva de las tecnologías digitales, como lo son *e-books*, hipertextos, narraciones transmediales, libros, revistas, cartillas, entre otros tipos de publicaciones; de esta manera, las TIC servirán al fortalecimiento de su cultura y no se constituirá en una amenaza para la misma.

– PROPIEDAD INTELECTUAL INDÍGENA EN LA RED

Es necesario que se puede garantizar la protección de los derechos de autor en la red a través de un mayor desarrollo legislativo sobre la propiedad intelectual y colectiva de los pueblos indígenas, de manera que los contenidos en internet gocen de un uso adecuado y permitan la protección del patrimonio intelectual de las comunidades.

CONCLUSIONES

A través de este escrito se han evidenciado condiciones sociodemográficas no favorables que presenta el departamento de la Guajira, razón por la cual los esfuerzos gubernamentales no priorizan el tema de acceso y apropiación de las TIC, tema sobre el cual apenas se contempla el desarrollo de algunas metas concernientes a la ampliación de la cobertura y penetración de servicios y bienes digitales dentro del marco del Plan Vive Digital.

También se ha hecho referencia a las condiciones de pobreza que se presentan en los territorios wayúu de la Guajira, las cuales se evidencian en desigualdad, falta de acceso a servicios básicos públicos, desnutrición infantil, falta de infraestructura, analfabetismo, baja calidad educativa, entre otros.

A través del documento *Política Pública de Comunicación de y para los Pueblos Indígenas*, el cual, si bien no es una política pública como tal, las comunidades indígenas han puesto de manifiesto sus necesidades y pretensiones respecto a la incorporación de las TIC en sus espacios, exponiendo los lineamientos más relevantes para ellos.

Dentro de las limitaciones reconocidas, las más destacadas tienen que ver con la falta de compatibilidad entre las TIC y el desarrollo de la comunicación

propia de las comunidades wayúu, deficiencias e inequidad en el acceso a las TIC, el rechazo desde algunos sectores comunitarios wayúu respecto a la incorporación de las TIC, la priorización de otras necesidades más básicas y esenciales que se presentan al interior de las comunidades, la falta de proyección a largo plazo, la desarticulación de acciones y barreras de apropiación.

Finalmente, se reconocen como trabajos pendientes con las comunidades y acciones orientadas a: lograr el acceso y conectividad en las comunidades, el desarrollo de productos y contenidos digitales por parte de la misma comunidad, el uso coherente de la tecnología, el diseño de herramientas interactivas en procesos educativos, la adecuación de las TIC en las formas de comunicación de los wayúu y la protección de la propiedad intelectual indígena.

REFERENCIAS

Chaparro, R. *Los indígenas Wuayúu de Colombia están en riesgo inminente de desaparecer por el hambre y la falta de agua*, 2017. Disponible en: https://www.eldiario.es/desalambre/indigenas-Colombia-riesgo-inminente-desaparecer_0_662483891.html

Colombia, Congreso de la República (25 de julio de 2019). Ley 1978 de 2019, por la cual se moderniza el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se distribuyen competencias, se crea un Regulador Único y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º *51.025*. Bogotá, D.C.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un nuevo país*, 2013. Disponible en: https://www.dnp. gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Que-es-el-Plan-Nacional-de-Desarrollo.aspx

Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas – concip – mpc. *Política Pública de Comunicación de y para los pueblos indígenas.* Bogotá, D.C.: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MinTIC, Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas CONCIP, 2017.

Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas – concip – mpc. *Política Pública de Comunicación de y para los pueblos indígenas.* Bogotá, D.C.: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MinTIC, Comisión Nacional de Comunicación de los Pueblos Indígenas CONCIP, 2017.

Departamento Nacional de Planeación. *Evaluación de los programas del Plan Vive Digital para la Gente financiados con recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Bogotá, D.C.: DNP, 2018.

Díaz, H. y Pinto, A. Reflexiones a partir de las posibilidades y riesgos de las tic: caso práctico en la experiencia "En tic confío" en La Guajira-Colombia. *Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Innovación y Educación*, 2016.

Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – fonade, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Mintic. (abril de 2013). Dotación, instalación y puesta en funcionamiento de la infraestructura técnica de los Puntos Vive Digital Fase 1, en el marco del plan Vive Digital del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Disponible en: Anexo 2. Documento Técnico Proveedor Fase 1: http://www.fonade.gov.co/Contratos/D ocumentos/3767__20130419103808 19%20anexo%20no%202-%20doc% 20tenico%20proveedor%20fase%201.pdf

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Los pueblos indígenas y la Agenda 2030. *Informe del Grupo Interinstituciona y de Expertos sobre los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenivle*, 2017. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2016/08/Spanish-Backgrounder-sdgs_final.pdf

Gobernación de la Guajira. *Plan de Desarrollo 2016-2019: "Oportunidad para Todos y Propósito de País"*, 2016. Disponible en: https://www.laguajira.gov.co/web/la-gobernacion/planes-de-desarrollo/3371-plan-de-desarrollo-2016-2019.html

Gobernación de la Guajira. Plan de Desarrollo para la Guajira. *Un nuevo tiempo 2017-2019*. Riohacha, Guajira: Gobernación de la Guajira, 2017.

Martínez, A. (18 de enero de 2019). *La Guajira. Caracterización departamental y municipal*.

Mesa Técnica Departamental de Etnoeducación. (s.f). *Anna Akua Ipa*. Disponible en: http://www.caminosinterculturales.org/documentos/Debates-Pedagogicos/Peda gogia-propia/Para-ir-mas-alla/Proyecto-Educativo-Anaa-Akuaipa.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – Mintic. (31 de agosto de 2018). ´El Futuro Digital es de Todos´: la nueva política tic. Disponible en: https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/180831-El-futuro-digital-es-de-todos-la-nueva-politica-TIC.aspx

Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – Mintic. *Anexo Técnico. Evolución de soluciones comunitarias de acceso a internet en el sector rural*, 2019. Disponible en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-100410_Documento.pdf

Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MinTIC. *Puntos Vive Digital*, 2019. Disponible en: https://www.datos.gov.co /Ciencia-Tecnologa-e-Innovaci-n/Puntos-Vive-Digital/etr2-mkeu/data

Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – MinTIC. *Plan TIC 2018-2022 "El futuro digital es de todos"*, 2018. Disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-101922_Plan_TIC.pdf

Molina, M. Políticas públicas para el desarrollo de las TIC en el Estado de Michoacán, México. Revista Internacional de Tecnología, Ciencia y Sociedad, 3(1), 2014.

Naciones Unidas. *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*, 2015. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/

Observatorio de Educación del Caribe Colombiano, Universidad del Norte, Cento de Pensamiento Guajira 360°. *Educación en la Guajira: retos y desafíos*, 2017. Disponible en: http://guajira360.org/wp-content/uploads/2018/04/Informe-de-Investigaci%C3%B3n.-Educaci%C3%B3n-en-La-Guajira-Retos-y-Desaf%C3%ADos.pdf

Observatorio de Educación del Caribe Colombiano. *Una mirada a la educación del Departamento de La Guajira*, 2015. Disponible en: https://www.uninorte.edu.co/web/blogobservaeduca/blogs/-/blogs/una-mirada-a-la-educacion-en-el-departamento-de-la-guajira

OCDE, CEPAL y CAF. *Perspectivas económicas de América Latina 2017: juventud, competencias y emprendimiento*. París: OECD Editorial Publishing, 2017. Disponible en: https://www.oecd.org/dev/americas/E-book_LEO2017_SP.pdf

ONIC, OPIAC, CIT, AICO y Autoridades Tradicionales. *Política Pública de Comunicación Propia de los Pueblos Indígenas*, 2014. Disponible en: https://cric-colombia.org/foroipp/images/Politica-p-comunicacion-indi.pdf

Psacharopoulos, G. & Patrinos, H. *Returns to investment in education: a further update.* Education Economics, 2004.

Ramírez, M. *La pobreza en La Guajira frente a los objetivos del desarrollo sostenible de las Naciones Unidas: Poner fin a la pobreza en todas sus formas*, 2018. Disponible en: http://guajira360.org/wp-content/uploads/2018/06/ESTRATEGIA-PARA-REDUCIR-LA-POBREZA-EN-LA-GUAJIRA.pdf

Roig-Vila, R. *Tecnología e investigación en los procesos de enseñanza-aprendizaje*. Barcelona: Octaedro, 2016.

Romero, L. y Colina, D. Enseñanza de las tic en comunidades Watuu: Innovación o ruptura de tradición. *Opción, 32*(12), 2016.

Sánchez, E. Desarrollos constitucionales para el fortalecimiento de una política de reconocimiento a la diversidad ética y cultural. *Revista de la cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal*, 1(1), 2004, pp. 123-192.

Torres, J. y Santander, J. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*. Bogotá, D.C.: Ediciones iemp, 2013.

Vázquez, P. Agenda 2030 para el desarrollo sostenible en educación: retos y prospectiva. *Gaceta de la Política Nacional de Evaluación Educativa en México, 4*(12), 2019, pp. 16-21.

CAPÍTULO VI

La etnorreparación a favor de pueblos indígenas: la necesidad del fortalecimiento de la actividad judicial en la protección de la diversidad cultural

The ethno-reparation for indigenous peoples: The need for the strengthening of judicial activity in the protection of Cultural Diversity

NARLLY VIVIANA ESPAÑA ENRÍQUEZ[¨]

RESUMEN

La reconfiguración del Estado a partir de principios como diversidad, pluralismo y democracia, fundamento para la visibilización de cosmovisiones disidentes, ha permitido la reivindicación de los pueblos indígenas como sujetos demandantes de participación y autonomía para decidir sobre su destino. Lo anterior adquiere especial relevancia en situaciones en las cuales estos pueblos son víctimas de fracturas en su identidad cultural, y se hace necesaria la especial consideración de su diferencia en los procesos de reparación, que exige un mayor compromiso de los jueces en torno a la protección de la integridad cultural.

Este texto pretende mostrar, a partir de la dimensión de la diversidad cultural, la lectura indígena de la violencia que fundamenta la necesidad de la adopción de criterios culturales en los procesos de reparación a favor de los pueblos indígenas; para posteriormente exponer el devenir jurisprudencial en torno a la acogida de la etnorreparación y la necesidad del fortalecimiento del ejercicio judicial en su protección, con el fin de generar verdaderas oportunidades de transformación social y empoderamiento de los pueblos y comunidades indígenas del país.

PALABRAS CLAVE

Igualdad; Diversidad cultural; Pueblos indígenas; Etnorreparación; Emancipación social.

ABSTRACT

The reconfiguration of the State based on principles such as diversity, pluralism and democracy, the basis for the visibility of dissident worldviews, has allowed the vindication of indigenous peoples as demanding subjects of participation and autonomy to decide their destiny. This takes on particular relevance in situations where these peoples are victims of fractures in their cultural identity that requires special consideration of their difference in

* Abogada, magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: viviana.espana992@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9698-8126

the reparation processes that require judges to make greater commitment around their protection.

This text aims to show from the dimension of cultural diversity, the indigenous reading of violence that underpins the need for the adoption of cultural criteria in reparation processes for indigenous peoples; to subsequently expose the jurisprudence around the reception of ethno-reparation and the need for the strengthening of the judicial exercise in its protection, in order to generate real opportunities for social transformation and empowerment of the indigenous peoples and communities of the country.

KEYWORDS

Equality; Cultural diversity; Indigenous peoples; Ethno-repair; Social emancipation.

INTRODUCCIÓN

La protección del derecho a la diversidad cultural exige repensar la sociedad desde una multiplicidad de cosmovisiones que conforman la riqueza étnica, cultural y social de un país. Así, el reconocimiento de la realidad pluricultural del Estado implica la reivindicación de los valores, tradiciones y saberes ancestrales de las comunidades indígenas, de manera que la tutela de la autonomía y libre determinación de estos pueblos, así como el fomento de su participación, se erige como una deuda histórica a favor de ellos por parte de las sociedades democráticas y un mecanismo de protección frente a acciones que pongan en peligro su integridad cultural. Los pueblos indígenas, como víctimas de persecución, sometimiento e injusticia, demandan ahora un tratamiento por parte del Estado dirigido a crear nuevos horizontes de equidad, paz y justicia social, que reivindiquen su dignidad como pueblos haciendo visible su resistencia histórica.

De igual forma, la consideración de la condición de vulnerabilidad de los pueblos indígenas en Colombia exige tener en cuenta, además del contexto histórico de marginación, despojo y discriminación, la situación derivada de la violencia que azota sus territorios, cuyo origen proviene desde diferentes fuentes que no solo incluye la situación de conflicto armado interno colombiano, sino también conflictos de carácter económico y político que impactan física y culturalmente a estas comunidades. En este sentido, es

importante considerar que las consecuencias derivadas de la pluralidad de violencias que afrontan los pueblos indígenas deben valorarse desde diferentes perspectivas que van más allá del daño material e individual, pues es necesario prestar atención a las afectaciones culturales y espirituales que generan fragmentaciones al tejido vital y social de las comunidades que sufren desde su colectividad.

De ahí que en toda medida administrativa y judicial de reparación integral en beneficio de los pueblos indígenas se ha visibilizado la necesidad de aplicar criterios acordes con la cosmovisión propia de cada comunidad, lo que se ha denominado "etnorreparaciones", dirigidas a atender las particularidades y necesidades propias de los pueblos en el marco de la protección a la diversidad cultural. El objetivo de los criterios de etnorreparación, más allá de atender las consecuencias materiales y el dolor de las víctimas, trasciende hacia el logro de una verdadera protección y promoción de las formas de vida, participación efectiva, organización política y social, de manera que se dirija hacia la creación de verdaderos espacios de transformación social, respeto por su diversidad y empoderamiento de las comunidades.

En este orden de ideas, el presente artículo pretende analizar jurídicamente el desarrollo teórico y jurisprudencial del enfoque étnico frente a la reparación a favor de los pueblos indígenas a la luz de la protección de la diversidad cultural, así como determinar los avances realizados en esta materia desde la actividad judicial e identificar los aspectos que necesitan ser fortalecidos en prospectiva. Inicialmente este estudio ofrece una perspectiva epistemológica y descriptiva, sobre el fundamento y la necesidad de la adopción de criterios culturales en los procesos de reparación a favor de los pueblos indígenas, para luego confrontar dichos criterios en el ejercicio judicial, escenario propicio donde confluye la evolución en la protección y maximización de los derechos de los pueblos indígenas, y el derecho a obtener reparación, siendo los jueces artífices de su garantía.

Por cuestiones metodológicas, el estudio se centra en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y Consejo de Estado como organismos de cierre y de unificación de criterios jurisprudenciales, efectuado en el ejercicio de sus competencias específicas, como la revisión de acciones de tutela y acción de reparación directa, respectivamente, sobre la garantía del derecho a la reparación de pueblos indígenas frente a actos de violencia (económica y de conflicto armado) que afecten la integridad cultural de la comunidad.

Para tal efecto, la primera parte de este artículo presta atención al derecho fundamental a la diversidad cultural, el cual halla fundamento a partir de la resignificación del derecho a la igualdad como expresión de la diferencia e identidad, la democracia y la justicia social, que permite a las comunidades indígenas el mantenimiento y protección de su cosmovisión y formas de vida. Ello da paso a la existencia de diversidad de concepciones sobre la violencia, que implica el reconocimiento de las diferentes formas de leer y entender las vulneraciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus consecuencias diferenciadas, que permite entender el impacto cultural y espiritual de las mismas.

La segunda parte se propone exponer el enfoque étnico sobre los mecanismos de reparación integral frente a violaciones a los derechos humanos de pueblos indígenas como interrelación entre la perspectiva indígena y la reparación integral, a través de la inclusión del concepto de etnorreparación, mediante el cual, a través de criterios como participación, diversidad cultural, enfoque colectivo e idoneidad, se pretende reestablecer el equilibrio y armonía del tejido social y cultural fragmentado por la violencia como oportunidad para constituir caminos de transformación social y protección de la vida y la diversidad.

Por último, se realiza un balance de la adopción de los criterios de la etnorreparación en la jurisprudencia de dos altas cortes colombianas: Corte Constitucional y Consejo de Estado, con el fin de identificar si las medidas de reparación adoptadas a favor de pueblos indígenas víctimas de violaciones a los derechos humanos responden materialmente a los criterios objetivos de la etnorreparación, en aras de contribuir a la satisfacción de las necesidades colectivas, culturales y espirituales de las comunidades víctimas de violaciones de derechos humanos, con el fin de visibilizar las contribuciones que desde la actividad judicial se han adelantado en la protección de la diversidad cultural e identificar los aspectos que requieren ser fortalecidos.

I. EL DERECHO A LA DIVERSIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA PENSAR LA VIDA Y LA MUERTE

La igualdad entendida como la concepción de seres humanos abstraídos de cualquier diferencia no es suficiente frente a una realidad en la cual la diversidad de identidades y de formas de ver y pensar el mundo reclaman lugar

en la sociedad para ser diferentes y exigir un trato acorde a dicha diferencia. En este sentido, ha sido necesaria una reconstrucción del contenido conceptual del principio de igualdad que dé paso al reconocimiento del derecho a la diferencia como parte inescindible de la misma. De manera que la lucha por el derecho a la diferencia sea, a la vez, lucha por la igualdad. En suma, "libertad e igualdad, deben estar ahora al servicio de la diferencia y de la inclusión; no hay libertad sin derecho a la diferencia y no hay igualdad en una sociedad excluyente que solo anhela parecerse a sí misma"[1].

Bajo esta perspectiva, se busca dejar atrás el enfoque universalista de la igualdad como la mera obligación de "trato igual" que busca la asimilación e impide el reconocimiento de la diferencia, sino que, por el contrario, el derecho fundamental a la igualdad lleva implícita la afirmación y la protección de la identidad de cada persona, "en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás"[2]. Este presupuesto desdibuja la contraposición entre igualdad y diferencia, al situarlas en un mismo plano, de tal manera que la exclusión de la diferencia implica la violación de la igualdad, siendo esta el mecanismo de protección de la primera.

De esta forma, el derecho a la igualdad da paso al derecho a la diversidad que concibe a la persona como sujeto pluralista consciente de su propia identidad, "que constituye lo que una cosa es en sí misma y que, al mismo tiempo, la distingue de otra que no es como ella"[3], la cual se halla enmarcada por el conjunto de saberes, valores y cosmovisiones propias que caracterizan y distinguen, a la vez se constituye en presupuesto para el ejercicio de su autonomía y sus derechos fundamentales[4], de ahí la necesidad del individuo

---

1 Bartolomé, Miguel A. La diversidad de las diversidades. Reflexiones sobre el pluralismo cultural en América Latina. [en línea]. En: *Cuadernos de Antropología Social*. 2008, (28). [Citado en el 17 de junio de 2020]. p. 33-49. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180913915002

2 Ferrajoli, Luigi. Igualdad y diferencia. [en línea]. En: *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. [Citado el 25 de noviembre de 2019]. p. 7 -33. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf

3 García Clarck, Rubén. Derecho a la diferencia y combate a la discriminación. En: Carbonell, Miguel, *et al*. *Discriminación, igualdad y diferencia política*. [En línea]. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, 2007 [citado en el 6 de junio de 2019]. pp. 97-136. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf.

4 Olive, León. Discriminación y pluralismo. En: De La Torre Martínez, Carlos. (Coord.). *El*

de demandar un trato conforme a su identidad. El derecho a la diversidad cultural permite entonces el reconocimiento de diversas identidades que confluyen en un plano de igualdad, lo que impide que una se imponga a otras.

En suma, el derecho a la diversidad se constituye "como un principio que reivindica las diferencias propias a condición de reconocer, respetar y defender las identidades ajenas"[5]. Diferencias que deben ser reconocidas y, por consiguiente, la igualdad se constituye en el campo propicio para el reconocimiento de dichas identidades que son admitidas en el ámbito de la igualdad, sin que necesariamente se hable de desigualdades; "la igualdad entendida de esta manera se convertiría en el único marco en donde se podrían reconocer identidades singulares y colectivas cuyas diferencias fueran inocuas para la igualdad política y social"[6].

En consecuencia, el reconocimiento y protección de la diversidad cultural y el derecho a la diferencia en la realidad jurídica y política de los estados a través del nacimiento de nuevas constituciones en las que en forma explícita se identifica el carácter multicultural y multinacional que marca la ruptura con concepciones de Estados–nación, gira en torno a un contexto histórico de situaciones de discriminación, exclusión y marginación por parte de la población mayoritaria en contra de los pueblos culturalmente diferenciados, entre ellos, los pueblos indígenas.

De manera que la reivindicación de la diversidad ha significado una medida de defensa de grupos emancipatorios y de resistencia indígena, que exigen repensar el derecho en favor de grupos históricamente marginados y reivindicar la presencia en los espacios políticos y sociales a quienes históricamente estuvieron ausentes. En este entendido, a través de dicho reconocimiento, "se trata de tomar conciencia de la discriminación, de la subordinación y de la opresión a la que se está sometido por parte de la sociedad, reputarla como injusta, articular demandas y organizar al grupo para que tal toma de

---

derecho a la no discriminación. [En línea]. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, pp. 81-102. [citado en el 7 de marzo de 2020]. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/BD-DND-9.pdf

5 García Clarck, Rubén. *Op. cit.*, p. 102.

6 Perona, Ángeles J. Notas sobre igualdad y diferencia. En: Mate, Reyes. *Pensar la igualdad y la diferencia*. Una reflexión filosófica. [En línea]. Madrid: Fundación Argentaria, 1995, pp. 35-45. [Citado en el 7 de marzo de 2020]. Disponible en: https://www.academia.edu/438267/Notas_Sobre_Igualdad_Y_Diferencia

conciencia se externalice como conflicto y llegue a introducir en la agenda institucional las demandas del grupo"[7].

A partir de las demandas sociales de los pueblos indígenas, nace la necesidad de cuestionar los ordenamientos jurídicos vigentes, para ubicar paulatinamente el multiculturalismo y la pluralidad en la agenda política y académica, propendiendo por una visión contrahegemónica de los derechos humanos, y en especial, el derecho a la igualdad como garantía del derecho a la diferencia, mayor inclusión y la igualdad social. "Es un ideal que tiene en cuenta las voces histórica y culturalmente silenciadas: las de las mujeres, las de las minorías étnicas y sexuales, las de los empobrecidos y la de la naturaleza, entre otras, y establece como principio normativo el respeto por la diversidad antropológica del mundo"[8].

Es así como alrededor de finales del siglo XX surge en América Latina una serie de reformas constitucionales de corte pluralista que permitieron visibilizar a grupos minoritarios marcados por la indiferencia para dar paso al reconocimiento de las configuraciones pluriétnicas de los Estados estableciendo a la diversidad cultural como un principio constitucional, que pretenden hacer frente al colonialismo histórico y presente. Estas reformas constitucionales "permiten expresar la resistencia proveniente de los antiguos y los nuevos colonialismos"[9].

Colombia no fue ajena a dicho proceso, y a partir de la Constitución Política de 1991, se adelantó un esfuerzo por adaptar el ordenamiento constitucional a la realidad cultural del país, y se deja atrás la consideración de un solo modelo de pensamiento y de cosmovisión para dar paso a la reivindicación de grupos sociales que poseen características étnicas y culturales diferentes a la cultura occidental y visibilizarlos ante la sociedad en el marco

---

7 Criado De Diego, Marcos. La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. [En línea]. En: *Revista Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio, Bogotá, 2011, pp. 7-49 [citado en el 25 de noviembre de 2019]. 43 p. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a02.pdf

8 Aguiló Bonet, Antoni Jesús. Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos. [en línea]. En: *Revista Universitas Humanística* n.º 68, Julio-diciembre, 2009, pp. 179-205. [citado en el 25 de noviembre de 2019]. 27 p. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n68/n68a11.pdf

9 Yrigoyen Fajardo, Raquel. De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. [En línea]. En: ilsa. *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, Bogotá: ilsa, junio 2009, pp. 139-159. [citado en el 24 de enero de 2020]. 192 p. Disponible en:http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_40/El_otro_derecho_40.pdf

de la democracia participativa y pluralista. En suma, la Constitución política de 1991 "permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales"[10].

La plena conciencia de la diversidad cultural como patrimonio de la humanidad implica obligaciones claras a cargo de los Estados en torno a su promoción y protección, en aras de la garantía de la autonomía de los pueblos indígenas para mantener su cosmovisión y formas de vida y, en especial, de ejercer dotar de contenido sus derechos conforme a su filosofía o espiritualidad tradicional que implica el reconocimiento de la existencia de diferentes formas de concebir la justicia, la vida, la muerte, el bienestar y el desarrollo. "Ello se concreta como la capacidad para determinar libremente su condición política como pueblos, su propio desarrollo económico, así como sus estructuras sociales y culturales para la producción, reproducción y desarrollo de la vida individual y colectiva"[11].

En virtud de lo anterior, la reivindicación del derecho a la diversidad cultural conlleva entender que los pueblos indígenas poseen sus propias formas de ver y entender tanto la vida como la muerte, de manera que la diversidad cultural da paso a la visibilización y consideración de diversos enfoques que la violencia y las afectaciones a los derechos humanos generan en la integridad de las comunidades indígenas. En consecuencia, al hablar de la perspectiva indígena de la violencia, es necesario considerar los esquemas históricos de agresión marcados por los procesos coloniales que significaron la negación, exterminio y asimilación de los pueblos indígenas junto con su riqueza cultural. Así mismo, los procesos de exclusión, invisibilización y discriminación legitimados desde el Derecho, han confluido en la situación de vulnerabilidad, marginación y pobreza, los cuales han encontrado su fundamento en la equivocada concepción de superioridad racial que ha confinado a los pueblos indígenas a un plano de subordinación.

---

10 Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia SU 510/98. (18, septiembre, 1998). M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Corte Constitucional, 1998. p. 1-91.

11 Martínez De Bringas, Asier. Autonomías Indígenas en América Latina. Una mirada comparada a partir de las dificultades para la construcción de un Derecho intercultural [En línea]. En: *Revista d'estudis autonòmics i federals.* ISSN 1886-2632, n.° 28, 2018, pp. 101-138. [Citado en el 1 de junio de 2020]. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6801783

En este sentido, la lectura de los patrones de violencia estructurales de larga duración desde la visión indígena se remonta al período de la conquista, el cual, bajo su perspectiva que aún continúa, siendo este un elemento fundante sobre el cual han tenido auge las modalidades de violencia posteriores, pues este hecho marca un hito en las imposiciones de modelos de vida incompatibles con los propios; por ello, se considera que la violencia que actualmente golpea a estas comunidades es el eco de la violencia colonial.

La memoria indígena del conflicto y la violencia exige entender que el conflicto armado comprende un ciclo particular en el andamiaje de la violencia histórica; por consiguiente, "La conjunción entre ciclo de guerra y violencia como un concepto que va más allá de las acciones relacionadas con el conflicto armado obliga a entender este último como parte del entramado que buscó causar la expoliación y reducción de los Pueblos Indígenas e instaurar formas de subordinar, administrar, extinguir, reordenar y gobernar la vida y la muerte indígenas"[12].

La situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas no ha sido óbice en la lucha por su supervivencia y la demanda de cambios sociales a su favor, pues de la mano de las graves afectaciones a la supervivencia física y cultural de estos pueblos, también se ha dado paso al poder de resistencia y pervivencia de sus miembros, de manera que, "desde su resistencia ancestral, los pueblos indígenas han logrado pervivir a la adversidad y las distintas violencias, en las últimas décadas se han convertido en importantes actores sociales y políticos, y aportan al proceso de construcción de paz en este país"[13].

Así, desde diferentes perspectivas teóricas ha sido posible la visibilización de la afectación diferencial de la violencia y sus consecuencias en contra de los pueblos indígenas de lo que se ha identificado como los serios efectos en el ámbito cultural y espiritual que las diferentes expresiones de la violencia han generado en estas comunidades.

---

12 Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] y Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC]. Tiempos de vida y muerte, memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia. Bogotá: CNMH–ONIC, 2019, p. 112.

13 Hernández Delgado, Esperanza. La resistencia civil de los indígenas del cauca. [en línea]. En: *Pap.polit*., Bogotá, v. 11, n. 1, pp. 177-220, junio, 2006. [citado en el 24 de noviembre de 2019]. pp. 177-220. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092006000100007

1.1. LA AFECTACIÓN CULTURAL A RAÍZ DE LA VIOLENCIA HACIA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus sentencias ha identificado el trasfondo cultural que implica la vulneración de derechos convencionales, en contra de los pueblos indígenas, especialmente los daños a los valores tradicionales. Es así como dentro del llamado daño moral o inmaterial se ha incluido la pérdida de vínculos culturales tradicionales, espiritualidad o las formas de vida propias.

En el caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala del 29 de abril de 2004, el cual relata los vejámenes sufridos por la comunidad indígena Maya producto de la irrupción del Ejército dentro de su territorio ocasionando alrededor de 268 muertes, la Corte IDH analiza la afectación a los derechos humanos de la comunidad, a partir de la especial consideración de las estructuras culturales y espirituales que se manifiestan a través de rituales funerarios y la trasmisión de sus saberes ancestrales a través de sus ancianos. La Corte concluye que producto de los hechos que imposibilitaron honrar a sus muertos y memoria conforme a sus costumbres, afirma que se produjo un daño a la integridad cultural de la comunidad, trasgrediendo valores indispensables para su supervivencia: "las víctimas del presente caso no pudieron celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura. Asimismo, está probado que, con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, se produjo un vacío cultural"[14].

De igual manera, el caso Moiwana vs. Surinam del 15 de junio de 2005 refiere a las afectaciones sufridas por la comunidad N´djunka a raíz de una operación militar en su aldea, generando la muerte de 39 miembros de la comunidad, además de generar destrozos en sus propiedades y el desplazamiento y abandono de los territorios tradicionales. La Corte destaca varios efectos adversos en la cultura de los N´djuka: 1. Desarraigo en las

14 CIDH. Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala (19, noviembre, 2004). pp. 1-125.

condiciones tradicionales de subsistencia raíz del desplazamiento; 2. la importancia dentro de la cultura de los N´djuka de la sanción de las ofensas, dado el manto de impunidad alrededor de los hechos; 3. la imposibilidad de realizar los respectivos rituales mortuorios, ya que de acuerdo con su tradición, el no hacerlo implica una "enfermedad espiritual", lo que genera una afectación generacional, y 4. La especial conexión ancestral con el territorio fue profanada, "dado que la relación de una comunidad N'djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material, el desplazamiento forzado ha lesionado emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de aquélla"[15].

Al ahondar en la especial relación espiritual de las comunidades indígenas con su territorio vale mencionar la sentencia comunidad Yakye Axa vs. Paraguay del 17 de junio de 2005, la cual se relaciona con la problemática de expropiación de los territorios originariamente ocupados por el pueblo. El tribunal establece dentro de sus consideraciones que las afectaciones a los derechos territoriales repercuten en forma negativa en los valores intrínsecos de la comunidad indígena, poniendo en grave riesgo la vida, la integridad y patrimonio cultural y la posibilidad de transmitir su identidad a las futuras generaciones, aspectos necesarios para asegurar la supervivencia de la comunidad[16].

Así mismo, la Corte ha sido consciente del detrimento a los valores culturales que generan las graves violaciones a los Derechos Humanos en contextos de conflicto armado interno; tal es el caso de Río Negro vs. Guatemala del 4 de septiembre de 2012, que relata una serie de masacres en contra de la comunidad de Río Negro entre los años 1962 y 1996. La Corte constató que, dada la violencia generalizada y el desplazamiento de los miembros de la comunidad, generaron la destrucción de su estructura social y cultural, la pérdida de sus prácticas culturales y tradicionales incluido la desaparición de su idioma, así como las dificultades para la reproducción y mantenimiento de sus saberes ancestrales[17].

Por su parte, el caso Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador del 27 de junio de 2012 refiere a las afectaciones a los medios de vida tradicionales a partir de las concesiones de exploración y explotación de hidrocarburos

---

15 CIDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. (15, junio, 2005). pp. 1-128.

16 CIDH. Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (17, junio, 2005). pp. 1-148.

17 CIDH. Caso masacres de Rio Negro vs. Guatemala (4, septiembre, 2012). pp. 1-130.

dentro del territorio de la comunidad indígena, debido a la destrucción de fuentes de agua, tala de árboles y plantas de valor ambiental y cultural. En esta oportunidad, la Corte reitera la especial conexión espiritual del territorio y el medioambiente para las comunidades indígenas, como indispensables para la supervivencia física-cultural y la continuidad de sus formas de vida.

La sentencia relata que las operaciones desarrolladas por la petrolera significaron una vulneración a la cosmovisión y creencias culturales de la comunidad debido a la destrucción de sitios de relevancia espiritual, "ocasionando que, en la cosmovisión del Pueblo, los espíritus dueños de ese lugar sagrado se fueran del sitio, lo que ocasiona la esterilidad del lugar"[18]. Así mismo, las actividades extractivas impidieron la realización de actos, ceremonias y festividades ancestrales. "Así, la paralización de las actividades cotidianas del pueblo y la dedicación de los adultos a la defensa del territorio, ha tenido un impacto en la enseñanza a niños y jóvenes de las tradiciones y ritos culturales, así como en la perpetuación del conocimiento espiritual de los sabios"[19].

De esta manera, se entiende la grave afectación a las condiciones de vida tradicionales que ocasionan fracturas de tipo social y espiritual a raíz de los daños sufridos al entorno medioambiental de las comunidades indígenas; así, se entiende que este tipo de situaciones no solo repercuten en el ámbito económico de los pueblos, sino que trasciende al ámbito de la supervivencia cultural.

1.2. Los efectos de la violencia en los pueblos indígenas de acuerdo con el Auto 004 de la Corte Constitucional

Por su parte, la jurisprudencia constitucional colombiana ha abordado el tema de la especial afectación del accionar violento en contra de los pueblos indígenas, en la medida en que las graves violaciones a sus derechos humanos repercuten desde una óptica individual y colectiva, pues rompen con equilibrios culturales, espirituales y de memoria cultural colectiva. En consideración a lo anterior, en el marco del seguimiento al estado de cosas

---

18 CIDH. Caso pueblo indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador (27, junio, 2012). pp. 1-101.
19 *Ibíd.*, p. 69.

inconstitucional declarado por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-025 de 2004, la sala segunda de revisión profiere el Auto 004 de 2009, en el cual se pretende visibilizar la situación de desprotección e indiferencia estatal frente al horror que viven las comunidades indígenas, lo que genera una situación de especial indefensión, al soportar no solo circunstancias de pobreza, marginación y discriminación, sino el asedio de grupos armados al margen de la ley en sus territorios. "Deben soportar los peligros inherentes a la confrontación sobre la base de situaciones estructurales preexistentes de pobreza extrema y abandono institucional, que operan como factores catalizadores de las profundas violaciones de derechos humanos individuales y colectivos que ha representado para ellos la penetración del conflicto armado en sus territorios"[20].

La Corte ha entendido que el desarrollo del conflicto armado ha empeorado la situación de los pueblos indígenas, generando daños no solo en su integridad física, a través de la muerte de sus líderes, amenazas, reclutamiento de menores indígenas, además del fenómeno del desplazamiento forzado que implica la desarticulación de la comunidad, sino que a ello se le aúna la afectación a nivel cultural que ha traído consigo, pues el desarraigo con el territorio el cual guarda especial conexión con la espiritualidad de las comunidades genera, de igual manera, la aculturización de sus miembros, con la pérdida paulatina de las tradiciones y prácticas de las comunidades. "El desplazamiento genera aculturación, por la ruptura del entorno cultural propio y el *shock* cultural. Los pueblos indígenas desplazados viven en estado de total desubicación por la ruptura cultural y lingüística que ello conlleva y la inserción abrupta en entornos urbanos y de miseria a los que son completamente ajenos"[21].

Las graves afectaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas repercuten desde una óptica individual y colectiva, pues sus efectos no solo perjudican a sus miembros como entes individuales, sino que los lazos de cohesión con su pueblo que forma su tejido social se ven fracturados y, por lo tanto, la comunidad ve profanada su identidad cultural, autonomía y territorio. "Las violaciones de derechos humanos que ocurren en el marco

---

20 Colombia. Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. Auto 004/09. (26, enero, 2009). M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional, 2009. pp. 1-232.

21 *Ibíd*., p. 14.

del conflicto armado tienen repercusiones colectivas muy fuertes en las comunidades indígenas, porque causan desequilibrios y traumas culturales, rupturas étnicas, y afectación de la memoria cultural del pueblo"[22]. Es por ello que es importante visibilizar ante la sociedad y el Estado la afectación diferencial que el conflicto armado genera a los pueblos indígenas, y tomar medidas concernientes para mitigar sus efectos.

En suma, al considerar el especial impacto del conflicto armado en contra de los pueblos indígenas, grupo de especial protección constitucional, genera la obligación a cargo del Estado de dignificar a los pueblos a través del reconocimiento de su identidad, autodeterminación y el buen vivir y, bajo esta lógica, toda acción encaminada al resarcimiento de sus afectaciones debe tener especial consideración a su cosmovisión y formas de vida propias.

1.3. Aporte del informe de Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH y la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC en la visión indígena de la violencia

En igual sentido, vale traer en mención el aporte del informe de Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH y la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC en la visión indígena de la violencia, titulado: "Tiempos de vida y muerte, memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia", donde expone la lectura indígena sobre el conflicto armado a partir de las visiones de las autoridades tradicionales. En él se pone de presente la continuidad de la violencia en contra de estos pueblos bajo dos conceptos esenciales: 1. La afectación a la red vital y 2. La mala muerte.

La red vital implica la concepción de relación armónica entre todos los elementos que componen la vida indígena: "diferentes prácticas, concepciones y entidades que permiten la fluidez y el movimiento de la diversidad que constituye la vida"[23]. Ello lleva a comprender la vida como un todo, a partir de la confluencia y articulación de dichos elementos en forma integral formando un solo entramado, el cual se rompe a partir de las acciones violentas en contra de los pueblos indígenas, que irrumpen en la totalidad de la red

---

22 *Ibíd*., p. 13.

23 Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] y Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC]. *Op. cit*., p. 34.

por donde fluye la vida. "Hablar de red implica la existencia de conexiones entre la vida es interdependiente y asumir esa premisa es central para aproximarse a las relaciones interrumpidas y alteradas por el conflicto armado en los Pueblos Indígenas, comunidades y organizaciones indígenas"[24].

Bajo esta perspectiva, las acciones violentas impactan no solo los aspectos materiales de la comunidad, sino que se extienden hacia la espiritualidad, las energías, el territorio y la naturaleza, en cuanto son elementos que hacen posible la existencia y pervivencia indígena. En este sentido, no se afirma la superioridad del ser humano sobre los seres naturales o espirituales, en la medida en que todos ellos conforman la red vital que están en constante interacción para conformar el ecosistema donde la vida tiene lugar. "De este modo, la especificidad de las formas de violencia que recaen sobre la indígena configura una violación del todo, del origen y del orden de la vida y no puede comprenderse independientemente de las otras expresiones de la violencia"[25].

La red vital implica la compresión de otras formas de violencia: 1. Violencia espiritual: aquella en que las acciones violentas irrumpen y debilitan el conocimiento ancestral, sitios de significancia religiosa, cuerpos de agua, montañas y la dualidad de fuerzas femeninas y masculinas gestoras de vida, que otorgan el sentido de lo sagrado y armonizan el corazón de los pueblos. 2. La violencia territorial o el territorio como víctima: considerado como escenario de la vida, lo sagrado y espiritual, en la medida de que se piensa que la sabiduría ancestral encarnada en el derecho mayor o ley de origen se encuentra inscrita en los territorios, los ríos, los sueños y los sabios que la interpretan. Se parte de la concepción de que la guerra no solo se ejerce sobre las personas y se consuma a través de la muerte humana, sino que se extiende a la naturaleza: "la violencia ejercida sobre los indígenas es la misma que se ejerce contra la naturaleza. Los ríos, los minerales, los virus y los volcanes, todos aparecen como sujetos violentados por el conflicto armado"[26]. Concebir al territorio como víctima implica que las causas de su destrucción van más allá del conflicto armado e incluyen conflictos de carácter económico y político a cargo de actores ilegales, legales e instituciones estatales.

---

24 *Ibíd*., p. 34.
25 *Ibíd*. p. 115.
26 *Ibíd*., p. 132.

En suma, la compresión del mundo indígena como un todo donde confluyen lo material e inmaterial da una idea de la magnitud de los efectos de la violencia en contra de los pueblos indígenas que no solo padecen desde la individualidad y la materialidad. Lo anterior es esencial para entender el alcance del daño colectivo, pues a pesar de que el afectado sea un individuo, el territorio o la naturaleza, la ruptura de la red pone en peligro la totalidad del entramado vital de la comunidad.

Ahora bien, el segundo concepto que el informe menciona tiene que ver con la "mala muerte", configurada a partir de cada imaginario que tiene la sociedad sobre la manera en que es deseable morir. En el caso de las poblaciones indígenas, más allá de la cesación de las funciones vitales como hecho biológico, la muerte hace parte la red vital, "la muerte hace parte de la forma como fluye y se transforma la vida, requiere una forma específica de sentirse y ritualizar y no implica un distanciamiento de ella"[27]. De manera que la vida sucede a la muerte y viceversa, conformando un mismo proceso continuado, siendo la muerte el puente de conexión entre los diferentes mundos que componen la cosmovisión del pueblo indígena. Los ritos fúnebres hacen parte esencial de la cultura de un pueblo, pues se dirige a honrar la memoria del ser y permitir la continuación de su viaje.

Cuando la muerte acontece por causas naturales, ha recibido el nombre de buen morir; contrariamente, cuando la violencia ha sido la causa, se denomina mala muerte, la cual irrumpe en dicho proceso y evita la continuación del ciclo vital, "de esta fractura en el flujo entre la Vida y la Muerte se da una profunda alteración en la forma como se produce, circula y reproduce la vida en colectivo"[28]. En suma, la guerra provoca la alteración en el sentido de la muerte y de la vida, pues el proceso dialógico entre estos dos conceptos se ve impedido. Por otra parte, el desarrollo de la guerra a través de acciones como desaparición forzada, prohibición de inhumación de los cuerpos o la realización de ritos funerales arrebatan a la comunidad el derecho al buen morir, generando con ello graves repercusiones en la integridad cultural y espiritual.

Lo anterior permite hacer visible la necesidad de comprender el trasfondo cultural y espiritual que las violaciones a los derechos humanos generan en los pueblos y comunidades indígenas y, a partir de ello, tomar conciencia

---

27 *Ibíd*. p. 185.
28 *Ibíd*. p. 186.

del hecho de que los pueblos cuentan con diversas formas de leer y experimentar la violencia y sus consecuencias, y las medidas encaminadas hacia la reparación como oportunidad de sanación y armonización de la red vital deben guardar correspondencia con dicha lectura. Más allá de los procesos que atienden al dolor, las políticas sobre víctimas deben trascender hacia la efectividad de la participación y respeto por sus formas de vida y organización social y política, de tal forma que se tracen verdaderos caminos de transformación y respeto por la vida y la diversidad.

2. EL ENFOQUE MULTICULTURAL DEL DERECHO A LA REPARACIÓN A FAVOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Real Academia Española define el término reparación como aquella acción y efecto de remediar algo roto o estropeado, así como la acción de desagravio frente a una ofensa, daño o injuria. A partir de esta noción, vale hacer la reflexión de que, en efecto, en los contextos de violaciones a los derechos humanos, bajo las diversas perspectivas y cosmovisiones de las comunidades históricamente estropeadas por la violencia, la discriminación y marginación, se traducen precisamente en el quebranto y deterioro de valores cultural y espiritualmente apreciados que son el sustento de la existencia como colectividades diferenciadas, perpetuando además la situación de afrenta o ultraje a su identidad.

2.1. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL

En primer lugar, es pertinente abordar una aproximación conceptual del derecho a la reparación, la cual necesariamente remite hacia la consideración de las características mínimas que una persona debe poseer para tener una vida digna, las cuales fueron menoscabadas en razón de la vulneración de los derechos humanos y, por ello, nace la necesidad de restablecer dichas condiciones de vida que implican varias esferas de la existencia humana tanto como individuo (derechos individuales), como sujeto social, que se identifica con cierto grupo que comparten características comunes (derechos colectivos).

Diversos instrumentos internacionales, al referirse a las reparaciones, parten de la expresión "compensación justa y adecuada", que se encamina al ideal de restauración del *statu quo* anterior al daño sufrido, esto es, lograr

una plena restitución[29]. En suma, "Se debe intentar reparar compensar las consecuencias del acto ilícito y reestablecer los derechos, garantías y la cotidianidad de las víctimas, que deben reintegrarse a la vida social, política, económica, con la normalidad en que se desenvuelven sus congéneres no directamente afectados con los hechos constitutivos de violación o afrenta"[30].

Es importante mencionar el contenido político que lleva implícita la adopción de medidas de reparación, relacionado con la participación de las víctimas en la búsqueda de la reconstrucción social y su visibilización en la agenda política del Estado, como agentes demandantes de cambios sociales estructurales necesarios para la superación de las causas del conflicto armado, donde no solo se busque la reparación material de las victimas sino una verdadera transformación social. "En este sentido, la reparación pasa a formar parte del proceso de justicia reparadora y transformadora, una justicia que lo que pretende, en definitiva, es la plena reparación de las víctimas y la transformación de la sociedad hacia una sociedad más justa en la que las víctimas de las violaciones del pasado ocupen su lugar"[31].

El Derecho internacional ha desarrollado ampliamente el tema de la reparación frente a violaciones de derechos humanos, por ejemplo, el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, establece en el principio n.° 31, que toda violación a los derechos humanos da lugar a la reparación a favor de las víctimas y sus familias, la cual abarca todos los daños y perjuicios sufridos[32]. En dicho sentido, las víctimas deben contar con procedimientos civiles, penales

---

29 De Greiff, Pablo. Justicia y reparaciones. [En línea]. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, pp. 407-440. [citado en el 30 de noviembre de 2019]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29767.pdf.

30 Sierra León, Yolanda. Reparación simbólica, litigio estratégico y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia. En: Sierra León, Yolanda. (Ed.). *Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y Tejidos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 17-42.

31 Gómez Isa, Felipe. Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia. [En línea]. En: *Revista Derecho del Estado* n° 33, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 35-63- [Citado en el 30 de septiembre de 2019]. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3956/4257

32 ONU. Comisión de Derechos Humanos. (8 de febrero de 2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. 61° periodo de sesiones Tema 17 del programa provisional. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1

o administrativos eficaces para obtener su reparación. De igual forma, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas y administrativas que garanticen la participación para que las víctimas y la sociedad desempeñen un papel significativo en la elaboración y aplicación de los programas de reparación[33], y por ello es necesaria la publicidad en estos procesos.

Los diferentes elementos o mecanismos que conforman el derecho a la reparación integral buscan remediar los efectos negativos de las violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario derivadas de las acciones u omisiones de los Estados, con el fin de promover la justicia; en consecuencia, la reparación debe ser proporcional y apropiada al daño sufrido. En este orden de ideas, se han establecido cinco modalidades: restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La restitución como primer mecanismo refiere a la realización de medidas tendientes a restablecer la situación anterior a las violaciones de los derechos humanos siempre que ello sea posible[34]. Incluye acciones como: restablecimiento de la libertad, disfrute de derechos humanos, regreso al lugar de residencia, devolución de bienes, entre otros[35]. Por otra parte, la restitución no solo se debe limitar a volver la situación similar al considerar la realidad de discriminación y marginación social en la que se encontraba la víctima que de alguna manera influyó en la victimización, sino que el enfoque de esta medida debe dirigirse a llevar a la víctima hacia una situación que implique el mejoramiento de sus condiciones y responda a sus necesidades particulares.

La compensación / indemnización, por su parte, se relaciona con el aspecto material de la reparación, y contempla una prestación de tipo económico proporcional a la gravedad del hecho, según cada caso en concreto. La misma debe cubrir los perjuicios materiales e inmateriales consecuencia de las violaciones a los derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario[36].

---

33 ONU *Ibíd*., p. 2.

34 ONU *Ibíd*., Art.71.

35 ONU. Asamblea General. Resolución 60/147. (16 de diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx

36 ONU Ibíd. Principio IX, no. 20.

Si bien su valor y significado dependen de la visión de cada víctima y la clase de daño sufrido por ella, este tipo de reparación suele ofrecer oportunidades o esperanzas para cambiar o mejorar su situación, en especial, cuando la condición inicial es precaria además de ser símbolo del valor de su dolor[37].

Por otra parte, las medidas de rehabilitación están orientadas principalmente a atender las secuelas en la salud de las víctimas como producto de la violación a sus derechos humanos. Comprende el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones orientadas al restablecimiento de la integridad física y psicosocial de las víctimas y sus allegados, a través de la prestación de servicios médicos, psicológicos, sociales y jurídicos necesarios para el mejoramiento de la calidad de vida y la reintegración social y familiar. Para que este tipo de medida cumpla con su objetivo es necesario tener en cuenta ciertos criterios, como: 1. dirigirse a la atención de las afecciones producidas por la violación; 2. Las medidas deben ser adecuadas según el tipo de tratamiento que requiera y las necesidades específicas de la víctima; 3. Especificidad en la cobertura, acceso o prestaciones de servicios de salud; 4. Facilidad en el acceso, esto es, la superación de barreras burocráticas en la atención, y 5. Aprobación o aceptación de las víctimas y ser culturalmente oportunas[38].

Seguidamente, se encuentran las medidas de satisfacción, encaminadas a la dignificación de las víctimas, la construcción de la memoria histórica, sanción moral de los responsables de las violaciones, la adopción de medidas que eviten la repetición de los hechos, facilitación de los procesos de duelo y contribución a la mitigación del dolor. Esta modalidad de reparación no solo beneficia a la víctima, sino a la sociedad en general, de manera que encarna la dimensión colectiva de la reparación a través del símbolo.

Dentro de esta modalidad, se habla de la reparación simbólica. la cual. además de dignificar a las víctimas desde un aspecto humano y sentimental como mecanismo para honrar su dolor, es una herramienta educativa, política y social que lucha en contra de la indiferencia y el olvido. "Es por ello que las medidas simbólicas de reparación, muchas de ellas relacionadas con políticas de memoria, son tan importantes tanto para las víctimas

---

37 Beristain, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones a los Derechos Humanos* [En línea]. En: Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2010. [Citado en el 30 de noviembre de 2019]. pp. 1-498. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1585/dialogos-sobre-la-reparacion-2010.pdf

38 *Ibíd.*, p. 438.

individuales como para el conjunto de la sociedad; la reparación no es un fenómeno exclusivamente económico o material, sino que necesita de todo un conjunto de medidas que tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas"[39].

La reparación simbólica como expresión y concreción del imperativo de satisfacción de la reparación integral, materializa derechos esenciales como la verdad, memoria y la dignidad humana como elementos para la satisfacción de las víctimas a la vez que se conjugan con garantías como la satisfacción y repetición, representadas a través de medios simbólicos cuyo significado va más allá del ámbito material, y su valor de reparación encuentra su sentido humano en la intangibilidad del acto. "Estos tres derechos y dos garantías si bien, son autónomos e independientes, son también transversales a la reparación integral, se intensifican y amplifican dentro del proceso de reparación simbólica, toda vez que son parte de su definición y armazón legal, cuya reivindicación se potencia gracias a la fuerza del símbolo que trasciende el mero resarcimiento material del daño"[40].

De igual manera, resulta pertinente resaltar la perspectiva colectiva de la reparación simbólica, especialmente si se trata de víctimas pertenecientes a un grupo culturalmente diferenciado como los pueblos indígenas, pues en este punto, la reparación simbólica como concepto dinámico adquiere mayor sentido, pues dada la riqueza cultural del país y la diversidad de cosmovisiones de cada pueblo, implica la adopción de mecanismos de reparación simbólica acordes con dicha diversidad, dirigidas a la reafirmación y fortalecimiento de su identidad cultural y autonomía.

Por último, el punto 23 de los principios y directrices sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, estipula las garantías de no repetición como modalidad de reparación. Muchas de las violaciones a derechos humanos tienen lugar en un contexto de debilidad legislativa e institucional que ha incidido en la perpetración de dichas acciones o en la dificultad para encontrar justicia y verdad, por tal razón estas medidas están encaminadas principalmente a acciones de tipo institucional

---

39 Gómez Isa, Felipe. *Op. cit.*, p. 57.

40 Sierra León, Yolanda. Constitucionalismo transicional estético. [En línea]. En: *Serie Documentos de Trabajo* n.º 94, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [citado en el 11 de enero de 2019]. pp. 1-26. Disponible en: https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2018/05/DOC-DE-TRABAJO-94.pdf

o legislativo que el Estado debe realizar con el fin de prevenir que en el futuro se repitan las violaciones[41]. Esta obligación no solo debe estar limitada a los Estados sino a la sociedad en general, pues para el cumplimiento de su objetivo se requiere de igual manera el cambio de conductas, imaginarios o patrones sociales que propician o toleran dichas violaciones, de manera que muchas de las medidas se orientan hacia la sensibilización o educación.

Adicional a las intervenciones institucionales o sociales, también se ha evidenciado la necesidad de intervenir en esferas culturales para lograr trasformaciones duraderas, ellas se evidencian a través de monumentos, museos o expresiones artísticas de impacto en la colectividad general capaces de despertar empatía en la sociedad. "Esto indica que a través de estas ciertas intervenciones las garantías de no repetición pueden mostrar, evidenciar, "hacer visible" el conflicto, sus complejidades, las víctimas y sus afectaciones, así como pueden sensibilizar o "despertar empatía" en aquello que se ha evidenciado"[42].

2.2. LA CONCIENCIA ÉTNICA DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL A FAVOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ahora bien, de la importancia de la cultura como el conjunto de valores, experiencias y saberes tradicionales que un grupo diferenciado comparte, junto con la especial afectación de la violencia en contra de los pueblos indígenas, temas abordados anteriormente en este texto, se concluye que así como los pueblos y comunidades indígenas poseen una particular manera de ver y concebir el mundo, también han desarrollado su propio concepto de justicia y reparación, las cuales guardan íntima relación con la diversidad en los roles de sus miembros, como autoridades, sanadores, parteras, ancianos o líderes que influyen en la reparación[43].

De manera que las decisiones adoptadas en relación con las reparaciones se convierten en un escenario propicio para recuperar, enaltecer y fortalecer

---

41 Moreno Moreno, Lina María. El arte y las garantías de no repetición de graves violaciones a los Derechos Humanos. En: Sierra León, Yolanda (Ed.). *Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y Tejidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. pp. 43-80.

42 *Ibíd*., p. 57.

43 Beristain, Carlos Martín. *Op. cit*., p. 438

los valores y saberes autóctonos, así como el espacio para la reivindicación de derechos como su libre determinación y autonomía a través de su derecho consuetudinario y su relación con la tierra y la oportunidad para responder al sentir, las necesidades y los procesos de los pueblos indígenas[44].

La academia y los avances legislativos en Colombia paulatinamente han desarrollado ciertos criterios objetivos que conllevan a incluir parámetros de diversidad cultural en los mecanismos de reparación integral a favor de los pueblos indígenas, como condición necesaria para la real garantía de los derechos de estos pueblos a recuperar y mantener su integridad cultural.

Los autores César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam a través del desarrollo de la llamada Justicia Étnica Colectiva (JEC), refieren la necesidad de incluir la perspectiva de las víctimas pertenecientes a pueblos indígenas en los procesos de reparación, pues "los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas, y como consecuencia la perspectiva de los grupos étnicos afectados de hecho debe tener mayor peso"[45]. En consecuencia, la generalidad en los mecanismos de reparación puede conllevar que las mismas no sean conducentes para el correcto resarcimiento del daño sufrido y además puede ocasionar perjuicios en su integridad cultural, al negar la esencialidad de la libre determinación de los pueblos; es por ello que la etnorreparación exige medidas idóneas acordes a la cosmovisión, guiado por principios inexorables de reconocimiento y reivindicación de estas comunidades.

Esta perspectiva o lente étnico debe tenerse en cuenta no solo en la determinación de la forma de las reparaciones, oportunidad y objetivos que debe perseguir, sino que también implica la consideración de una mirada integral del pasado y las injusticias históricas, el presente y las circunstancias de vulnerabilidad y el futuro en el ámbito trasformador de los pueblos. "Es totalmente legítimo y, de hecho, crucial que las medidas de reparación en beneficio de grupos étnicos incluyan iniciativas de acción afirmativa que busquen restaurar y promover su acceso a oportunidades y recursos para

---

44 *Ibíd*. p. 438.

45 Rodríguez Garavito, César y Lam, Yukyan. Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia [en línea]. En: Bogotá: Dejusticia., 2011. p. 20. [citado el 11 de diciembre de 2019]. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_199.pdf

el desarrollo cultural, social y económico, los cuales les fueron negados históricamente"[46]. En este orden de ideas, se han señalado cuatro criterios que se relacionan entre sí y que deben orientar los procesos de etnorreparación, los cuales reflejan las grandes conquistas de los pueblos indígenas materializadas a través del reconocimiento y reivindicación de sus derechos.

El primero de ellos se refiere a los procesos de consulta previa con el grupo étnico en el proceso de reparación y su implementación; esta obligación derivada de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que exige que toda medida que pueda afectar a los grupos étnicos (en este caso las reparaciones) debe ser consultada con ellos, con el debido cumplimiento de todas las formalidades requeridas, es el mecanismo esencial para garantizar la efectiva participación de las comunidades para ahondar en su perspectiva, necesidades y objetivos respecto a la reparación para que la misma atienda sus especificidades. La consulta previa pretende ser un instrumento eficaz en la preservación de la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas, además de romper la tradición proteccionista y de tutela hacia estas comunidades, al reivindicar su capacidad para decidir su destino, su desarrollo económico, social y cultural y el mejoramiento de sus condiciones de vida, reafirmando con ello la igual dignidad de los pueblos y la igualdad entre culturas.

Su objeto central no se agota en el acto de ofrecer información sino en establecer un verdadero espacio de participación y diálogo, en el cual es necesario perseguir el principio del "máximo control posible por parte de los pueblos indígenas de sus instituciones, formas de vida y desarrollo"[47]. Para ello, en todo proceso de consulta previa deben garantizarse mínimos irreductibles que se derivan del mismo Convenio 169, tales como el derecho a la supervivencia física, la integridad física y la integridad cultural, en aras de maximizar prerrogativas relacionadas, con el derecho de los pueblos a decidir y controlar su desarrollo, el mejoramiento de sus condiciones de vida y la participación en los beneficios.

---

46 *Ibíd*. p. 24.

47 YRIGOYEN, RAQUEL. De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. [En línea]. En: ILSA. El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas, Bogotá.: ILSA junio 2009. [citado el 24 de noviembre de 2019]. pp. 11-54. Disponible en: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_40/El_otro_derecho_40.pdf

En segundo lugar, las medidas de reparación a adoptar deben respetar la integridad e identidad cultural del grupo étnicamente diferenciado, las cuales constituyen una guía en la determinación de la reparación. Este aspecto parte de las obligaciones internacionales de todo Estado de proteger, promover y preservar la diversidad cultural de los pueblos que implica el reconocimiento de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales[48], así como el respeto por sus normas y procedimientos que exige la adopción de medidas que promuevan la efectividad de los derechos sociales con pleno respeto de "su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones"[49].

Particularmente el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT resalta la necesidad de considerar el reconocimiento y protección de la integridad de los valores y prácticas culturales, religiosos y espirituales, además de prestar atención a sus problemas y necesidades individuales y colectivas; de esa manera se establece que toda medida aplicada a los pueblos indígenas en materia de reparación integral debe considerar sus costumbres y derecho consuetudinario.

En igual sentido, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, en los artículos 11 y 12, hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a practicar y revitalizar las tradiciones y costumbres y el deber de los Estados de proporcionar la debida reparación eficaz frente a bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales que hayan sido privados arbitrariamente en detrimento de sus tradiciones y costumbres.

Tercero, las reparaciones con enfoque étnico deben considerar la dimensión colectiva de las violaciones y, por ende, la dimensión colectiva de las reparaciones. Para ello es necesario tener en cuenta que el daño puede afectar a la comunidad en su integridad física o cultural en forma directa, o puede derivarse del daño sufrido por alguno de sus miembros que genera repercusiones a nivel colectivo, pues se recuerda que la red vital de las comunidades indígenas considera a cada elemento como un todo, de manera que el quebrantamiento de uno de ellos genera consecuencias en todo el

---

48 Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Ginebra, 76ª reunión CIT. (27 de junio 1989). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

49 *Ibíd*. Art. 2.

entramado vital, en este caso los beneficios de la reparación deben cubrir tanto al individuo afectado como a su comunidad en general.

Esta dimensión colectiva ha tenido su reconocimiento jurídico a partir de la introducción del concepto de "pueblos" del Convenio 169 de la OIT, el cual marcó el inicio del reconocimiento de la perspectiva colectiva de las comunidades indígenas y, por lo tanto, el reconocimiento explícito de derechos colectivos que beneficiaban a la comunidad más allá de los individuos, lo que implicó la innovación en la relación Individuo-Estado imperante en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[50]. En igual sentido, el artículo VI de la Convención Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, afirma la existencia de los derechos colectivos de estos pueblos como presupuestos necesarios para la garantía de la supervivencia, bienestar y desarrollo conjunto. De manera que es deber de los estados su reconocimiento y protección del derecho de los pueblos indígenas "a su actuar colectivo"[51].

El cuarto criterio refiere a que las medidas de reparación deben considerar la especificidad de las necesidades del grupo étnico. En este punto vale recordar que la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha encaminado hacia la reivindicación de su capacidad para decidir sobre su propio destino, dejando atrás concepciones paternalistas o de tutela indígena. Este criterio precisamente busca contribuir a dar respuesta a demandas que desde estos mismos pueblos se formulan, acorde con sus necesidades específicas sin injerencias externas. Lo anterior refleja en gran medida el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, consagrado en el artículo tercero de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, como aquella prerrogativa que permite determinar en forma libre el contenido y alcance de su desarrollo económico, social, político y cultural[52].

---

50 GAETE URIBE, LUCÍA. El convenio N169: un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. [en línea]. En: *Ius et Praxis*, 2012, vol.18, n.2 [citado el 24 de noviembre de 2019]. p.77-12. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200004

51 Organización de Estados Americanos [OEA]. Asamblea General. Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). (14 de junio de 2016). Declaración Americana sobre protección de los derechos de pueblos indígenas. Disponible en: https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf

52 Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Asamblea General. Resolución 61/295. (13 de septiembre de 2007). Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Por otra parte, en el ámbito de derecho interno en materia de reparación integral, se ha identificado la adopción paulatina de varios de los elementos de etnorreparación anteriormente mencionados. La Ley 1448 de 2011, que regula lo relacionado con las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación, establece en el artículo 2 que las medidas concernientes a la asistencia y reparación de los pueblos indígenas harán parte de medidas legislativas especiales, para lo cual debían ser debidamente consultadas con pleno respeto de sus derechos colectivos, usos y costumbres.

En efecto, se expidió el Decreto 4366 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", el cual plantea como objeto la dignificación de los pueblos indígenas a través de la protección a sus derechos ancestrales; para ello, toda medida adoptada debe ser acorde con los valores culturales en el marco de la igualdad entre culturas y formas de vida, identidad cultural, autonomía, instituciones y sistemas jurídicos propios, supervivencia física y cultural y el derecho a la diferencia. En suma, el carácter de las medidas de reparación integral se fundamenta en la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales y colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos, su derecho a la libre determinación; por lo tanto, el contenido y alcance de las acciones deberán ser consultados con las comunidades[53].

Con base en lo señalado en el Decreto, el daño se refiere al menoscabo de bienes jurídicos protegidos, los cuales, al tratarse de comunidades indígenas, pueden ser de tipo individual, colectivo, individual con efectos colectivos y el daño a la integridad cultural. Esta tipología de daños se valora desde una perspectiva diferencial, al considerar las afecciones espirituales y culturales padecidas por la comunidad y su territorio, como aspecto intangible de la comunidad indígena; por lo tanto, se refieren a todo perjuicio, afectación o profanación de los saberes tradicionales que forman parte de la identidad y cosmovisión de la comunidad, tales como ritos y ceremonias, manejo de territorio, formas de organización política, social, familiar y generacional; el uso de sus prácticas ancestrales y manifestaciones artísticas y estéticas.

---

53 Colombia. Congreso de la República. Decreto 4633. (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. En: *Diario Oficial* n.º 2011, no. 48.278. pp. 1-98.

Ahora bien, el artículo 5 del decreto define a la reparación integral a favor de los pueblos indígenas como el restablecimiento del equilibrio y la armonía de la comunidad que puede tener dimensiones individuales, colectivas, materiales e inmateriales; sobre este último, el decreto hace énfasis en los valores espirituales, culturales, ancestrales y cosmogónicos. En suma, las medidas tendientes a la reparación y restablecimiento se orientan hacia el fortalecimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en un plano de transformación social y la justicia.

Sobre este particular, vale recordar la dimensión de reconstrucción y transformación social que implican los diferentes mecanismos de reparación, pues se entiende que para garantizar la no repetición de los hechos y superar el estado de vulnerabilidad de las víctimas, exige cambios estructurales que transformen las circunstancias de pobreza, discriminación y marginación iniciales. La norma retoma este aspecto en el artículo 28, donde menciona que la reparación no solo se limita a devolver las cosas al estado anterior a la vulneración, sino que para que la misma sea integral requiere que las medidas contribuyan a la eliminación de barreras sociales y jurídicas que impiden el ejercicio de sus derechos como "esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes"[54].

Para ello, se reitera que dichas medidas deben dirigirse a eliminar las condiciones de vulnerabilidad y el mantenimiento de las condiciones físicas y culturales de existencia y, en suma, deben propender por "contribuir a garantizar la permanencia cultural y la pervivencia de los indígenas como pueblos, conforme a su Plan de Vida oral o escrito, su ordenamiento ancestral, su cosmovisión y/o Ley de Origen, Ley Natural, Derecho Mayor o Derecho Propio"[55].

En este orden de ideas, la reparación integral y el restablecimiento de la armonía de los pueblos indígenas debe considerar la dimensión colectiva de las violaciones de los derechos humanos y, en este entendido, las medidas que se adopten en el marco de este decreto tendrán "como finalidad el restablecimiento y goce efectivo de los derechos que han sido vulnerados individual y colectivamente a los pueblos indígenas. Las medidas de repa-

54 *Ibid.*, Art. 28.
55 *Ibid.*, Art. 6.

ración individual y colectiva son complementarias y en ningún caso podrán sustituirse entre sí"[56].

En cuanto a las medidas *compensatorias o indemnizatorias*, el Decreto menciona que se manifiestan a través de dos parámetros: Indemnización colectiva: garantizada a través de la creación de fondos comunitarios para la creación de programas de fortalecimiento de la identidad de los pueblos, mismos que serían administrados por las mismas comunidades e indemnización individual: a favor de un integrante de la comunidad la cual debe articularse con medidas como verdad, satisfacción, justicia y no repetición.

Por otra parte, la *rehabilitación* también adquiere un matiz diferencial al tratarse de pueblos indígenas, y por lo tanto se habla de la *rehabilitación social y cultural* encaminada al restablecimiento del tejido vital a través de la adopción de medidas de tipo intercultural que requiere un espacio de diálogo entre los ritos tradicionales, la recuperación de prácticas culturales, solución colectiva de los problemas y el empoderamiento de sus miembros[57]. En cuanto a las medidas de *satisfacción,* la búsqueda de la verdad y la justicia desempeñan el rol central: "dichas medidas buscarán proporcionar bienestar a los pueblos y deberán contribuir a mitigar el dolor colectivo e individual de las víctimas"[58]. Adicionalmente, el decreto menciona medidas como búsqueda de desaparecidos, difusión pública de las sentencias que reestablezcan sus derechos, celebración de conmemoraciones, aceptación pública de los crímenes, acciones de propiciar la difusión de información entre pueblos y culturas, entre otros.

En forma específica, el artículo 128 del Decreto hace referencia a la *reparación integral a la violación a la integridad cultural* donde destaca el papel central del Estado para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades y pueblos indígenas y en este entendido, la consecución de objetivos como proteger lugares de valor espiritual, garantizar la unión de la comunidad a través del retorno, fortalecimiento de Jurisdicción Especial Indígena, restablecimiento de sus propios espacios de aprendizaje, fomentar el uso de la medicina tradicional, reconocimiento de la importancia de la mujer en la cultura, educación intercultural y alimentación tradicional.

---

56 *Ibid.*, Art. 14.
57 *Ibíd.*, Art. 118.
58 *Ibíd.*, Art. 120.

En suma, la inclusión del enfoque cultural en la reparación integral (etnorreparación) a favor de los pueblos indígenas a través de los diversos mecanismos además de paliar su sufrimiento se dirige a generar oportunidades de transformación social y empoderamiento de dichas comunidades, través del empleo del enfoque diferencial y el respeto por su identidad cultural, la conciencia de las violaciones históricas derivadas de los procesos coloniales y neo- coloniales y la discriminación étnica, la reivindicación de su derecho a ser escuchados a través de los procesos de consulta y la consideración a las necesidades especiales de la comunidad, que constituyen los mínimos irreductibles a aplicar en toda medida que pretenda garantizar el derecho fundamental a la reparación integral de los pueblos indígenas.

3. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CONSEJO DE ESTADO EN LA GARANTÍA DE LA ETNORREPARACIÓN

Previamente se hizo referencia al derecho que le asiste a toda víctima de graves violaciones de los derechos humanos de contar con mecanismos idóneos para interponer recursos suficientes, eficaces y apropiados en relación al derecho a la reparación en todas sus modalidades. Por otra parte, el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos que ha permeado en la legislación interna las cuales han obedecido en gran medida a los reclamos históricos de las comunidades étnicas, ha permitido la evolución de la aplicación de criterios que toman en cuenta la diferencia como la hoja de ruta en la forma de reparar el daño ocasionado. Con ello nacen obligaciones positivas a cargo de los operadores judiciales de implementar en casos de reparación a pueblos indígenas medidas acordes a su identidad cultural.

Por ello, este acápite pretende visibilizar a partir de la jurisprudencia de dos altas cortes colombianas, un diagnóstico sobre la forma como el tema de etnorreparación a favor de los pueblos indígenas se ha abordado, y a partir de ello, identificar las fortalezas y aquellos aspectos en los cuales, en forma prospectiva, es necesario fortalecer en la labor judicial en el ámbito de la promoción y protección de la diversidad cultural. Se pretende analizar la adopción de los cuatro criterios de etnorreparación anteriormente analizados: 1. Consulta previa sobre las medidas de reparación a adoptar; 2. Respeto por la identidad cultural en la determinación y forma de implementación; 3. La consideración de la perspectiva colectiva del daño generado a los pueblos

indígenas y la óptica colectiva de las reparaciones, y 4. Eficacia e idoneidad de las medidas que respondan a sus necesidades específicas.

3.1. EL ENFOQUE ÉTNICO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LAS REPARACIONES A FAVOR DE PUEBLOS INDÍGENAS

Anteriormente, se abordó la perspectiva indígena de la violencia, donde fue posible concluir que la integridad física, cultural y espiritual de las comunidades ha obedecido a causas históricas de despojo que, en la actualidad, se siguen reproduciendo a través de los daños al territorio, la naturaleza y el medioambiente. Se entiende entonces que la violencia ejercida en contra de los pueblos indígenas es igual a la que se ejerce sobre la naturaleza, más allá de patrones de conflicto armado, la violencia se expresa a través de conflictos económicos y políticos sobre el territorio. Sobre este enfoque, la Corte Constitucional ha abordado el fundamento y pertinencia de la etnorreparación a favor de pueblos indígenas, a partir de la afectación a su integridad cultural producto del desarrollo de megaproyectos de ingeniería, explotación minera y fumigaciones con glifosato.

En una primera etapa, la reparación a favor de los pueblos indígenas abordada en la Corte Constitucional se caracterizó por ser eminentemente de tipo monetario, al limitarse al aspecto material o económico con una limitada participación de la comunidad en el proceso de reparación. Dentro de este periodo vale mencionar las sentencias T-380 de 1993 y T-652 de 1998.

En el caso de sentencia T-380 de 1993, la Corte analiza la vulneración de la integridad étnica, cultural, social y económica de la comunidad Embera-Katío, con ocasión de la tala indiscriminada del bosque húmedo que pertenecía a su territorio. En ella se resaltan las consecuencias negativas en la integridad étnica y cultural de los pueblos indígenas que generan dichas situaciones, pues pone en riesgo la economía de subsistencia de las comunidades y los valores simbólicos, generando la destrucción del vínculo armónico del indígena con la naturaleza[59].

---

59 Colombia. Corte Constitucional Sala tercera de revisión. Sentencia T-380/93 (13, septiembre, 1993). M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. pp. 1-25.

A pesar de que en esta oportunidad no se habla de una reparación de tipo inmaterial con enfoque étnico, ni ofrece medidas acordes con la perspectiva de diversidad cultural y participación activa de la comunidad, sí hace referencia a la consideración colectiva del daño; por ende, se ordena que se lleve a cabo la cuantificación de los daños generados y se emprenda la respectiva acción legal para exigir su reparación, es decir, se habla de una reparación eminentemente monetaria; adicionalmente, se ordena la ejecución de un programa de restauración ambiental.

Por su parte, la sentencia T-652 de 1998 estudia la tutela para la protección del derecho a la integridad cultural de la comunidad Embera-Katío del alto Sinú, por los perjuicios ocasionados en razón del desarrollo de un proyecto hidroeléctrico que desvió el cauce del río Sinú en su territorio. La Corte hace énfasis en la situación de presión territorial y de infrarreconocimiento de derechos que los pueblos indígenas han padecido desde épocas coloniales, de manera que las obras de infraestructura perpetúan actos de presión territorial generando la imposibilidad de conservación de sus prácticas económicas tradicionales[60].

Esta providencia resalta el impacto cultural y en la integridad de la comunidad indígena por los daños sufridos, haciendo énfasis en las causas estructurales de marginación, despojo y discriminación en su contra, dejando entrever la perspectiva cultural de los daños sufridos por la comunidad y la dimensión colectiva del mismo. Por lo tanto, además de ordenar planes de etnodesarrollo con consulta de la comunidad, se reconoce la indemnización a favor del pueblo, que en principio es de carácter monetario, en una cuantía dirigida a garantizar la supervivencia de la comunidad y, adicional a ello, menciona que dicha indemnización se extiende hasta que se adecúen sus usos y costumbres a los cambios culturales, sociales y económicos producto de las intervenciones de la hidroeléctrica.

Si bien su alcance es únicamente material, vale resaltar el grado de participación de la comunidad en la formulación de los planes de etnodesarrollo y en la fijación del monto indemnizatorio; sin embargo, el hecho de que la indemnización no sea administrada directamente por las autoridades de las comunidades, da cuenta de que aún existen limitaciones respecto al reconoci-

---

60 Colombia. Corte Constitucional. Sala cuarta de revisión. Sentencia T-652/98. (10, noviembre, 1998). M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 1998. pp. 1-38.

miento de la autonomía y libre determinación de los pueblos para decidir sobre sus asuntos, lo que podría traducirse en una actitud paternalista imperante en la realidad jurídica.

Para el año 2011, se logra identificar una nueva etapa en la cual se advierten importantes avances en el tema de etnorreparación en la Corte Constitucional, donde de manera incipiente se aplica un enfoque integral encaminado a la recuperación del equilibrio cultural, espiritual y social con participación activa de la comunidad y respeto por la diversidad cultural; en esta fase es posible entrever la fuerte influencia de los instrumentos internacionales, la Ley 1448 de 2011 y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia.

Es preciso mencionar la sentencia T-693 de 2011, que ampara los derechos vulnerados al pueblo Achagual y Piapoco del municipio de Puerto López (Meta), a partir de la ejecución de un proyecto de oleoducto, sin que cumpliera con la respectiva consulta previa, generando con ello perjuicios irremediables. En esta oportunidad, la Corte reconoce el daño a la integridad cultural de la comunidad, al vulnerarse las condiciones de vida tradicionales y culturales, de donde nace la necesidad de adopción de medidas dirigidas a la protección presente y futura de los derechos de la comunidad[61].

Así, se habla por primera vez de la generación de un daño inmaterial del cual no es posible su cuantificación monetaria, además hace hincapié en que los daños sufridos tienen un orden cultural y religioso, de manera que se ordena la indemnización desde una dimensión simbólica que se dirija a la redignificación de las víctimas y a evitar la repetición de los hechos. Enfatiza que las medidas de reparación deben contribuir a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad a través de el reconocimiento público de responsabilidad, determinación conjunta con la comunidad sobre los impactos culturales y espirituales, el diseño de medidas de alivio espiritual con participación de la comunidad y programas de etnoeducación para la recuperación cultural[62].

En esta providencia, se adopta el concepto de compensación cultural, dejando atrás la preeminencia de las indemnizaciones materiales, de manera que se acoge un criterio integral de lo que debe entenderse por reparación,

---

61 Colombia. Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. Sentencia T-693/11. (23, septiembre, 2011). M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. pp. 1-130.

62 *Ibíd*. p, 98.

donde la participación y consulta a la comunidad es central para la adopción de medidas tendientes a la dignificación y restablecimiento de los derechos culturales de las víctimas. Vale resaltar que si bien la sentencia no menciona propiamente el término de etnorreparaciones, es posible apreciar el cumplimiento de sus criterios, como consideración de la perspectiva indígena sobre los impactos culturales y su reparación, el proceso de participación de la comunidad a partir de procesos de consulta, el respeto por la diversidad cultural en las medidas a adoptar y tomar en cuenta las necesidades de la comunidad.

Finalmente, a través de las sentencias T- 080 de 2017, T-733 de 2017 y SU-123 de 2018, la Corte Constitucional acoge de manera integral los cuatro criterios de etnorreparación desarrollados, haciendo énfasis en la consulta a las comunidades, el respeto por los valores culturales, consideración por el daño y reparación colectiva y la atención a las necesidades particulares de los pueblos indígenas.

En el caso de la Sentencia T-080 de 2017[63], que estudia la acción de tutela interpuesta por el pueblo indígena Carijora debido a la vulneración de sus derechos producto de la aspersión aérea con glifosato sobre su territorio, sin mediar consulta previa, la Corte reafirma el deber constitucional del Estado de proteger, promover y garantizar la riqueza étnica y cultural del país y concluye que dicha acción afectó gravemente la supervivencia del pueblo indígena desde una óptica cultural y espiritual, al limitar el uso ancestral de la hoja de coca en la medicina tradicional y la pérdida de saberes y memorias necesarios para la conservación de su identidad cultural.

La Corte estima la configuración de un daño inmaterial que implica la obligación del Estado de desarrollar acciones para la recuperación de la integridad de la comunidad y las formas de vida afectadas. Es así como esta providencia introduce por primera vez dentro del desarrollo jurisprudencial constitucional, el término de *etnorreparación* como forma de resarcir los perjuicios ocasionados con pleno respeto por las especificidades culturales de la comunidad afectada, sintetizada en cuatro principios básicos ya abordados en acápites anteriores. En este sentido, las reparaciones adquieren diferentes connotaciones según el caso en concreto y pueden ser de carácter

---

63 Colombia. Corte Constitucional. Sala quinta de revisión. Sentencia T- 080/17. (7 de febrero de 2017). M.P. Jorge Iván Palacio. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2017. pp. 1-86

simbólico, como la dignificación de la comunidad, publicaciones, obras de valor cultural, investigaciones o indemnizaciones y compensaciones a través de la creación de fondos especiales de desarrollo[64].

En consecuencia, se ordena además de la publicación de la sentencia en el idioma tradicional del resguardo, la realización de un proceso de consulta con la comunidad, con el fin de adoptar las medidas de etnorreparación y compensación cultural por los perjuicios causados. Dichas medidas debían tener en cuenta las condiciones y caracterización actuales del resguardo, la determinación conjunta de los impactos socioculturales y espirituales de las fumigaciones, el diseño conforme a los usos, costumbres y derecho propio de acciones que contribuyan al alivio espiritual y cultural, impacto a la salud y seguridad alimentaria y las condiciones en que la comunidad puede conservar las plantaciones tradicionales.

En similar sentido, la sentencia T-733 de 2017 realiza la revisión constitucional de la acción de tutela interpuesta por el resguardo Zenú del Alto San Juan a raíz de los perjuicios causados con ocasión del desarrollo del proyecto de explotación minera, que se llevó a cabo sin el agotamiento de la consulta previa[65]. En esta oportunidad, la Corte reitera que toda medida que pretenda la compensación de los daños sufridos por una comunidad culturalmente diferenciada debe considerar el derecho colectivo y fundamental de consulta previa en la determinación e implementación de medidas de reparación, que deben guardar respeto por la identidad cultural, los valores, usos y tradiciones autóctonas de la comunidad, así mismo la consciencia colectiva del daño y la reparación y la atención a las necesidades de la comunidad fuera de una óptica paternalista.

Este pronunciamiento va más allá de la compensación monetaria, pues hace especial énfasis en las fracturas de tipo cultural y espiritual, con el objetivo de dotar un componente pedagógico y de dignificación de las víctimas que garantice verdaderamente su supervivencia física, cultural y espiritual[66]. Para el caso en concreto, se ordenó la creación y financiación de un Fondo Especial de Etnodesarrollo para la reparación colectiva y étnica de los

---

64 *Ibíd*. p. 64.

65 Colombia. Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. Sentencia T- 733/17. (15, diciembre, 2017). M.P: Alberto Rojas Ríos. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2017. pp. 1-563.

66 *Ibíd*., p. 207.

perjuicios causados, con el fin de atender las necesidades de la comunidad que comprenden la supervivencia física, cultural y espiritual. Lo anterior permite reflejar en gran medida los criterios de etnorreparación ya conocidos, en especial la consideración colectiva de la reparación y la atención a las necesidades específicas que aquejaban a la comunidad. Sin embargo, se precisa que mediante Auto 616 de 2018, la Corte decreta la nulidad de la creación de dicho fondo, pues se determinó la falta de motivación en cuanto a la necesidad de su creación en forma concreta y completa.

Finalmente, vale mencionar la Sentencia de Unificación 123 de 2018[67], donde la Corte analiza la vulneración de los derechos fundamentales del pueblo indígena Awá, ubicado en el departamento de Putumayo, que sufrió graves perjuicios en el modo de vida tradicional, a raíz del desarrollo de un proyecto de exploración petrolera sin haber realizado la respectiva consulta previa.

En este pronunciamiento, la Corte reitera la importancia del enfoque étnico en las reparaciones, las cuales deben tener en cuenta la identidad cultural de la comunidad, y superar el carácter individual del daño sufrido; de igual manera, su participación tanto en la búsqueda de formas de reparación como su implementación es esencial y las mismas deben buscar en la mayor medida posible la satisfacción de sus necesidades, las cuales contribuyen a la preservación y supervivencia de su cultura. Para este caso, la Corte ordena convocar a la comunidad indígena Awá, con el fin de adelantar un proceso de consulta con el objetivo de identificar los impactos ambientales, espirituales y culturales generados a partir de la exploración petrolera y la determinación de medidas para la prevención, mitigación, corrección, recuperación y restauración de dichos efectos.

3.2. La aplicación del enfoque étnico en el Consejo de Estado en las reparaciones a favor de pueblos indígenas

Como fue objeto de mención en apartes anteriores, la mala muerte derivada de acciones violentas como concepto y sentimiento arraigado en el imagina-

---

67 Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia SU123/18. (15, noviembre, 2018). M.P.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. pp. 1-135.

rio indígena del conflicto armado, se constituye como un factor generador de desequilibrios a nivel colectivo, al irrumpir en el ciclo vital continuado que impide el flujo normal entre la vida y la muerte. De manera que este concepto permite comprender la magnitud del impacto de las formas de violencia en las comunidades como un mal que los aqueja pero que puede ser tratado o sanado, a través de mecanismos que involucren la conciencia del daño, la voluntad de repararlo y la búsqueda de verdad, pues estos elementos "permiten avanzar en el camino de recuperar los caminos de respeto por la vida"[68].

El Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, dentro del estudio de casos de responsabilidad civil del Estado se ha referido en numerosas ocasiones sobre la muerte o lesiones de miembros de comunidades indígenas con relación directa o indirecta en el conflicto armado. Su desarrollo ha permitido evidenciar que el enfoque étnico en las medidas de reparación adoptadas aún no es un criterio unificado en esta corporación contencioso administrativa, sino que ello se ve determinado según el consejero ponente o la subsección de donde la sentencia proviene. Con el fin de ilustrar lo anterior, se hará referencia a pronunciamientos más representativos desde el año 2012, época en la cual esta corporación acoge en forma incipiente criterios de reparación integral.

Primeramente, el 29 de agosto de 2012, el Consejo de Estado profirió la sentencia que declara la responsabilidad del Estado por la muerte de un adulto mayor perteneciente a la comunidad indígena El Rodeo, ubicado en el municipio de Riosucio (Caldas), quien recibió un disparo por parte de un miembro del Ejército Nacional. La Sala hace hincapié en la gravedad del hecho, pues se trató de la ejecución extrajudicial de un sujeto de especial protección en razón a su edad avanzada y su pertenencia a un grupo étnico. Resalta que en el marco constitucional colombiano que protege en forma especial a las comunidades indígenas del territorio, se ha considerado que toda vulneración a los derechos fundamentales de los miembros, significa la vulneración del derecho a la integridad y supervivencia cultural de la comunidad[69].

---

68 Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH] y Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC]. Tiempos de vida y muerte, memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia. Bogotá: CNMH–ONIC, *Op. cit*., p. 180.

69 Colombia. Consejo De Estado. Sección Tercera Subsección B. Sentencia con radicación número:

En virtud de lo anterior, se reconoció el pago de perjuicios morales a favor de los familiares de la víctima y, adicional a ello, se adoptaron medidas de reparación integral para la comunidad, dada la dimensión colectiva de la vulneración. En este sentido, se ordenaron medidas como: 1. adelantar las respectivas investigaciones administrativas y disciplinarias; 2. Brindar tratamiento médico y psicológico a favor de la familia de la víctima, previo consentimiento y respeto por sus costumbres y tradiciones que se ajuste a sus necesidades; 3. Publicación de la sentencia en un diario de amplia circulación, y 4. La realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad previa consulta con sus familiares y la comunidad con la plena consideración de los usos, tradiciones y costumbres.

Esta sentencia se configura como una de las que mejor encarna la aplicación del enfoque étnico en las medidas de reparación integral adoptadas a raíz de la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas. Es preciso resaltar, en primer lugar, el enfoque del daño colectivo de la comunidad a partir de la afectación de uno de sus miembros, de lo que se identifica que la sala entiende que la cosmovisión indígena considera su comunidad como un todo, lo cual significa que la afectación de uno de sus miembros rompe el equilibro de toda la colectividad, lo que implica un gran paso en la adopción de perspectivas jurídicas que reivindiquen la importancia de la integridad cultural.

De igual forma, las medidas de reparación integral, además de responder a fines como la dignificación de las víctimas a través del reconocimiento de responsabilidad y la difusión de los hechos a través de la publicidad de la sentencia, se identifica el respeto por la identidad cultural del grupo étnico, pues se establece la obligación de la observancia de los usos, costumbres y tradiciones en la implementación.

Por otra parte, la sentencia del 28 de febrero de 2013[70] estudia la demanda de reparación directa sobre la declaración de responsabilidad de la Nación por la muerte de un menor de edad perteneciente a la comunidad indígena Nasa, producto de la detonación accidental de un artefacto explosivo

---

17001-23-31-000-2001-00216-01(24335). (29, agosto, 2012). C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2012. pp. 1- 35.

70 Colombia. Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicación número: 19001-23-31-000-1999-01747-01(24691). (28, febrero, 2013). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. En: *Relatoría de Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2013. p. 1-35.

de propiedad a las Fuerzas Armadas. En esta oportunidad, se identifica la adopción del enfoque étnico en la reparación, a partir de que, en virtud de la obligación constitucional de proteger la diversidad étnica y cultural, los pueblos indígenas tienen la prerrogativa de considerarse diferentes y ser tratados en atención a dicha diferencia bajo la premisa de la igualad entre las culturas.

Con base en ello, se analizó la procedencia de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante del menor Nasa que trabajaba en actividades agrícolas, a partir de la consideración cultural de su comunidad, pues el ideal de la familia Nasa parte de la ayuda y colaboración familiar, y es por ello que desde edad muy temprana los niños son integrados en estas actividades. De manera que la sala concluye que el menor incursionaba en labores agrícolas generando un tipo de remuneración que significaba un aporte económico para su núcleo familiar, por lo que se reconoce dicha modalidad de perjuicio material para su tasación se considera la participación de la comunidad, al ordenar que el quantum sea determinado a través de peritos integrantes y elegidos por la comunidad o sus autoridades.

Esta providencia acoge significativos avances en la aplicación de la etnorreparación, al tener en cuenta los usos y costumbres tradicionales relacionados con la forma de vida y organización familiar de la comunidad; adicional a ello, a pesar de que propiamente no se identifica la realización del derecho a la consulta en torno a las medidas adoptadas, sí existe una especie de participación de la comunidad para que desde sus saberes autóctonos sean quienes determinen el valor del trabajo de la víctima.

No obstante, la sentencia no incluye la consideración del daño colectivo generado en la comunidad; así mismo, no existe un análisis sobre los riesgos diferenciados que las comunidades indígenas afrontan en el contexto del conflicto armado. Por otra parte, las medidas de reparación no contemplan mecanismos de satisfacción y garantías de no repetición necesarias tanto para las víctimas directas como para la comunidad, las cuales pudieron estar encaminadas a la dignificación, construcción de memoria y honra de su dolor.

Ahora bien, la sentencia del 26 de junio de 2014[71] declara la responsabilidad del Estado por el asesinato de veinte miembros de la Comunidad

---

71 Colombia. Consejo De Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado número 19001-23-31-000-1993-00400-01(21630. (26, junio, 2014). C. P.: Danilo Rojas Betancourth. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2014. pp. 1-119.

indígena Guataba del Resguardo de Huellas. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en virtud de un proceso de solución amistosa, el Estado reconoció su responsabilidad y suscribió un acta para la creación de un comité de investigación, el cual concluyó que agentes oficiales miembros de la Policía Nacional actuaron en compañía de un grupo de civiles en la comisión de la masacre.

Con base en ello, se ordena el pago de perjuicios por concepto de daño moral y perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante. Aunado a ello, se adoptan medidas no pecuniarias dirigidas a la satisfacción y la no repetición de las conductas, tales como: compulsar copias a la Fiscalía con el fin de realizar la acción de revisión de las decisiones que absolvieron a los responsables y poner en conocimiento del Gobierno Nacional la decisión y el Informe de la Comisión IDH, para que se realice el respectivo seguimiento de la reparación colectiva, en especial en lo que tiene que ver con la adjudicación de tierras y planes de desarrollo alternativo.

En esta oportunidad, aunque existe el acuerdo de solución amistosa ante la Comisión IDH, la sentencia ofrecía una oportunidad para visibilizar el enfoque étnico; sin embargo, dentro de la parte motiva, resolutiva y en las reparaciones, no es posible identificar que la Sala haya atendido a la diversidad cultural de las víctimas.

Primeramente, no existe un análisis sobre la perspectiva de la comunidad de las violaciones sufridas, no se considera que el génesis de su afectación tuvo como raíz circunstancias de marginación y de despojo de territorios que permitió que terceros con aquiescencia y colaboración de agentes estatales utilizaran la violencia como forma de expulsión, circunstancia que perpetúa prácticas propias de épocas coloniales. Por otra parte, no se adoptaron mecanismos de participación y consulta en las medidas no pecuniarias, y de hecho, las mismas no están dirigidas a la comunidad agraviada, lo que pudo ser de ayuda en el restablecimiento de la dignidad, la memoria y la integridad cultural.

En forma ulterior, la sentencia del 30 de noviembre de 2017[72] estudia el caso de la ejecución extrajudicial de un integrante del grupo étnico Kankuamo por parte de agentes del Ejército Nacional. En esta ocasión,

---

72 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicado número: 44001-23-31-000-2011-00015-01(54397). (30, noviembre, 2017). C.P.: Danilo Rojas Betancourth. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2017. pp. 1-71.

la Sala es enfática al señalar la especial gravedad que reviste este tipo de situaciones, pues existían medidas de protección a favor de esta comunidad indígena decretadas por la Corte IDH que imponía la obligación del Estado de brindar protección, en consideración a la condición de violencia estructural que padecía. La sala destaca las repercusiones a nivel colectivo de la muerte de uno de los miembros de la comunidad, lo que permitió dar cuenta de la continuación en las circunstancias de vulnerabilidad del pueblo indígena en el marco del conflicto armado.

En este caso, se adoptan medidas no pecuniarias, como la rectificación a través de un medio masivo de comunicación sobre el hecho de que la muerte de la víctima se trató de una ejecución extrajudicial ejecutada por uniformados del Ejército Nacional, en la que además debería contener disculpas dirigidas a los familiares y al pueblo indígena. Por otra parte, como media de reparación colectiva, se ordenó que previa concertación con las autoridades tradicionales de la comunidad Kankuamo, se organice un acto de disculpas públicas dirigidas a dicha comunidad.

Esta sentencia ejemplifica en buena medida la condición de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas por conductas derivadas del contexto de conflicto armado que permite identificar la dimensión colectiva de la violación. A pesar de que una de las medidas adoptadas tuvo consideración en el derecho de la comunidad para participar en la implementación del acto de disculpas públicas dirigidas a toda la comunidad como mecanismo para reestablecer la dignidad y la honra de la víctima, su familia y el pueblo, no se identificó la consideración del daño ocasionado desde la perspectiva del grupo étnico ni fue posible vislumbrar de manera fehaciente que la identidad cultural haya sido tenida en cuenta en las medidas a adoptar. Parte de la vulnerabilidad de la comunidad Kankuamo se desprendía del peligro de desaparición de su cultura, de manera que una de las necesidades como grupo diverso exigía la toma de medidas tendientes al fortalecimiento de su tejido social o red vital.

Finalmente, vale mencionar la sentencia del 13 de agosto de 2018[73], la cual estudia la responsabilidad de la Nación por las lesiones padecidas por una mujer indígena perteneciente a la etnia Guayabero – resguardo

---

73 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia con radicación número: 50001-23-31-000-2007-00140-00(52566). (13, agosto, 2018). C. P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. pp. 1-34.

Barrancón, producto de la detonación accidental de un artefacto explosivo mientras recogía chatarra en inmediaciones del polígono de entrenamiento de una base militar colindante al resguardo. En esta oportunidad, se logra identificar elementos del enfoque étnico en la parte considerativa de la sentencia, en especial lo relacionado con los riesgos de la exposición de los grupos indígenas en el conflicto armado, a través de las acciones bélicas que se desenvuelven en sus territorios que los afectan de manera directa, así como la declaración de la obligación de las autoridades de considerar las particularidades de la comunidad indígena como su idioma para las respectivas señalizaciones de advertencias.

No obstante, las medidas de reparación en este caso se limitaron a los perjuicios materiales y morales a favor de la víctima directa y sus familiares las cuales se disminuyen en un 50% por la concurrencia de culpas decretada; adicional a ello, como medida restaurativa se ordenó que en un término de treinta (30) días siguientes se adopten medidas académicas de capacitación al personal en relación con la protección especial de los derechos de las comunidades indígenas.

La inclusión del enfoque diferencial en las medidas adoptadas fue en este caso muy limitado, pues no se identificó un análisis riguroso de la perspectiva de la comunidad sobre la vulneración de los derechos y la consideración de la dimensión colectiva de la afectación. A pesar de que en primera instancia una de las medidas adoptadas incluía el ofrecimiento de disculpas tanto para la víctima como a la comunidad, del que se podría identificar que el pueblo también fue afectado con el hecho, esta media fue excluida. De otra parte, no se identifica la participación tanto de la víctima como de su comunidad, y de igual manera, las medidas restaurativas son dirigidas a los miembros del Ejército Nacional, dejando atrás la oportunidad de dignificación, restablecimiento y reivindicación de los derechos de la comunidad a través de medidas eficaces para la visibilización y empoderamiento de sus valores, tradiciones y sabes propios.

3.3. Las Cortes y su papel en la emancipación de los pueblos indígenas a través de la etnorreparación

En apartes anteriores fue posible concluir que el derecho a la reparación integral, más allá de restablecer las condiciones de vida alteradas debido a

la vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas, se dirige a generar verdaderas oportunidades de transformación social y de empoderamiento de los pueblos indígenas. Tras el análisis desarrollado sobre la evolución en la adopción de los criterios de etnorreparación en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se deja en evidencia el importante papel que la jurisprudencia aporta en el empoderamiento de las comunidades a través de la visibilización de su cultura, sus saberes y sus necesidades específicas que conlleva hacia la resignificancia del derecho a la reparación integral de los pueblos indígenas que involucra la reivindicación de sus derechos.

En este punto, es importante resaltar el valor de los jueces dentro de los estados constitucionales para la gestación y fortalecimiento de cambios sociales y empoderamiento de comunidades vulnerables, que ha significado un avance en la lucha para la superación de circunstancias de marginalidad estructurales. De manera que el Derecho, considerado arquetipo de sometimiento y asimilacionismo de los pueblos indígenas, se constituye ahora en un mecanismo idóneo para accionar y coordinar prácticas de resistencia frente a las diferentes formas de violencia, que amenazan la integridad cultural de estos pueblos; así, se logra evidenciar la existencia del compromiso contrahegemónico de la labor judicial en la protección y reivindicación de los derechos fundamentales de estas comunidades.

Vale mencionar que grandes y fructíferos avances en torno a la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas se han gestado a través de la jurisprudencia de la mano de la Corte Constitucional, lo cual ha permitido la protección de sus derechos culturales frente a amenazas de tipo económico o político, lo que de alguna manera ha visibilizado su resistencia, siendo este tipo de decisiones bastante favorable para su movilización como sujetos culturales y sujetos políticos, de manera que "las luchas indígenas ante la Corte han derivado en importantes prácticas emancipatorias para el movimiento[74]". Así, la estrategia jurídica, conjugada con el activismo progresista de la Corte se convierten en instrumento para el fortalecimiento de sus luchas tradicionales, lo que ha dado como resultado la producción de ciertas

---

74 García, Mauricio y Uprimny, Rodrigo. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En: Santos, Boaventura: *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*. [En línea]. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2005. [citado en el 5 de junio de 2020]. pp. 255-288. Disponible en: http://docshare01.docshare.tips/files/8666/86660796.pdf

decisiones que han generado impactos significativos en el reconocimiento de sus especificidades culturales en el ejercicio de sus derechos humanos.

Lo anterior puede verse reflejado en las sentencias analizadas anteriormente, donde el importante activismo de la Corte Constitucional y en forma incipiente el Consejo de Estado, ha dado paso a la consolidación de una lectura contrahegemónica del contenido y alcance del Derecho a la reparación integral de los pueblos indígenas, donde la consideración de ciertos elementos, los cuales representan el reconocimiento de sus derechos se hace esencial para que la misma pueda ser eficaz y adecuada. En consecuencia, la consideración de la diversidad en las formas de experimentar las manifestaciones de violencia que parte de la comprensión de la situación histórica de sometimiento y marginación, así como entender la relación intrínseca de la persona indígena con su medioambiente y su red vital, se constituyen en un gran paso para el fortalecimiento de la identidad política y cultural de estos pueblos.

El tema del potencial emancipatorio de los pueblos indígenas generador de transformaciones sociales a través de los avances jurisprudenciales adquiere mayor relevancia en una realidad social en la que se avizora un estancamiento estructural en torno a la protección efectiva de los derechos de estas comunidades, que genera barreras que obstaculizan la realización de los mismos; por ello, se ha considerado que "las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos"[75]. En este orden de ideas, se afirma que las decisiones judiciales desempeñan un papel preponderante en los procesos de trasformación social no solo a través de las consecuencias generadas de las decisiones que se adoptan en favor de los grupos involucrados directamente, sino también al inducir cambios en las relaciones sociales, en especial a partir de la influencia en las percepciones sociales sobre la problemática, los actores sociales y sus demandas, situación que conlleva la legitimación de sus luchas sociales[76].

---

75 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. [En línea]. En: Bogotá: *Dejusticia*, 2010, p. 17. [Citado en el 5 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf

76 Ibíd., p. 22.

Cabe agregar que además de los beneficios específicos que las comunidades indígenas pueden llegar a obtener producto de las sentencias que toman como punto de partida la reivindicación y reafirmación de la vigencia de sus derechos, tales como consulta previa, diversidad e integridad cultural, vale destacar los efectos simbólicos del activismo judicial realizado por las cortes, al evidenciar ante la sociedad las barreras de tipo estructural que impiden el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad material. En este sentido, es importante mencionar el alcance pedagógico de las decisiones judiciales manifestados a través de los cambios culturales e ideológicos entorno a la realidad indígena y la percepción de las problemáticas que ellos afrontan. Para el caso que se analiza, la situación de la vulneración de su integridad producto de amenazas no solo involucra el conflicto armado, sino conflictos de carácter económico y político sobre sus territorios que amenazan su autonomía y su integridad cultural.

Así como fue posible evidenciar significativos avances desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que se establecen en importantes conquistas políticas en la defensa de la diversidad cultural a través de la adopción de la etnorreparación en sus cuatro criterios, resulta fundamental comprender que la consolidación de la significancia cultural en los mecanismos de reparación a favor de los pueblos indígenas se encuentra en un proceso de construcción y fortalecimiento continuo desde la actividad judicial, que debe propender hacia la progresividad de este enfoque y permita robustecer la perspectiva étnica de la reparación con el fin de que responda efectivamente al sentir y las necesidades de las comunidades indígenas y sus características propias. En este orden de ideas, algunos aspectos que en lo sucesivo se deben considerar "son los significados y valoraciones culturales sobre la salud, la tierra, el idioma, las exhumaciones, los roles y la participación de las mujeres; pero también la discriminación o las situaciones de dependencia inducidas por la falta de reconocimiento a las diversidades[77]".

En consecuencia, es posible afirmar que el fortalecimiento de la actividad judicial en el tema de etnorreparación recae en dos ejes fundamentales: el primero de ellos, relacionado con el fortalecimiento de los procesos de diálogo intercultural para la determinación y el impacto de las violaciones y

---

77 Beristain, Carlos Martín. *Op. cit*., p. 444.

las medidas adecuadas; y como segundo, la consolidación de los mecanismos de participación de los pueblos indígenas en los procesos de reparación.

Respecto al primer eje, a lo largo de este escrito se ha hecho especial énfasis en la diversidad cultural como punto de partida para garantizar los derechos de los pueblos indígenas que implica considerar diversas concepciones de justicia y reparación, de manera que es necesario que, en prospectiva, los actores judiciales reconozcan dichas idiosincrasias y se aparten de concepciones occidentales sobre el contenido y alcance del derecho a la reparación. De manera que al valorar el impacto de las violaciones y las medidas adecuadas de reparación es necesario conocer el significado que cada cosmovisión les otorga cada uno y que condiciona el proceso que debe seguirse.

De esta manera, se entiende que la eficacia de la reparación a favor de pueblos indígenas depende de la consideración del contexto cultural, lo cual exige que las autoridades que participan en los procesos de reparación sean conocedoras de la cultura y contexto social de la comunidad. Para lo anterior, es necesario por parte de los operadores judiciales el acercamiento a la cultura y cosmovisión propia de un determinado pueblo, en donde herramientas como la documentación o peritajes antropológicos pueden contribuir en buena medida para el entendimiento de las dimensiones de la red vital indígena, conocer sobre el derecho propio o derecho mayor y el reconocimiento del impacto colectivo de las violaciones[78], como mecanismo para el enriquecimiento mutuo entre culturas en condiciones de igualdad, aspecto en el cual se basa el reconocimiento de la diversidad cultural.

Es aquí donde el diálogo intercultural adquiere una importancia sustancial, pues significa una relación de comunicación y construcción mutua entre culturas, la cual implica una "situación de contacto, no desigual sino igualitario de las diferencias, que se funde en la ideología del pluralismo y el cultivo de las diferencias y sus derechos"[79]. En este sentido, la voz de los pueblos debe ser protagonista en los procesos de reparación, con el fin de permitir la transmisión de sus conceptos, percepciones y saberes sobre la

---

78 *Ibíd*. p. 443.

79 Barabas, Alicia. Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. [En línea]. En: *Revista Configurações*, 14 | 2014, [citado en el 19 de noviembre de 2019]. pp. 1-13. Disponible en: https://journals.openedition.org/configuracoes/2219

dimensión de las violaciones y los procesos internos de reparación, la importancia de la participación de sanadores tradicionales y prácticas propias de reparación.

Lo anterior contribuye, de igual manera, a la lucha contra la discriminación derivada de la falta de reconocimiento de la diversidad existente en diversas instancias, pues se entiende que las vulneraciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas parten de circunstancias de discriminación estructurales. De manera que estos procesos permiten dejar atrás estereotipos en cuanto a las formas de vida y prácticas tradicionales, que exige de los actores judiciales una mayor sensibilización a través de medidas de formación y capacitación frente a temas étnicos, de manera que "la reparación debería ayudar a crear una nueva relación con el Estado basada en el reconocimiento de sus derechos[80]".

El segundo eje relacionado con la consolidación de la participación efectiva de las comunidades indígenas parte de la advertencia de que la situación de vulneración de los derechos de estos pueblos se deriva de la situación de infrarrepresentación y sumisión frente a las instituciones estatales, tal como fue posible apreciar en los casos analizados por la Corte Constitucional sobre la vulneración del derecho a la consulta previa. De manera que los mecanismos de reparación con enfoque étnico pretenden coadyuvar a la superar de las circunstancias de exclusión social y político, a partir de la consolidación del derecho a la consulta previa como elemento protagónico de la etnorreparación, lo que permite reivindicar el derecho a la libre determinación de los pueblos para el manejo de su destino, e incentivar a la participación activa en la determinación e implementación de las medidas de reparación.

Es por lo anterior que desde la actividad judicial se hace necesario reforzar la creación de espacios de participación efectiva e igualitaria que contribuya al empoderamiento y fortalecimiento de sus instituciones y procedimientos de participación tradicional y democracia comunal. Lo anterior implica la superación de obstáculos que impiden la participación eficaz, tales como barreras de tipo geográfico que limitan el desplazamiento de los líderes de las comunidades o dificultades con el idioma tradicional y la falta de traductores, así como concepciones estereotipadas que cuestionan la capacidad del ejercicio de la autonomía por parte de los pueblos indígenas que perpetúan

---

80 Beristain, Carlos Martín. *Op. cit.*, p. 446.

prácticas discriminatorias. En este sentido, el papel de los jueces es central al ser los artífices en la reivindicación del derecho a la consulta previa y en su labor de seguimiento de que el mismo se lleve a cabo en condiciones que respeten las particularidades culturales y sociales de la comunidad.

CONCLUSIONES

1. El principio de igualdad no se encuentra desligado del reconocimiento de la autonomía e identidad propia los sujetos, que dadas las circunstancias culturales o sociales han desarrollado una identidad diversa a la mayoritaria. Así, la igualdad se erige como el campo propicio para la visibilización de las identidades divergentes singulares y colectivas, que dentro del marco de la dignidad humana merecen ser reconocidas y protegidas. De esta forma, se habla de la necesidad de una resignificación contrahegemónica del principio de igualdad que reconozca el derecho a la diferencia, donde ambos conceptos interactúen en un plano lógico de equidad.

De esta manera, el discurso insurgente de la diferencia en la igualdad ha significado una bandera de lucha de las poblaciones indígenas menos favorecidas frente a un sistema que las inferioriza y simplifica, y que buscan principalmente reivindicar la diversidad como un valor inescindible de la dignidad humana de todos los pueblos. Lo anterior permitió la reconfiguración de la concepción del Estado-Nación y a la reivindicación de la diversidad étnica y cultural que ha dado paso a la consagración de una serie de derechos que protegen su diferencia, su participación en la vida pública y la reivindicación de la autonomía en su organización social, política y jurídica.

2. La reivindicación del derecho a la diversidad cultural conlleva entender que los pueblos indígenas poseen sus propias formas de ver y entender tanto la vida como la muerte. En este sentido, la violencia ejercida contra estos pueblos adquiere significancias alternativas y su comprensión requiere extender la vista a patrones coloniales, siendo la violencia reflejo de los esquemas de conquista y colonización que ha significado el exterminio, despojo y sometimiento de los pueblos. Este enfoque ha permitido visibilizar otras formas de violencia, como la espiritual y territorial, que ponen de relieve la interacción intrínseca entre el indígena y su medio, así que la violencia no se refleja únicamente en el conflicto armado, sino que los intereses económicos y políticos que ponen en riesgo los territorios contribuyen al recrudecimiento de la misma.

Las violaciones de los derechos humanos derivada de la multiplicidad de violencias que sufren los pueblos indígenas, no solo generan repercusiones materiales y en la integridad individual de sus miembros, sino que se extienden hacia la integridad colectiva física, cultural, espiritual, energética, del territorio y la naturaleza de la comunidad, la cual se entiende como un todo, lo que genera una fractura y desequilibrio en la red vital de las comunidades por la cual fluye la vida y la muerte. De manera que es importante considerar el fuerte impacto en las diversas esferas que componen la cosmovisión indígena y, en consecuencia, comprender que estas comunidades experimentan la violencia y sus efectos desde diferentes perspectivas que requieren que las grietas culturales sean reconstruidas y sanadas con el fin de restablecer la armonía de dicha red vital.

3. El arribo de circunstancias violatorias de los derechos humanos genera, además del deber de remediar sus efectos adversos con el propósito de devolver a las víctimas a las condiciones idóneas de vida social, económica, política y cultural, significa la oportunidad de los grupos históricamente vulnerables para reivindicar sus demandas sociales y fortalecer su participación en la búsqueda de una justicia reparadora y transformadora. Así, al hablar de reparación a favor de pueblos indígenas es necesario la adopción de medidas que incluyan una perspectiva diferencial acorde con sus características propias y los efectos desproporcionados que las violaciones generan en su integridad física y cultural. A partir de la comprensión de las diferentes formas de entender lo justo, la dimensión del daño y la reparación se ha acogido el término de etnorreparación que ofrece un escenario propicio para la recuperación y fortalecimiento de los pueblos desde un ámbito material, inmaterial, cultural y espiritual.

Los componentes de la etnorreparación se constituyen en la expresión de las conquistas de la lucha y resistencia indígena, concretadas en la reivindicación de sus derechos. En este sentido, la participación de la comunidad es un elemento central en los procesos de reparación étnica, a través de la materialización del derecho de consulta previa, como garantía de las comunidades para construir y decidir su propio destino. De igual manera, el derecho a la diversidad cultural y el deber de recuperación y protección de las costumbres, usos y tradiciones adquiere relevancia, pues se convierte en guía para la determinación de las medidas de reparación. Por otra parte, se identifica la reivindicación de la conciencia del pueblo como sujeto plural titular de derechos que se ejercen desde la colectividad, a través de la consideración

de la perspectiva colectiva del daño y la reparación. Finalmente, el criterio de adecuación de las medidas que satisfagan las necesidades específicas de la comunidad en aras de procurar por el desarrollo e integración, con el fin de eliminar las barreras sociales y económicas de las comunidades atendiendo a sus propias aspiraciones.

4. A partir de lo anterior, se evidencia la necesidad de dar aplicación a los criterios de etnorreparación como obligación a cargo de las autoridades judiciales y administrativas encargadas de ordenar medidas de reparación. Del análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, fue posible identificar la paulatina acogida de los elementos étnicos en las medidas de reparación adoptadas a favor de los pueblos indígenas víctimas de las diferentes formas de violencia, lo cual se ha dado como respuesta a las demandas que el desarrollo de los derechos de los pueblos y comunidades étnicas en materia de reparación exige; de manera que la jurisprudencia de estas dos cortes han aunado esfuerzos en la adecuación de sus criterios, los cuales, a pesar de que en algunos casos son parciales, marcan un importante avance en su protección.

5. En el caso de la Corte Constitucional la aplicación de las etnorreparaciones se visibiliza a partir del año 2011, cuando en forma incipiente la Corte adopta medidas encaminadas a la recuperación del equilibrio cultural, espiritual y social con la participación de la comunidad, superando con ello el criterio de las reparaciones meramente económicas o materiales adoptadas en los primeros años del desarrollo jurisprudencial. Ya para el año 2017 hasta la actualidad, la Corte propiamente habla de la etnorreparación y acoge los cuatro criterios, haciendo énfasis en la consulta a las comunidades, el respecto por los valores culturales, la consideración por el daño y reparación colectiva y la atención a las necesidades particulares de los pueblos indígenas.

6. En el caso del Consejo de Estado, la aplicación del enfoque étnico en las medidas de reparación adoptadas no es un criterio unificado, ya que si bien el estudio jurisprudencial expuesto permitió identificar sentencias en las cuales se refleja la adopción de consideraciones como el daño colectivo y a la integridad cultural y las medidas responden a criterios de consulta, diversidad cultural e idoneidad, existieron casos en los que, a pesar de ofrecer patrones fácticos similares, no se aprecia el enfoque étnico en las medidas de reparación. De manera que es posible deducir que el Consejo de Estado aún no ha adoptado un criterio uniforme en cuanto a la forma, oportunidad

y determinación de reparación cuando se trata de víctimas pertenecientes a pueblos indígenas.

7. De la labor desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se evidencia el importante papel del activismo judicial en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que constituye un significativo apoyo en los procesos de emancipación y empoderamiento de las comunidades, además del fortalecimiento de sus luchas sociales históricas, lo que genera que esta vía jurídica sea una herramienta idónea para la generación de cambios sociales. Es en este sentido, al orientar la mirada hacia la labor futura de los jueces en materia de etnorreparaciones, es necesaria la continuación en los avances de acercamiento a la cultura por parte de los operadores judiciales a partir del fortalecimiento del diálogo intercultural, como mecanismo de enriquecimiento mutuo entre culturas desde la trasmisión de conceptos y saberes tradicionales a partir de la voz de sus guardianes, además de la superación de barreras de tipo geográficas, idiomáticas o de prácticas discriminatorias que dificultan la plena participación de los pueblos en estos procesos.

REFERENCIAS

TEXTOS DOCTRINALES

AGUILÓ BONET, ANTONI JESÚS. Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos. [en línea]. En: *Revista Universitas Humanística* n.º 68, Julio-diciembre, 2009. [citado en el 25 de noviembre de 2019]. 27 p. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/unih/n68/n68a11.pdf

BARABAS, ALICIA. Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. [En línea]. En: *Revista Configurações*, 14, 2014, [citado en el 19 de noviembre de 2019]. 14 p. Disponible en: https://journals.openedition.org/configuracoes/2219

BARTOLOMÉ, MIGUEL A. La diversidad de las diversidades. Reflexiones sobre el pluralismo cultural en América Latina. [en línea]. *Cuadernos de Antropología Social*. 2008, (28). [Citado en el 17 de junio de 2020]. 16 p. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=180913915002

BERISTAIN, CARLOS MARTÍN. *Diálogos sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones a los Derechos Humanos*. [En línea]. Quito: Ministerio de Justicia y derechos

Humanos, 2010. [Citado en el 30 de noviembre de 2019]. 498 p. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1585/dialogos-sobre-la-reparacion-2010.pdf

Centro Nacional de Memoria Histórica y Organización Nacional Indígena de Colombia. *Tiempos de vida y muerte, memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: cnmh-onic, 2019. 565 p.

Criado De Diego, Marcos. La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. [En línea]. En: *Revista Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio, Bogotá, 2011 [citado en el 25 de noviembre de 2019]. 43 p. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a02.pdf

De Greiff, Pablo. Justicia y reparaciones. [En línea]. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002. [citado en el 30 de noviembre de 2019]. 18 p. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29767.pdf.

Ferrajoli, Luigi. Igualdad y diferencia. [en línea]. En: *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999. [Citado en el 25 de noviembre de 2019]. 27 p. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf

Gaete Uribe, Lucía. El convenio N169: un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. [en línea]. En: *Ius et Praxis*, 2012, vol.18, n.2 [citado en el 24 de noviembre de 2019]. 48 p. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200004

García Clarck, Rubén. Derecho a la diferencia y combate a la discriminación. En: Carbonell, Miguel, *et al. Discriminación, igualdad y diferencia política*. [En línea]. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, 2007 [citado en el 6 de junio de 2019]. 170 p. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/27899.pdf.

García, Mauricio y Uprimny, Rodrigo. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En: Santos, Boaventura: *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*. [en línea]. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2005. [citado en el 5 de junio de 2020]. p. 255-288. Disponible en: http://docshare01.docshare.tips/files/8666/86660796.pdf

Gómez Isa, Felipe. Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia. [En línea]. En: *Revista Derecho del Estado* n° 33, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014. [Citado en el 30 de septiembre de 2019]. 29 p. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3956/4257

Hernández Delgado, Esperanza. La resistencia civil de los indígenas del cauca. [en línea]. En: *Pap.polit.,* Bogotá, v. 11, n. 1, p. 177-220, junio 2006. [citado en el 24 de noviembre de 2019]. 44 p. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092006000100007

Martínez De Bringas, Asier. Autonomías Indígenas en América Latina. Una mirada comparada a partir de las dificultades para la construcción de un Derecho intercultural [En línea]. En: *Revista d'estudis autonòmics i federals.* issn 1886-2632, n.° 28, 2018. [Citado en el 1 de junio de 2020]. 37 p. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6801783

Moreno Moreno, Lina María. El arte y las garantías de no repetición de graves violaciones a los Derechos Humanos. En: Sierra León, Yolanda (Ed.). *Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y Tejidos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. 343 p.

Olive, León. Discriminación y pluralismo. En: De La Torre Martínez, Carlos. (Coord.). *El derecho a la no discriminación.* [En línea]. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas unam, 2006. [citado en el 7 de marzo de 2020]. 21 p. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/bd-dnd-9.pdf

Perona, Ángeles J. Notas sobre igualdad y diferencia. En: Mate, Reyes. *Pensar la igualdad y la diferencia.* Una reflexión filosófica. [En línea]. Madrid: Fundación Argentaria, 1995. [Citado en el 7 de marzo de 2020]. 12 p. Disponible en: https://www.academia.edu/438267/Notas_Sobre_Igualdad_Y_Diferencia

Rodríguez Garavito, César y Lam, Yukyan. Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia [en línea]. En: Bogotá: *Dejusticia.*, 2011. [citado en el 3 de diciembre de 2019]. 52 p. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_199.pdf

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. [En línea]. En: Bogotá: *Dejusticia*, 2010. p. 17. [Citado en el 5 de junio de 2020]. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf

Sierra León, Yolanda. Constitucionalismo transicional estético. [En línea]. En: *Serie Documentos de Trabajo* n.º 94, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [citado en el 11 de enero de 2020]. 31 p. Disponible en: https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2018/05/doc-de-trabajo-94.pdf

Sierra León, Yolanda. Reparación simbólica, litigio estratégico y litigio artístico: reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia. En: Sierra León, Yolanda. (Ed.). *Reparación Simbólica: Jurisprudencia, cantos y Tejidos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. 343 p.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez Garavito, César. *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xxi*. [En línea]. Madrid: Grupo Editorial Siglo xxi, 2011. [citado en el 19 de noviembre de 2019]. 426 p. Disponible en: http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf

Yrigoyen Fajardo, Raquel. De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. [En línea]. En: ilsa. *El derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas*, Bogotá.: ilsa, junio 2009. [citado en el 24 de enero de 2020]. 192 p. Disponible en:http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtro-Derecho/Elotroderecho_40/El_otro_derecho_40.pdf

TEXTOS NORMATIVOS

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4633 (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. En: Diario Oficial. 2011, no. 48.278. 98 p.

Organización de Estados Americanos [oea]. Asamblea General. Resolución ag/res. 2888 (xlvi-O/16). (14 de junio de 2016). Declaración Americana sobre protección de los derechos de pueblos indígenas. Disponible en: https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf

Organización de las Naciones Unidas [onu]. Asamblea General. Resolución 61/295. (13 de septiembre de 2007). Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/drips_es.pdf

Organización de las Naciones Unidas [onu]. Asamblea General. Resolución 60/147. (16 de diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx

Organización de las Naciones Unidas [onu]. Comisión de Derechos Humanos. (8 de febrero de 2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. 61º periodo de sesiones Tema 17 del programa provisional. Disponible en: http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html

Organización Internacional del Trabajo [oit]. *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra, 76ª reunión cit. (27 de junio 1989). Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

JURISPRUDENCIA

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección B. Sentencia con radicación número:17001-23-31-000-2001-00216-01(24335). (29, agosto, 2012). C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. En: *Relatoría del Consejo de Estado.* Bogotá: Consejo de Estado. 2012. 35 p.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia con radicación número 44001-23-31-000-2009-00152-01(45489). (29, octubre, 2018). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2018. 53 p.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicación número: 19001-23-31-000-1999-01747-01(24691). (28, febrero, 2013). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2013. 35 p.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicación número: 19001-23-31-000-1993-00400-01(21630). (26, junio, 2014). C. P. Danilo Rojas Betancourth. En: *Relatoría del Consejo de Estado.* Bogotá: Consejo de Estado. 2014. 119 p.

Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia con radicación número: 44001-23-31-000-2011-00015-01(54397). (30, noviembre, 2017). C.P.: Danilo Rojas Betancourth. En: *Relatoría del Consejo de Estado*. Bogotá: Consejo de Estado. 2017. 71 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. Auto 004/09 (26, enero, 2009). M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. En: *Gaceta de la Corte Constitucional.* Bogotá: Corte Constitucional. 2009. 232 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala tercera de revisión. Sentencia T-380/93 (13, septiembre, 1993). M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 1993. 25 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia SU123/18 (15, noviembre, 2018). M.P.: Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2018. 135 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala cuarta de revisión. Sentencia T-652/98 (10, noviembre, 1998). M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En: *Gaceta de la Corte Constitucional.* Bogotá: Corte Constitucional. 1998. 38 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia SU 510/98 (18, septiembre, 1998) del 18 de septiembre de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 1998. 91 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala quinta de revisión. Sentencia T- 080/17. (7, febrero, 2017). M.P. Jorge Iván Palacio. En: *Gaceta de la Corte Constitucional.* Bogotá: Corte Constitucional. 2017. 86 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. Sentencia T-693/11 (23, septiembre, 2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2011. 103 p.

Colombia. Corte Constitucional. Sala séptima de revisión. Sentencia T- 733/17 (15, diciembre, 2017). M.P: Alberto Rojas Ríos. En: *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Corte Constitucional. 2017. 563 p.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (17, junio, 2005). 148 p.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam (15, junio, 2005). 128 p.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala (19, noviembre, 2004). 125 p.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Masacres de Rio Negro vs. Guatemala (4, septiembre, 2012). 130 p.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso pueblo indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador (27, junio, 2012). 101 p.

CAPÍTULO VII

Igualdad inclusiva y personas con discapacidad. Algunas reflexiones a la luz de la observación general n.° 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Inclusive equality and people with disability. Some reflections in light of the Committee's general comment n.° 6 on the Rights of Persons with Disabilities

AGUSTINA PALACIOS*

RESUMEN

En los últimos años se ha estado desarrollando un nuevo modelo de igualdad en el contexto de la discapacidad. La Observación General n.º 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo ha definido como el "modelo de igualdad inclusiva". Este enfoque pretende reconceptualizar el derecho a la igualdad, a partir del establecimiento de un marco de cuatro dimensiones. En primer lugar, el derecho a la igualdad inclusiva debe tratar de corregir las desventajas –desde políticas redistributivas–. En segundo lugar, debe contrarrestar los prejuicios, el estigma, los estereotipos, la humillación y la violencia basados en una diversidad funcional –políticas de reconocimiento y enfoque interseccional. En tercer lugar, debe ampliar la participación, contrarrestando la exclusión –esto es la plasmación del lema "nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad"–. Finalmente, debe ajustar la diferencia –para lo cual resulta ineludible la garantía del "derecho a la accesibilidad universal", que engloba asimismo sistemas de apoyo y ajustes razonables. El presente trabajo presenta un análisis de esta mirada a la luz de la Observación citada, y algunas reflexiones en torno a la necesidad de un mayor desarrollo de estas cuatro dimensiones en el contexto de la discapacidad y los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad; Derechos Humanos; Igualdad inclusiva; Convención internacional.

ABSTRACT

In recent years, a new equality model has been developed in the context of disability. General Comment n.º 6 of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities has defined it as the "inclusive equality model". This approach aims to reconceptualize the right to equality, starting from the establishment of a four-dimensional framework. First, the right to inclusive

* Investigadora Adjunta de CONICET, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Correo-e: aguspalacios@hotmail.com https://orcid.org/0000-0002-8847-1266.

equality must try to correct the disadvantages – from redistributive policies. Second, it must counter prejudice, stigma, stereotypes, humiliation, and violence based on functional diversity – recognition policies and an intersectional approach. Third, participation must be broadened, counteracting exclusion –this is the expression of the motto "nothing about people with disabilities without people with disabilities"–. Finally, it must adjust the difference – for which the guarantee of the "right to universal accessibility" is unavoidable, which also includes support systems and reasonable adjustments. The present work presents an analysis of this view in light of the aforementioned Observation, and some reflections on the need for further development of these four dimensions in the context of disability and human rights.

KEYWORDS

Disability; Human Rights, Inclusive Equality, International Convention.

INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ha sido un paso muy importante en el contexto del Derecho internacional de los Derechos Humanos[1]. Entre otras cuestiones, ha visibilizado la situación de discriminación estructural en la que viven las personas con discapacidad, ha insertado la cuestión de la discapacidad dentro de la agenda de Derechos Humanos (y viceversa, los Derechos Humanos en la agenda de la discapacidad), y ha demostrado que se puede (y debe) habilitar la participación de las personas con discapacidad en todo proceso de elaboración de leyes y políticas públicas que les afecten.

La CDPD sitúa a la persona con discapacidad como sujeto de derecho. Plasma el modelo social y obliga a adoptar la "perspectiva" de Derechos Humanos. Persigue "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente"[2]. Desde dos principios fundamentales –dignidad inherente e igualdad y no discriminación– uno de sus objetivos fundamen-

1 Que entró en vigor en el año 2008, y fue ratificada por Colombia en 2011.

2 Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

tales ha sido *adaptar* las normas pertinentes de los tratados de Derechos Humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad[3]. Contiene 50 artículos en los que abordan los derechos sustantivos desde una cláusula antidiscriminatoria.

El Tratado refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, al reconocer que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[4]. La conceptualización del modelo social asimismo aparece en el artículo 1°, al establecer que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[5].

De este modo, se enfatizan dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad es un concepto en evolución. Y la segunda, que la discapacidad es el resultado de las condiciones individuales de las personas –el Tratado las denomina deficiencias– y barreras *actitudinales* y del entorno. Pero, asimismo, se resalta que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto. Por otro lado, resulta importante que la definición que la Convención asume no sea cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, por lo que se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada[6].

El modelo social y la perspectiva de Derechos Humanos se encuentran reflejados en sus principios generales. Resultan de suma importancia a la hora de elaborar políticas, interpretar o aplicar sus cláusulas, como asimismo indagar en los derechos que el instrumento protege, y en las obligaciones

---

3 Quinn, Gerard, *The un Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*, Conferencia pronunciada en Dublin, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 de noviembre de 2006.

4 cdpd, Preámbulo, inc. e.

5 Art. 1°, párr. 2°.

6 Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008. 325.

que establece. Según el artículo 3°, estos son: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.".

Los principios citados son un faro y un parámetro a tener en cuenta tanto al momento de interpretar, como de aplicar la CDPD[7]. Y dentro de las luces que conforman este faro, uno de los valores/principios/derechos claves en este Tratado ha sido y es la igualdad. La igualdad en el contexto de la discapacidad exige la inclusión de la diversidad. En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello ha sido reforzado a través de las diversas dimensiones que incorpora la CDPD –como principio, como valor y como derecho–. Durante su proceso de gestación, se trabajó teniendo en miras una igualdad de oportunidades. Se entendió que el modelo de igualdad de oportunidades en materia de igualdad enfocaba adecuadamente las cuestiones sobre el uso negativo de la diferencia prohibiendo la discriminación basada en discapacidad, a la vez que imponiendo acciones positivas[8].

La Convención asume, a través de sus principios, y en la regulación de los derechos que ampara, una concepción amplia de la igualdad, que no se queda en un simple trato no discriminatorio –igualdad formal–, sino que asume la igualdad de oportunidades, que requiere en ciertos casos de medidas activas –igualdad material–, que debe pasar necesariamente por el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas[9]; ello implica necesariamente la adopción de políticas de reconocimiento, que tiendan a alcanzar una participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

---

7 *Ídem*.

8 QUINN, GERARD. "Next steps –Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities", en *Disability Rights,* Peter Blanck (Ed.), Ashgate, 2005.

9 Véase, en este sentido, CAMPOY CERVERA, IGNACIO, "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad", en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005 –versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.° 8, 2004-2005.

Profundizando su contenido y alcance, en los últimos años se ha estado desarrollando un nuevo modelo de igualdad en el contexto de la discapacidad[10]. La Observación General n.° 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (OG6) lo ha definido como el "modelo de igualdad inclusiva"[11]. Este enfoque pretende reconceptualizar el derecho a la igualdad, a partir del establecimiento de un marco de cuatro dimensiones de fines y objetivos[12]. El modelo tiene una indudable influencia del trabajo de Sandra Fredman, quien explica que desde la igualdad sustantiva se pretende reconceptualizar el derecho a la igualdad, a partir del establecimiento de un marco de cuatro dimensiones de fines y objetivos (que denomina enfoque cuatridimensional)[13].

El enfoque cuatridimensional busca proporcionar un marco analítico para iluminar la naturaleza multifacética de la desigualdad y ayudar a determinar si las acciones, prácticas o instituciones lo impiden o promueven. Se encuentra enmarcado deliberadamente en términos de dimensiones, para permitir centrarnos en su interacción y sinergias[14]. De este modo, ante la existencia de conflictos o entrecruzamientos entre las diversas dimensiones, la tensión podría resolverse haciendo referencia al marco en su conjunto,

---

10 Goldschmidt, Jenny E. New Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention? *Nordic Journal of Human Rights*, 35:1, 2017 1-14, DOI: 10.1080/18918131.2017.1286131

11 CDPD/C/G/C/6, abril de 2018. Degener, Theresia. *Disability in a Human Rights Context*, MDPI, Journal Laws 2016, 5, 35; doi:10.3390/laws5030035

12 Cfr. *Achieving Transformative Equality for Persons with Disabilities: Submission to the CRPD Committee for General Comment No.6 on Article 5 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Documento elaborado por Faculty of Law, Oxford University, Sandra Fredman FBA, QC (hon), Rhodes Professor of Law, University of Oxford Meghan Campbell, Lecturer in Law, University of Birmingham Shreya Atrey, Lecturer in Law, University of Bristol Jason Brickhill, DPhil Candidate, University of Oxford Nomfundo Ramalekana, DPhil Candidate, University of Oxford Sanya Samtani, DPhil Candidate, University of Oxford, 2017.

13 Fredman, Sandra. *Substantive equality revisited*. International Journal of Constitutional Law, Volume 14, Issue 3, July 2016, pp. 712-738. Disponible en: https://doi.org/10.1093/icon/mow043

14 *Achieving Transformative Equality for Persons with Disabilities: Submission to the CRPD Committee for General Comment No.6 on Article 5 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities,* cit. De este modo, ante la existencia de conflictos, o entrecruzamientos entre las diversas dimensiones, la tensión podría resolverse haciendo referencia al marco en su conjunto, con el objetivo, no tanto de insistir en que una tenga prioridad sobre otra, sino de crear una síntesis que las integre.

con el objetivo, no tanto de insistir en que una tenga prioridad sobre otra, sino de crear una síntesis que las tenga en cuenta a todas[15].

Las cuatro dimensiones que exige el modelo de igualdad inclusiva requieren profundizar, asimismo, en ciertos principios clave en materia de discapacidad. En primer lugar, el derecho a la igualdad inclusiva debe tratar de corregir las desventajas –desde políticas redistributivas–. En segundo lugar, debe contrarrestar los prejuicios, el estigma, los estereotipos, la humillación y la violencia basados en una condición de discapacidad –políticas de reconocimiento. En tercer lugar, debe ampliar la voz y la participación, contrarrestando la exclusión política y social –esto es, la plasmación del lema "nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad"–. Incluyendo, asimismo, la perspectiva de interseccionalidad. Por último, debe ajustar la diferencia y proponer un cambio estructural –para lo cual resulta ineludible la garantía del "derecho a la accesibilidad universal", que engloba asimismo sistemas de apoyo y ajustes razonables.

En lo que sigue se comparte un análisis de esta mirada a la luz de la OG6 citada, y algunas reflexiones en torno a la necesidad de un mayor desarrollo de estas cuatro dimensiones en el contexto de la discapacidad y los Derechos Humanos.

1. LAS PRINCIPALES DIMENSIONES DE LA IGUALDAD A LA LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL N.° 6

En el año 2018, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó la Observación General n.° 6 sobre Igualdad y No Discriminación (OG6)[16].

El instrumento aborda el Derecho a la igualdad y la no discriminación. Se estructura en ocho secciones. En su parte introductoria, se destaca la necesidad de que los Estados comprendan el modelo social de discapacidad y el necesario enfoque de Derechos Humanos en la materia. Asimismo, se enfatiza que gran cantidad de leyes y políticas nacionales perpetúan la exclusión, el aislamiento, la discriminación y la violencia contra las personas con discapacidad. Dichas leyes y políticas, destaca la Observación, "no suelen

---

15 *Ídem*.

16 CRPD/C/GC/6, Aprobada por el Comité en su 19º período de sesiones (14 de febrero a 9 de marzo de 2018).

reconocer la discriminación múltiple e interseccional ni la discriminación por asociación; no reconocen que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación; y carecen de mecanismos eficaces de reparación jurídica y resarcimiento"[17].

En su Sección segunda se analiza el alcance del principio/derecho a la igualdad y no discriminación en el contexto del Derecho internacional. Se lo vincula al principio de dignidad humana –columna rectora que da sustento a los Derechos Humanos–, y se enfatiza en el papel que igualdad y no discriminación juegan en la Convención, constituyendo su núcleo fundamental y siendo evocados sistemáticamente en sus artículos con el uso reiterado de la expresión "en igualdad de condiciones con las demás", que vincula todos los derechos sustantivos de la Convención con el principio de no discriminación[18].

La Sección tercera aborda cuestiones conceptuales y filosóficas fundamentales, como el modelo de tratamiento de la discapacidad, modelo de Derechos Humanos, y el contenido y alcance del derecho a la igualdad en la Convención: la igualdad inclusiva[19]. La Observación reitera que la discapacidad es una construcción social y que las diversidades funcionales no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los Derechos Humanos[20]. Asimismo, destaca que la discapacidad es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, las leyes y políticas de discapacidad deben tener en cuenta la diversidad de personas con discapacidad[21].

---

17 *Ídem*, párr. 3°.

18 *Ibídem*, párr. 7°.

19 Sobre la concepción de un modelo de Derechos Humanos en materia de discapacidad, véase: Degener, Theresia. "A New Human Rights Model of Disability*", The United Nation Convention on the Rights of Person with Disabilities, A Commentary*, Valentina Della Fina, Rachere Cela, Gisueppe Palmisano (Editors), Springer, 2017, pp. 42 a 59. Y desde una mirada crítica, puede verse: Palacios, Agustina. ¿Un nuevo modelo de *Derechos Humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones –ligeras brisas- frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social.* Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos Vol 4 (2) Año 2020 issn 2525-1643.

20 La Observación utiliza el término "deficiencias", pero se prefiere el término "diversidad funcional" para aludir a la "condición" que da origen a la "situación" de discapacidad, evitando una terminología que sigue poniendo el énfasis en el "déficit", a nuestro entender desde una mirada médico-rehabilitadora.

21 Observación General n.º 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit., párr. 9°.

La secciones Cuarta y Quinta desarrollan el carácter jurídico y normativo de la igualdad y la no discriminación, abordando entre otras sus diferentes dimensiones (como derecho, como principio), como también su significado y alcance. La igualdad ante la ley y en virtud de ella; el derecho a la igual protección legal y al igual beneficio; la prohibición de discriminación y la protección legal igual y efectiva; los ajustes razonables en el contexto de la igualdad y la no discriminación, y el papel de las medidas específicas para garantizar y/o afianzar el derecho a la igualdad[22].

La Sección VI especifica las obligaciones generales exigidas a las Estados Parte en materia de igualdad y no discriminación, poniendo el acento en la necesidad de modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Se recuerda que el Comité ha dado ejemplos concretos en dicho sentido, entre ellos: "leyes de tutela y otras normas que vulneran el derecho a la capacidad jurídica[23]; leyes de salud mental que legitiman la institucionalización forzada y la administración forzada de tratamientos, que son discriminatorias y deben abolirse[24]; la esterilización de mujeres y niñas con discapacidad sin su consentimiento; políticas de institucionalización y de alojamientos inaccesibles[25]; leyes y políticas de educación segregada[26]; y leyes electorales que privan de derechos a las personas con discapacidad"[27-28]. Finalmente, siguiendo un esquema clásico las secciones VII y VIII analizan la relación de la igualdad y no discriminación con otros artículos específicos y se establecen algunas estrategias básicas y necesarias para su aplicación a nivel nacional[29].

Entre sus puntos más destacables, la OG6 se propone aclarar las obligaciones de los Estados Parte en relación con la igualdad y la no discrimina-

---

22 *Ídem*, párr. 14 a 29.

23 Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n.º 1 (2014) relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley.

24 Véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, directrices relativas al art. 14, párrs. 6° y 14. Puede consultarse en la página web del Comité. *www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx* .

25 Véase, por ejemplo, Observación General n.º 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, párr. 46.

26 Véase Observación General nro. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, párr. 24.

27 Véase "Bujdosó y otros c. Hungría" (CRPD/C/10/D/4/2011).

28 OG6 CDPD, párr. 30

29 *Ibídem*, Secciones VII y III respectivamente.

ción. Muestra preocupación respecto de la existencia de leyes y políticas nacionales que aún hoy continúan perpetuando la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, así como la discriminación y la violencia. También ha destacado que los Estados no suelen reconocer la discriminación múltiple e interseccional ni la discriminación por asociación; ni tampoco se reconoce que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación; careciéndose asimismo de mecanismos eficaces de reparación jurídica y resarcimiento[30].

El instrumento comentado destaca que la igualdad y la no discriminación son dos de los principios y derechos más fundamentales del Derecho internacional de los Derechos Humanos, que se encuentran intrínsecamente conectados con la dignidad humana, y son la piedra angular de todos los Derechos Humanos[31]. El término "dignidad" aparece en la Convención con más frecuencia que en ninguna otra convención de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Figura en el preámbulo, en el que los Estados Miembros recuerdan la Carta de las Naciones Unidas y los principios de esta que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes[32]. Sin duda este punto resulta crucial, y se desarrollará más adelante.

2.1. SOBRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EN VIRTUD DE ELLA

La OG6 recuerda que varios tratados internacionales de Derechos Humanos contienen la expresión "igualdad ante la ley", que describe el derecho de las personas a la igualdad de trato por ley y también en su aplicación, como ámbito. A fin de que pueda realizarse plenamente este derecho, las y los funcionarios/as del poder judicial y quienes tienen el encargo de hacer cumplir la ley no deben discriminar a las personas con discapacidad en la administración de justicia.

El Comité explica que la "igualdad en virtud de la ley" es un concepto exclusivo de la CDPD. Hace referencia a la posibilidad de entablar relaciones jurídicas. Si bien la igualdad ante la ley se refiere al derecho a recibir el am-

30 *Ídem*, p. 3
31 OG6 CDPD, párr. 4
32 OG6 CDPD, párr. 6

paro de esta, la igualdad en virtud de la ley se refiere al derecho a utilizarla en beneficio personal. Así, las personas con discapacidad tienen derecho a recibir protección de manera efectiva y a intervenir de manera positiva. La propia ley garantizará la igualdad sustantiva de todas las personas de una jurisdicción determinada. Por lo tanto, se aclara que el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad son iguales en virtud de la ley significa que no deben existir leyes que permitan denegar, restringir o limitar específicamente los derechos de las personas con discapacidad, y que deben incorporarse las consideraciones relativas a la discapacidad en todas las leyes y políticas[33].

Destaca la OG6 que esta interpretación de los términos "igualdad ante la ley" e "igualdad en virtud de la ley" se encuentra en consonancia con el artículo 4, párrafo 1 b) y c), de la Convención, según el cual los Estados Parte deben velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en la Convención; se modifiquen o deroguen las leyes, los reglamentos, las costumbres y las prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y se tengan en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad[34].

2.2. SOBRE LA IGUAL PROTECCIÓN LEGAL Y EL BENEFICIO DE LA LEY EN IGUAL MEDIDA

Explica el Comité que las expresiones "igual protección legal" y "beneficiarse de la ley en igual medida" reflejan nociones de igualdad y no discriminación que, si bien se encuentran relacionadas, tienen diverso alcance. La expresión "igual protección legal" es bien conocida en el Derecho internacional de los tratados de Derechos Humanos y se utiliza para exigir que los órganos legislativos nacionales se abstengan de mantener o generar discriminación contra las personas con discapacidad al promulgar leyes y formular políticas. Se destaca asimismo que al leerse el artículo 5 en conjunción con los artículos 1, 3 y 4 de la Convención, resulta evidente que los Estados Parte deben adoptar medidas positivas para facilitar que las personas con discapacidad disfruten en igualdad de condiciones de los derechos garantizados en la legislación.

---

33 OG6 CDPD, párr. 14.

34 OG6 CDPD, párr. 15.

Ello también implica que deban proporcionar accesibilidad, ajustes razonables y apoyos individuales. La OG6 explica que, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas con discapacidad, se emplea la expresión "beneficiarse de la ley en igual medida", lo que significa que los Estados Parte deben eliminar las barreras que obstaculizan el acceso a todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos[35].

Resulta importante tener presente que las barreras son parte de una discriminación estructural y que se encuentran en todos los ámbitos de la vida. Estos ámbitos incluyen, entre otros, el entorno físico, el entorno comunicacional y el entorno actitudinal. Y en este contexto, el Comité destaca la importancia de profundizar en la garantía de accesibilidad, poniendo énfasis en el ámbito de lo *actitudinal*. Así, observa que "los esfuerzos realizados por los Estados Parte para superar las barreras actitudinales con respecto a la discapacidad han sido insuficientes. Cabe citar como ejemplo los estereotipos humillantes y duraderos, y el estigma y los prejuicios contra las personas con discapacidad, que son percibidas como una carga para la sociedad. En respuesta a ello, es fundamental que las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, desempeñen una función central en la reforma de las leyes y las políticas"[36].

2.3. Sobre la prohibición de discriminación y la protección legal igual y efectiva

El Comité describe que el artículo 5, párrafo 2 contiene los requisitos jurídicos para el logro de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad y las personas asociadas a ellas. La obligación de prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad comprende a las personas con discapacidad y a las personas de su entorno, por ejemplo a quienes ejercen la función parental de niños/as con discapacidad.

Destaca la OG6 que la obligación de garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo tiene un gran alcance e impone a los Estados Parte obligaciones positivas de protección. Las medidas específicas, que no han de

35 OG6 CDPD, párr. 16.
36 OG6 CDPD, párr. 2.

considerarse discriminación, son medidas positivas o de acción afirmativa que tienen por finalidad acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad[37]. El Comité observa que las medidas específicas que adopten los Estados Parte en virtud del artículo 5, párrafo 4 de la Convención deben ser compatibles con todos los principios y disposiciones establecidos en ella. En particular, no deben perpetuar el aislamiento, la segregación, los estereotipos, la estigmatización ni otros tipos de discriminación contra las personas con discapacidad. Por lo tanto, los Estados Parte deben celebrar consultas estrechas con las organizaciones de personas con discapacidad y colaborar activamente con ellas al adoptar medidas específicas[38].

La discriminación por motivos de discapacidad se define en el artículo 2 como "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Aclara la OG6 que esta definición se basa en las definiciones jurídicas de la discriminación que figuran en tratados internacionales de Derechos Humanos, como el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. No obstante, trasciende esas definiciones en dos aspectos: en primer lugar, incluye la "denegación de ajustes razonables" como forma de discriminación por motivos de discapacidad; y, en segundo lugar, la expresión "en igualdad de condiciones" es un elemento nuevo. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contiene, en sus artículos 1 y 3, frases similares, aunque más limitadas: "sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer" y "en igualdad de condiciones con el hombre". La frase "en igualdad de condiciones con las demás" no solamente figura en la definición de discriminación por motivos de discapacidad, sino que impregna toda la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por una parte, significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población en

37 OG6 CDPD, párr. 28.
38 OG6 CDPD, párr. 29.

general. Por otra, exige que los Estados Parte adopten medidas específicas concretas para lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad a fin de que puedan disfrutar realmente de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales[39].

Es importante destacar que la definición de discriminación "por motivo de discapacidad" de la mano con el artículo 5° sobre Igualdad y No Discriminación[40] prohíbe la "discriminación por motivos de" discapacidad. De este modo, se pone el acento sobre el fenómeno de la discriminación, más allá de las condiciones de la persona. Esta es la posición que la Corte Suprema de Canadá adoptó en el año 2000, en el caso "Mercier", donde se aprobó una tendencia de los tribunales inferiores, respecto de la inclusión de las percepciones subjetivas de la discapacidad dentro de la definición de discapacidad[41]. Por otro lado, aquellas personas que pueden ser susceptibles de tener una discapacidad, también son susceptibles de ser tratadas de manera discriminatoria "por motivo de" discapacidad, aunque no la tengan actualmente. En este caso, nuevamente, si se mantiene la atención en el fenómeno de discriminación, entonces tiene sentido afirmar que esta categoría también entraría dentro del marco protector del derecho antidiscriminatorio esbozado por la Convención. Asimismo, puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas con personas que la tengan. Ello incluiría, por ejemplo, a una madre o padre de un niño o niña con discapacidad, que estuviera intentando reubicarse en el mercado de trabajo, o afiliarse a un sistema pago de salud dentro de un plan familiar. Dichas personas corren el riesgo de ser tratadas de manera discriminatoria "por motivo de la discapacidad" de sus familiares, aunque ellas no tengan una discapacidad. Asimismo, la Convención considera que la

---

39 OG6 CDPD, párr. 17.

40 "1. Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad".

41 Suprema Corte de Canadá, Quebec (Commission de droits de la personne et des droits de la juenesse) v. Montreal; Quebec (etc.) v. Boisbriand (City), [2000] 1 S.C.R. 665.

discriminación puede generarse como consecuencia de cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el *propósito* o el *efecto* de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales. Con lo cual, al momento de evaluar un acto, una práctica o una norma, no resulta relevante ni es causal de eximición la falta de voluntad de discriminar, porque lo que marca la CDPD es evaluar si el "efecto" tiene como resultado la vulneración del goce o ejercicio de un derecho en igualdad de condiciones[42].

La obligación de prohibir "toda discriminación" incluye todas las formas de discriminación. La práctica internacional en materia de Derechos Humanos distingue cuatro formas principales de discriminación que pueden manifestarse de forma independiente o simultánea: la discriminación directa, la discriminación indirecta, la denegación de ajustes razonables y el acoso[43]. Asimismo, el Comité pone el acento en la discriminación interseccional. Este último punto es fundamental y se abordará en el próximo apartado.

3. LA IGUALDAD INCLUSIVA A LA LUZ DE LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 6

Las diversas dimensiones abordadas por el Comité son facetas que si bien requieren de una especificidad en el contexto de la discapacidad, son parte del desarrollo del derecho a la igualdad en el contexto del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Pero la OG6 da un paso más, al introducir el modelo de igualdad inclusiva. Para ello se explica que "la igualdad de oportunidades, como principio general de la Convención en virtud del artículo 3, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva. La igualdad formal lucha contra la discriminación directa tratando de manera similar a las personas que están en situación similar. Puede ayudar a combatir los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones al "dilema de la diferencia", ya que no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos. La igualdad sustantiva, en cambio, aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder. Admite que el "di-

---

42 PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social…, op. cit.*

43 OG6 CDPD, párr. 18.

lema de la diferencia" entraña tanto ignorar las diferencias entre los seres humanos como reconocerlas, a fin de lograr la igualdad"[44].

A dicho fin, la OG6 introduce un nuevo modelo de igualdad. En este punto, entiendo, nos encontramos ante lo más novedoso del instrumento. La afirmación de que la CDPD se basa en la igualdad inclusiva"[45]. Explicándose que la igualdad inclusiva es un nuevo modelo de igualdad que se desarrolla a lo largo de toda la Convención, que abarca un modelo de igualdad sustantiva, pero que al mismo tiempo amplía y detalla el contenido de la igualdad a través de una serie de dimensiones[46]. Como hemos adelantado, la comprensión del contenido y alcance de dichas dimensiones en el contexto de la discapacidad parece fundamental para que el modelo de igualdad inclusiva cobre eficacia.

Las dimensiones identificadas por la OG6 son las siguientes: "a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana[47]". En lo que sigue se comparten algunas reflexiones que pretenden ser un humilde aporte para el desarrollo de cada una de las dimensiones descritas.

3.1. DIMENSIÓN REDISTRIBUTIVA JUSTA PARA AFRONTAR LAS DESVENTAJAS SOCIOECONÓMICAS

En su análisis sobre la historia de la discapacidad, Deborah Stone afirma que la determinación de la discapacidad en realidad implica una decisión política sobre la distribución de los bienes sociales[48]. La autora propone que, en lugar de ver a la discapacidad como un juego de características objetivas, la podamos definir en términos de ideas y valores en torno a la redistri-

---

44 OG6 CDPD, párr.10.
45 OG6 CDPD, párr. 11.
46 *Ídem*.
47 *Ibídem*.
48 STONE, DEBORAH. *The Disabled State*. Temple University Press, 1985.

bución. Afirma que la prolongada discusión gira en torno de los criterios objetivos y la valoración de la diversidad funcional, precisamente porque el Estado debe ser visto distribuyendo los recursos escasos de un modo justo y sistemático[49]. Y que ello no sucede en el orden práctico. Entiendo que el planteo de Stone es reduccionista e incompleto, pero, no obstante, creo que en parte lleva razón.

Pero para superar reduccionismos y enfoques erróneos parece necesario, en primer lugar, repensar aquellas teorías de la justicia que fundamentan las políticas redistributivas en materia de discapacidad desde la concepción de la condición como un "déficit". Este punto tiene una importancia fundamental desde la mirada que exige el modelo social y de discapacidad y la perspectiva de Derechos Humanos. Intentando zanjar esta falsa dicotomía entre políticas de redistribución y políticas de reconocimiento, Fraser sostiene que una respuesta social justa debe abarcar referencias distributivas y que ello puede ser realizado sin tratar a las personas con discapacidad como *deficitarias o incompetentes*[50]. Al mismo tiempo se reconoce que las teorías distributivas de la justicia han tendido a distorsionar el significado de la discapacidad abordándola como desigualdades naturales que la sociedad tiene la obligación de compensar. Wasserman, por ejemplo, sostiene que esa respuesta es totalmente inadecuada y refleja una asunción de la discapacidad como déficit interno. Precisamente porque las desventajas asociadas con la discapacidad son en gran medida la consecuencia de la interacción de las personas con el entorno, la justicia debe reclamar modificaciones en el entorno, a la vez que medidas correctivas o compensatorias. Por ello considera los enfoques que plantea la justicia para las personas con discapacidad exclusivamente en términos de reparación por discriminación y la reconstrucción del entorno social.

Si bien el reconocimiento de que la discapacidad es una construcción social ha servido como un importante corrector de las teorías de la justicia que consideran a la discapacidad como desigualdades naturales, ese reconocimiento no evita la necesidad de una adecuada teoría de la justicia distributiva. Condicionando el entorno, no menos que distribuyendo bienes y servicios,

---

49 Ribotta, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: pobreza, redistribución e injusticia social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

50 Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Trad. de Magdalena Holguín e Isabel Jaramillo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

inevitablemente nos enfrentamos a la dificultad de encontrarnos entre los intereses de diferentes personas, que no pueden ser solucionados simplemente con la prohibición de discriminación o la demanda de igual acceso[51].

Una vez que dicho punto es aclarado, parece fundamental la profundización de este tipo de políticas[52]. Es sabido que existe un vínculo directo entre pobreza y discapacidad. La población con discapacidad se encuentra entre la más desaventajada y discriminada. La situación de precariedad económica de las personas con discapacidad debe ser central en las políticas fiscales y económicas. La política fiscal tiene un enorme poder redistributivo. Estas deben aplicar en las medidas más inmediatas dirigidas a mitigar la pobreza, apoyar al sector informal, en el marco de las políticas crediticias, así como en el diseño de otros alivios fiscales. Las medidas inmediatas de alivio económico deben asegurar el principio de no discriminación e incluir acciones afirmativas para asegurar que las personas con discapacidad no se quedan atrás[53].

Pero el tema es aun más complejo. Como destaca Ospina, el colectivo de personas con discapacidad es uno de los que representa mayores niveles de exclusión social en términos de distribución de los recursos y bienes. Explica el autor que la situación de pobreza comúnmente se concibe como la imposibilidad en que se encuentra una persona para cubrir sus necesidades básicas, razón por la cual suele medirse en términos de ingresos y nivel de renta. Sin embargo, "dicho baremo de medición presenta algunos inconvenientes para el tema de la discapacidad, toda vez que una persona que se encuentra en esta situación, incluso con un nivel de ingresos aceptable, puede hallarse en posición de desventaja respecto a otra persona sin discapacidad, aun cuando los ingresos de esta última sean ostensiblemente inferiores"[54].

---

51 Wasserman, David. "Distributive Justice", en *Silvers, A. Wasserman, D. and Mahowald, M.B,* Disability, *Difference, Discrimination, Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy.* United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1998. Cap. 2.

52 El contexto actual de pandemia durante el cual se escribe este documento refleja e ilustra el modo en que las desigualdades se profundizan. A las barreras que las personas con discapacidad enfrentan a diario las estigmatización, falta de acceso a bienes y servicios básicos, pobreza, invisibilidad, y abandono o institucionalización, se suman las nuevas generadas por la pandemia, y la profundización de la desigualdad estructural que se encuentra tristemente normalizada.

53 Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas* (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020).

54 Ospina Ramírez, Mario, A. *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad: una asignatura pendiente del Estado colombiano*. Universidad del Externado, 2018, pp. 15-16

Las teorías económicas sobre desarrollo han omitido cuestiones esenciales sobre este colectivo, contribuyendo a su invisibilidad y pobreza[55]. La teoría de las capacidades desde un enfoque basado en los Derechos Humanos proporciona una nueva dimensión del desarrollo. Los costes extraordinarios derivados de la discapacidad y de las barreras a las cuales se enfrentan las personas con discapacidad contribuyen a su pobreza, falta de libertad y vulneración de Derechos Humanos. En este sentido, la cooperación para el desarrollo se convierte en una herramienta esencial para la promoción de los derechos de las personas con discapacidad y la lucha contra la pobreza[56].

Por las razones descritas es que es necesaria la profundización de políticas redistributivas en materia de discapacidad. Una política de inclusión es, sin duda, la manera más eficaz de reducir los costes de la discapacidad. Una inclusión efectiva "requiere que se tenga en cuenta la discapacidad de manera transversal en la legislación, el desarrollo de políticas y la puesta en marcha de programas y acciones desde que se conciben, permitiendo la participación de las personas con discapacidad desde el inicio del proceso"[57]. En este sentido, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible cobra una importancia fundamental[58]. El documento sitúa a las personas en el centro, desde un enfoque de derechos y busca un desarrollo sostenible global dentro de los límites planetarios[59]. Es indivisible, ya que integra los tres pilares del desarrollo sostenible –económico, social y medioambiental–, presentando así una visión holística del desarrollo. La erradicación de la pobreza y la reducción de desigualdades –prioridades para América Latina y el Caribe– también son temas centrales en esta agenda que busca "no dejar a nadie atrás"[60].

---

55 Martínez Ríos, Beatriz. *Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos*, Revista Española de Discapacidad, 1 (1), pp. 9-32.

56 *Ídem*., p. 27

57 *Ídem*., p. 28

58 Cfr. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1.

59 Como es sabido, en el 2015, los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, como hoja de ruta hacia un nuevo paradigma de desarrollo en el que las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas toman un rol central. La Agenda 2030 cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que reemplazan los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y son una guía para el trabajo de las Naciones Unidas hasta el año 2030.

60 https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible

3.2. DIMENSIÓN DE RECONOCIMIENTO PARA COMBATIR EL ESTIGMA, LOS ESTEREOTIPOS, LOS PREJUICIOS Y LA VIOLENCIA, Y PARA RECONOCER LA DIGNIDAD DE LOS SERES HUMANOS Y SU INTERSECCIONALIDAD

En este punto entiendo que la OG6 se refiere a varias dimensiones complementarias, que incluyen: en primer lugar, una política de reconocimiento para la inclusión de la diversidad desde la mirada del enriquecimiento, y no desde la tolerancia. Por otro lado, la necesidad de seguir potenciando la dignidad desde una mirada holística y, finalmente, todo ello desde un enfoque que comprenda la identidad desde una mirada interseccional –lo que significa una intersección de condiciones, pero también de situaciones y posiciones. Intentaré ir de manera más ordenada.

SOBRE LA DIMENSIÓN DE RECONOCIMIENTO

La deconstrucción de la discapacidad exige su reconceptualización como un "problema socio-político, cuya causalidad estructural se sitúa en el régimen de organización social, económica, política y cultural vigente en una sociedad y en un momento histórico determinado"[61]. El modelo social de discapacidad visibilizó las causas sociales, culturales, y contextuales de la discapacidad[62]. Y hoy en día no es posible ignorar tres facetas o dimensiones que interaccionan y deben estar presentes en cualquier análisis sobre la materia[63].

La primera es la *condición de discapacidad*, que es la dimensión personal. El modo en que se defina y conciba esta condición sin duda va a tener incidencia en la identidad de la persona. Si la mirada surge exclusivamente desde un diagnóstico médico –como el de deficiencia–, entonces se convierte en una identidad de la insuficiencia, la carencia y la falta de autonomía[64]. Y

---

61 Mareño Sempertegui, Mauricio. *La discapacidad en la dimensión académica de la Universidad Nacional de Córdoba. Una aproximación diagnóstica*, Departamento de Discapacidad de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), Programa de Promoción de la Investigación. Secretaría de Investigación y Postgrado. Escuela de Trabajo Social, UNC, Córdoba, 2006, p. 1.

62 Palacios, Agustina. *El modelo social…*, *op. cit*.

63 Brogna, Patricia (Comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

64 Ferreira, Miguel Ángel. "La construcción social de la discapacidad: *habitus*, estereotipos y

sin duda desde dicha concepción aislada se hace muy difícil construir una identidad[65]. En cambio, si esta dimensión surge desde la observación y el reconocimiento de la diversidad humana, la identidad será configurada en términos descriptivos y no negativos. Es por ello que se propone el término *diversidad funcional* –en remplazo del término *deficiencia* o *padecimiento*–, porque de este modo se elimina la connotación negativa sobre las palabras que aluden a las características de un ser humano[66].

La segunda dimensión a tener en cuenta es la *situación de discapacidad*. La dimensión interrelacional, situacional y dinámica que surge cuando entran en juego las barreras sociales[67]. Esta situación es en verdad la que "discapacita", restringe y/o impide el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Ha sido puesta de manifiesto desde el activismo político y el modelo social de discapacidad desde la década de los años setenta del siglo pasado.

La tercera dimensión es la *posición de discapacidad*, que es estructural. Se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, siendo el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos[68]. Es necesario, por ende, tomar conciencia respecto de que la posición de discapacidad se relaciona con el valor que les asignamos a esa condición y a esa situación. Y como expresa Ferreira, la representación social de la discapacidad no suele ser la de la diversidad, sino la de la deficiencia, de la minusvalía –asimilada al déficit, a lo "anormal", a la incapacidad–[69].

Para revertir esta situación es importante volver a traer al debate la condición personal –diversidad funcional–, deconstruyendo la perspectiva médica, desde el relato vivencial de sus protagonistas. La deconstrucción del mismo concepto de discapacidad desde una mirada transdisciplinar requiere introducir en la política de la discapacidad la experiencia de la diversidad

---

exclusión social", en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17 (2008)1. 6. Bogotá, Universidad Central.

65 Distinto es el caso de aquellas personas sordas que se consideran que pertenecen a una minoría cultural y lingüística. Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. *Estudios sobre los derechos de las personas sordas,* Madrid, Dykinson, 2012.

66 Palacios, Agustina y Romañach, Javier, *El modelo de la Diversidad*, Madrid, Diversitas, 2007, pp. 34-37.

67 Brogna, Patricia, *Visiones y revisiones de la discapacidad*…, *op. cit*., p. 23.

68 *Ídem*.

69 Ferreira ha propuesto el término de alter-valia para contrarrestar esa percepción y concepción (Ferreira, Miguel Ángel, cit., p. 4.)

funcional desde el relato de quienes son sus protagonistas[70]. En palabras de Crow, debe hacerse "porque si no se imponen estas definiciones y perspectivas, el mundo *no discapacitado* seguirá haciéndolo por las personas con discapacidad, y lo hará de manera descalificadora"[71].

Desde otros puntos de vista, autoras como Jenny Morris[72] y Susan Wendell[73], plantean políticas de reconocimiento desde una mirada que intersecciona el feminismo. Otros autores, como Paul Abberley, entienden que existe en la teoría de la discapacidad un recelo –explicable desde el punto de vista político– a hablar de la diversidad funcional. Sin embargo, es necesario que ello se haga si se pretende desarrollar un análisis más profundo de la relación entre diversidad funcional y discapacidad. Explica este autor que la diversidad funcional no es "natural", sino que es una categoría que cambia a lo largo de la historia (e incluso entre culturas). Del mismo modo, no todas las restricciones en la actividad humana son opresión. Explica que la forma en que un determinado análisis critica el mundo real se basa en una idea de cómo podrían ser las cosas, una utopía. Las teorías sociales clásicas dan a la participación en la producción una importancia fundamental para la integración social; en su utopía, el trabajo es una necesidad, como fuente de identidad. Estas teorías implican la abolición progresiva de la diversidad funcional como elemento que limita el desarrollo de todas las capacidades de las personas. Pero como es imposible alcanzar completamente ese objetivo,

---

70 Young, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia* (Traducción de Silvina Álvarez), Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 2000. Capítulo 2. La autora, al analizar las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales –entre los que incluye a las personas con discapacidad–, sostiene que en vez de centrarse en la distribución, una concepción de la justicia debería comenzar por los conceptos de dominación y opresión (*op. cit*., pp. 12 y ss.) Asimismo, sostiene que cuando los nuevos movimientos sociales hablan de opresión, se refieren a las desventajas e injusticias que sufren algunas personas como consecuencia de las prácticas cotidianas de una buena intencionada sociedad liberal. De este modo, además de la tiranía en términos de gobierno –acepción comúnmente aceptada del término–, la opresión se refiere también a los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano... Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir dichas reglas. (*op. cit*., pp. 74-75).

71 Crow, Lis. "Including all for our lives: renewing the social model of disability", en *Exploring the Divide*, Barnes, C. y Mercer, G., Leeds, The Disability Press, 1996, p. 57.

72 Morris, Jenny (Ed.). *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad,* Madrid, Narcea, 1996.

73 Wendell, Susan. *The Rejected Body. Feminist Philosophical Reflections on Disability*, capítulo 6: "Disability and Feminist Ethics", Routledge, New York, 1996.

sigue existiendo alguna desventaja no opresora para las personas con discapacidad en esa utopía. Para un modelo social, tanto la idea de normalidad en la manera de actuar como la desventaja que experimenta el que actúa de un modo "deficiente" constituyen productos sociales opresores[74].

Sin embargo, Abberley sostiene que para alcanzar un desarrollo más completo de las teorías sociales de la discapacidad se deben especificar las diferencias, así como las semejanzas entre la discapacidad y otras formas de opresión y encontrar un modo de incorporar la realidad material de la diversidad funcional. Su deseo es demostrar la necesidad de que se hable más sobre la diversidad a nivel de *teoría* si se pretende entender la discapacidad, ya que la diversidad funcional es el sustrato material sobre el que se erigen las estructuras sociales opresoras de la discapacidad. Para ello, es necesario reconocer que no se puede entender la diversidad funcional como una categoría abstracta, porque siempre y solo ocurre en un contexto social e histórico que determina su naturaleza.

Teniendo en cuenta dichas cuestiones, Abberley se pregunta sobre cuál sería la utopía en relación con la discapacidad. Y responde que es perfectamente correcto y necesario explorar y documentar las determinantes socioeconómicas de la discapacidad, pero que eso no es lo único que hay que hacer. Porque, para llevarlo a cabo con eficacia, parece necesario que se analice qué es lo que "prevemos", si no se desea elevar sin querer las exigencias parciales e históricamente condicionadas de un sector de personas con discapacidad a principios generales de la teoría y la política de la discapacidad. Y "para que esto se produzca, debemos considerar la diversidad funcional en un mundo sin discapacidad[75]".

Lo más importante es resaltar el hecho de que las barreras sociales y la diversidad funcional *interactúan*. Para que se desencadene la discapacidad debe estar presente la diversidad funcional: la discapacidad es la forma de discriminación específicamente dirigida a las personas que tienen, pueden tener o han tenido una diversidad funcional. Esto no significa que la diversidad funcional genere la discapacidad, sino que aquella es una condición necesaria para que se produzca este tipo de opresión. Por otro lado, los factores sociales pueden definir, en el plano más fundamental, lo que se perciba como

---

74 Abberley, Paul. "Trabajo, Utopía y deficiencia", en *Discapacidad y Sociedad,* Len Barton (comp.), Madrid, Morata S.L., 1998, pp. 77 y ss.

75 *Ídem*, p. 84.

diversidad funcional. La percepción de la norma y la diferencia varía cultural e históricamente. Cuando cambian las ideas, cambian las definiciones de las personas. Por ejemplo, muchas personas consideradas "enfermas mentales" se limitan a no ajustarse a las normas contemporáneas de conducta[76]. Hasta hace relativamente poco tiempo, se definía oficialmente la orientación sexual de las personas y/o la diversidad de género como "enfermedad mental[77]".

SOBRE LA DIMENSIÓN DE DIGNIDAD

Si repasamos la evolución de los valores que sustentan a los Derechos Humanos, podemos advertir que hasta que el modelo social no se infiltró, la construcción y justificación de dichos valores dejaba afuera justamente a las personas con discapacidad (además de haberlo hecho previamente con otras personas en base a su origen étnico, género, entre otras condiciones/posiciones). La idea de dignidad humana y su evolución refleja justamente lo que afirmo. Frente a teorías filosóficas que caracterizaban una idea de dignidad humana claramente excluyente de la discapacidad[78], el movimiento de personas con discapacidad ha venido reclamando una caracterización universal, que involucre la igual dignidad de todas las personas[79].

Asimismo, se pone énfasis en la idea de igual dignidad en la diversidad, exigiendo la consideración de que la vida de todas las personas, con o sin diversidad funcional, tiene el mismo valor, reclamando el respeto y la promoción de su autonomía y potenciando su aplicación coherente en todos los ámbitos. Entre su justificación el modelo de la diversidad se apoya en la idea de dignidad humana, identificando dos dimensiones. Una primera es la idea

---

76 Cea Madrid, Juan Carlos (Ed.). *Por el derecho a la locura. La reinvención de la salud mental en América Latina,* Chile, Editorial Proyección, 2019.

77 Crow, Lis. "Including all for our lives: renewing the social model of disability", en Barnes, C., y Mercer, G., *Exploring the Divide,* The Disability Press, Leeds, 1996.

78 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas*",* n.º 26, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Madrid, Dykinson, 2002, p. 65.

79 Stein, Michael. "Disability Human Rights", *California Law Review*, vol 95.1, 2007; Nussbaum, Marta. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (Trad. De Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera), Barcelona, Paidos, 2007, p. 26; De Asís Roig, Rafael. "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder", en Campoy, Ignacio (Ed.), *Los derechos* de *las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 62 y ss.

de dignidad intrínseca, que describe el igual valor de todos los seres humanos por el simple hecho de serlo. Una segunda es la dignidad extrínseca, que se traduce como la necesidad de que la sociedad se erija sobre la igualdad en derechos. Ambas vertientes se encuentran interrelacionadas. Esto exige un cambio conceptual, mediante el cual la dignidad humana se proyecte sobre dos realidades: una de ellas es la propia naturaleza del ser humano, es decir, la dignidad como el valor que tiene en sí misma la vida humana, como la propia esencia de la especie humana, siendo este el espacio de la "dignidad intrínseca". La otra realidad es la que se proyecta sobre la sociedad, como el espacio de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. En este espacio, el de la dignidad extrínseca, se busca la igualdad en derechos, pero no solo en la titularidad de los mismos, sino en la propia posibilidad de su ejercicio[80].

De la mano de la noción de dignidad emerge la autonomía, que representa el eje de toda expresión de igualdad. Es, específicamente para las personas con discapacidad, la posibilidad y el derecho de construirse en la esfera de su libertad y libre albedrío. Así, puede identificarse una dignidad intrínseca del ser humano –la fórmula kantiana que obliga a considerar a la persona siempre un fin y nunca un medio–[81]. Y una dimensión de dignidad extrínseca –que exige considerar a toda persona sujeto moral, con capacidad de elección-autonomía–[82].

Como consecuencia derivada de la lógica médico-rehabilitadora, la discapacidad se relaciona con la falta de reconocimiento de autonomía moral –cimiento y piedra fundamental de los Derechos Humanos–. La negación de capacidad para el ejercicio de los derechos se contradice con la esencia misma y los valores que sustentan a los Derechos Humanos. Pero también hasta tiempos no tan lejanos, dichos derechos no tenían como destinatarias a todas las personas sino solo aquellas *racionales y autónomas*. Nuevamente, ante un proceso de generalización sin especificación, que fue revirtiéndose paulatinamente hacia un planteo reducido a la supuesta especificación, desde

---

80 Palacios, A. y Romañach, J. *El modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas, 2007.

81 Kant, Imanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* Espasa-Calpe, 8va ed., Trad. Manuel García Morente, Madrid, 1983, p. 42.

82 López de la Vieja, María Teresa, "Dignidad, igualdad. La buena política europea", *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva. SL, 2005, p. 83.

una fórmula paternalista, que apuntaba sobre todo a garantizar el derecho a la salud (aunque desde determinada concepción de salud), a la educación (aunque desde determinada concepción de la educación) y la rehabilitación (aunque desde determinada concepción de la rehabilitación).

En este sentido, resulta importante destacar que, a fin de garantizar la dimensión de autonomía moral aludida, desde el modelo social de discapacidad y desde los valores que sustentan a los Derechos Humanos, resulta imprescindible el reconocimiento de la capacidad jurídica. Si bien este tema excede el marco del presente trabajo, quisiera destacar que en el contexto de nuestra región latinoamericana se vienen adaptando los ordenamientos jurídicos locales a la luz de los estándares del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Y que, en dicho contexto, deben mencionarse la Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial en Argentina[83], la reforma de Costa Rica[84], la modificación del Código Civil en Perú[85], y la más reciente reforma de Colombia[86] –a mi entender la más completa–, que conforman un contexto más que interesante para la puesta en práctica de un sistema que centra la mirada en la persona como sujeto de derecho, con todas las implicaciones que ello requiere[87].

SOBRE LA DIMENSIÓN DE INTERSECCIONALIDAD

Como la CDPD ha demostrado, no es lo mismo el abordaje de la discapacidad desde un modelo médico, que desde el modelo social y desde el enfoque de Derechos Humanos. Lo mismo se ha verificado en cuanto a la existencia o no de la perspectiva de género[88]. Estas son perspectivas absolutamente ne-

---

83 A través del Código Civil y Comercial de la Nación, de 2015.

84 A través de la Ley de Autonomía Personal de las personas con discapacidad 9379 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se deroga la interdicción y se incorporan dos figuras: la de garante para la igualdad jurídica y la de asistente personal.

85 A través del Decreto 1348 que entre varias otras cuestiones elimina la incapacidad por razón de discapacidad, garantiza condiciones de accesibilidad y ajustes razonables; e implementa un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

86 Ley 1996, 26/8/2019, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

87 Vid. Ospina, Mario. *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad: una asignatura pendiente del Estado colombiano…*, *op. cit*.

88 Facio, Alda y Fries, Lorena. Feminismo, Género y Patriarcado, *Academia*, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, año 3, n.º 6, Primavera 2005, pp. 268 y ss.

cesarias. Pero probablemente no suficientes, dado que asumir que los grupos se encuentran delineados en razón de categorías rígidas, como el género, la discapacidad, la orientación sexual o cualquier otra, implica invisibilizar aquellas situaciones que se encuentran justamente en la intersección entre dichas condiciones[89]. Es por ello que se requiere, además, la perspectiva de interseccionalidad[90].

La interseccionalidad puede ser concebida como un instrumento de análisis, un enfoque, una mirada, y/o un concepto, que describe la interacción entre sistemas de opresión, desde el entendimiento de que nuestra identidad no se encuentra conformada por una categoría, sino por varias. No soy solo mujer, ni soy solo heterosexual, ni tampoco soy la simple sumatoria de dos o más de dichas condiciones. La identidad, en realidad, se edifica a partir de varias categorías –a veces estancadas, otras dinámicas– pero que siempre interaccionan, y nos definen como persona. Así, la interseccionalidad como herramienta analítica demuestra que las situaciones de desigualdad se encuentran construidas a partir de la interacción de varios factores de opresión[91].

La perspectiva de interseccionalidad ilustra el modo en que, a la hora de querer comprender la situación de las personas que están siendo oprimidas y discriminadas, pasan a ser necesarios tanto el contexto como su análisis crítico[92]. Dicho contexto se encuentra conformado por varios factores de opresión que intersectan simultáneamente, y cuyo análisis resulta crucial[93].

Desde el prisma de la discriminación, resulta oportuno recordar a Crenshaw, quien puso en escena el paradigma de la interseccionalidad en el plano del Derecho, mostrando la necesidad de revisar la doctrina del de-

---

89 Fredman, Sandra. "Positive rights and positive duties: Addressing intersectionality", en Schiek. D. y Chege, V. (Eds.), *European Union non discrimination law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2009, p. 73.

90 Se sigue en este punto el desarrollo asumido en Palacios, Agustina. "La perspectiva de género en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Pérez Gallardo, Leonardo y Pagano (Dir.), *Discapacidad y Modelo Social. Enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia*, Erreius, Buenos Aires, 2020.

91 Barrera Unzueta, María Ángeles. *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*, Proyecto Mujer 2009, pp. 1-114. Grupo de Investigación Gic 10/38 *R.V.A.P.*, n.º 87-88/2010, pp. 225-252.

92 Serra, María Laura. *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional,* Madrid, Dykinson, 2017.

93 *Derechos humanos de las mujeres y niñas con discapacidad, Informe España 2017*, cermi, cinca, 2018, p. 12

recho antidiscriminatorio a fin de que las mujeres negras tuvieran un lugar en el discurso y fueran visibilizadas en la conceptualización, identificación y prestación de herramientas frente a la discriminación por razón de raza o sexo, limitando estas acciones a los y las integrantes privilegiados/as de cada grupo[94]. De este modo, "el feminismo negro" cuestionó "la tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y análisis mutuamente excluyentes[95]".

Frente a las situaciones y contextos de vulnerabilidad, el Derecho internacional de los Derechos Humanos exige la interseccionalidad. Su sistema normativo debería incluirla y así brindar herramientas para afrontar situaciones y/o condiciones multidimensionales[96]. Sin embargo, las normas suelen identificar las categorías de forma secuencial, sin abordar de manera explícita la discriminación interseccional. Así, explica Serra que la discriminación múltiple ha tenido en el Derecho una aplicación y evolución más importante que la interseccional a pesar de que su análisis en el sistema de Naciones Unidas no ha sido adoptado consistente e integralmente por parte de sus organismos, sino que las referencias han sido más bien esporádicas, con la excepción del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Y mientras dichas normas no la contengan, será tarea de quien las interpreta y/o aplica. Porque la intersección de condiciones y/o situaciones requiere –en espejo–, de intersección de respuestas normativas y jurídicas[97].

---

94 Crenshaw, Kimberley. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", University of Chicago Legal Forum, vol. 1989, issue 1, article 8. 139-167.

95 *Ídem*.

96 Serra, María Laura. *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*, *op. cit*., pp. 386 y ss.

97 La noción de discriminación interseccional ha sido reconocida en una serie de Conferencias de mujeres en Naciones Unidas; en la Recomendación general 28 (2010) del Comité de la cedaw, en la Observación General 3 (2016) del Comité de la cdpd, y en la Resolución del 2017 de la Asamblea General relativa a la implementación de la cdpd y la situación de las mujeres y niñas con discapacidad y en el informe del secretario general del mismo año en la misma temática. onu Mujeres, a propósito de los veinte años desde la declaración y plataforma de acción de Beijing, señala que a pesar de que son muchos los avances tanto de los gobiernos como de la sociedad civil para eliminar la discriminación contra la mujer y alcanzar la igualdad, el progreso ha sido inaceptablemente lento y desigual, especialmente para las mujeres y las niñas más marginadas que sufren múltiples formas interrelacionadas de discriminación: Naciones Unidas, 1995, *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. Reimpreso por onu Mujeres en 2014.

En este sentido, la OG6 destaca la importancia de la necesidad de que las leyes reconozcan la discriminación interseccional[98]. Explicando que la "discriminación puede basarse en una característica única, como la discapacidad o el género, o en características múltiples y/o interrelacionadas. La 'discriminación interseccional' se produce cuando una persona con discapacidad o asociada a una discapacidad experimenta algún tipo de discriminación a causa de esa discapacidad, en combinación con el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, el género u otra condición. La discriminación interseccional puede aparecer en forma de discriminación directa o indirecta, denegación de ajustes razonables o acoso. Por ejemplo, aunque denegar el acceso a información general relacionada con la salud debido a la utilización de un formato inaccesible afecta a todas las personas en razón de su discapacidad, denegar a una mujer ciega el acceso a servicios de planificación familiar restringe sus derechos por la intersección del género y la discapacidad"[99]. Se destaca asimismo que, según el Comité, la "discriminación múltiple" es aquella situación en la que una persona puede experimentar discriminación por dos o más motivos, lo que hace que la discriminación sea compleja o agravada. La discriminación interseccional se refiere a una situación en la que varios motivos operan e interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables y, de ese modo, exponen a las personas afectadas a tipos singulares de desventajas y discriminación"[100].

La OG6 destaca que, sin embargo, los Estados no suelen reconocer la discriminación múltiple e interseccional, y que se hace necesario trabajar en la capacitación sobre las complejidades de la interseccionalidad y el hecho de que las personas no deben identificarse exclusivamente en razón de la deficiencia. La creación de conciencia sobre las cuestiones de interseccionalidad debe ser pertinente para formas concretas de discriminación y opresión. Finalmente, se establece la obligación de los Estados Parte de identificar ámbitos o subgrupos de personas con discapacidad (incluidas las que experimentan discriminación interseccional) que requieran medidas

98 OG6 CDPD, parr. 3

99 *Ibíd*, parr. 19.

100 Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general núm. 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, párrs. 4 c) y 16.

específicas para acelerar o lograr la igualdad inclusiva. Y se destaca la obligación de adoptar medidas específicas en favor de esos grupos[101].

3.3. DIMENSIÓN PARTICIPATIVA PARA REAFIRMAR EL CARÁCTER SOCIAL DE LAS PERSONAS COMO MIEMBROS DE GRUPOS SOCIALES Y EL RECONOCIMIENTO PLENO DE LA HUMANIDAD MEDIANTE LA INCLUSIÓN EN LA SOCIEDAD

La OG6 refiere a una dimensión participativa. El proceso de elaboración de la misma CDPD demostró que cuando se cumple y se garantiza el derecho de participación de las personas con discapacidad el resultado es exitoso y, sobre todo, está legitimado[102].

Como es sabido, el proceso de elaboración de la CDPD implementó una innovación procedimental muy interesante, consistente en abrir la participación en dicho proceso a las asociaciones de la sociedad civil. Los requisitos de acreditación para dichos fines no requerían necesariamente que las organizaciones no gubernamentales tuvieran que tener estatus consultivo en las Naciones Unidas[103]. Podían estar presentes en las Sesiones Plenarias y participar activamente en el Debate (generalmente, una vez que los Estados terminaban de debatir sobre una determinada cuestión, se les otorgaba la palabra, a fin de que pudieran ofrecer su opinión). Por otro lado, estas organizaciones realizaron una muy importante labor de *lobby* durante todo el proceso, identificando los Estados más remisos en cada uno de los temas abordados y centrando sus esfuerzos para llegar a consensos que estuvieran más cercanos a solucionar los problemas que enfrentan las personas con discapacidad. Esta participación de sociedad civil ha sido uno de los puntos más interesantes y enriquecedores del proceso, al mismo tiempo que la plasmación de uno de los principios básicos de la lucha de este movimiento, y de

---

101 OG6 CDPD, párr. 32.

102 Cfr. "Por un mundo accesible e inclusivo. Guía Básica para comprender y utilizar la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad", elaborada por Handicap International, 2007.

103 QUINN, GERARD."Next steps –Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities", *op. cit.*, pp. 519-541.

la ideología inherente al modelo social, que se expresa bajo el lema: "nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad"[104].

La participación plena de las personas con discapacidad fue un elemento fundamental que quedó plasmado, sin duda, en el texto del articulado. Pero asimismo, el mismo proceso de elaboración de la Convención resultó muy enriquecedor para todos los/las actores/as intervinientes. Entre otras razones, porque incrementó la conciencia pública respecto del enfoque de derechos en el ámbito de la discapacidad, trayendo a la superficie violaciones de Derechos Humanos ignoradas, desarrollando fundamentos y apoyo mutuo por parte de las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos, catalizando desarrollos programáticos, y facilitando el costo efectivo de la colección de datos[105].

La OG6 pone énfasis en la obligación de garantizar esta participación activa por parte de las personas con discapacidad. Destacando el modo en que la obligación de los Estados Parte de efectuar consultas, el artículo 4, párrafo 3, y el artículo 33, párrafo 3, de la CDPD recalcan la importante función de las organizaciones de personas con discapacidad en la aplicación y el seguimiento de la Convención. "Los Estados partes deben asegurarse de realizar consultas estrechas y conseguir la participación activa de esas organizaciones, que representan la enorme diversidad de la sociedad, incluidos los niños, las personas con autismo, las personas con una alteración genética o neurológica, las personas con una enfermedad rara o crónica, las personas con albinismo, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, los pueblos indígenas, las comunidades rurales, las personas de edad, las mujeres, las víctimas de conflictos armados o las personas de minorías étnicas o de origen migrante. Es la única manera en que se puede

---

104 Sobre la consulta a las personas con discapacidad, véase: CONSTANTINO CAYCHO, RENATO. *La otra consulta: el derecho a la consulta de las personas con discapacidad*, Tesis de Maestría, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017. El autor desarrolla el derecho a la consulta como un elemento del derecho a la participación política, así como una forma de empoderamiento de un colectivo en situación de vulnerabilidad y una necesidad para la implementación de políticas públicas que tengan un enfoque de discapacidad. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10041, (31/1/2020).

105 National Council on Disability, Understanding the role of an International Convention on the Human Rights of People with Disabilities 3, 2002, disponible en: www.rightsforall.org/docs/ncd_whitepaper.doc

hacer frente a todas las formas de discriminación, incluidas la discriminación múltiple y la interseccional[106].

Asimismo, se destaca que los programas de investigación deben incorporar a las personas con discapacidad en los procesos de investigación desde la fase de formulación, a fin de asegurar su participación significativa en la investigación. Los procesos de investigación inclusiva y participativa deberían garantizar un espacio seguro para los participantes y centrarse en las experiencias vividas por las personas con discapacidad y sus requerimientos[107].

Más allá de la OG6, debe destacarse que el Comité ha reforzado la protección a este principio/derecho de participación a través de su Observación General sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención[108]. El documento se estructura en cinco secciones. Su principal cometido parece ser aclarar, basándose en la propia jurisprudencia del Comité las obligaciones que incumben a los Estados Parte en virtud de los artículos 4°, párrafo 3, y 33, párrafo 3°, y la forma de cumplirlas[109]. En su introducción, se destaca que la participación genuina y efectiva de las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, es uno de los pilares básicos de la Convención. Se recordó, en este sentido, la imprescindible participación y excelente desempeño que las organizaciones de personas con discapacidad tuvieron durante el proceso de elaboración de la misma Convención[110]. Y se destaca la observancia por parte de los Estados, de una falta de colaboración y consultas sustantivas con las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la elaboración y aplicación de las políticas y los programas[111]. La Sección II aborda el contenido normativo y el alcance de la obligación que supone la participación y consulta para los Estados Parte, así como algunas definiciones esenciales,

---

106 OG6 CDPD, párr. 33.

107 *Ídem.*, parr. 4.

108 Observación General n.º 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención, 9/11/2018, CRPD/C/GC/7.

109 *Ídem*, párr. 7°.

110 *Ibídem*, párr. 1°.

111 Observación General n.º 7 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, párr. 8°.

entre las que se destacan "las organizaciones que representan a las personas con discapacidad" y su diferenciación de otras organizaciones de la sociedad civil, enfatizando la diferencia existente entre organizaciones "de" personas con discapacidad, y organizaciones "para" personas con discapacidad[112]. Asimismo, se hace hincapié en la obligación de establecer mecanismos de aplicación y marcos independientes de supervisión nacionales, previéndose la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en estos[113]. La Sección III analiza las obligaciones concretas en la materia, y destaca que en sus Observaciones Finales, el Comité ha recordado a los Estados Parte la obligación de celebrar consultas estrechas y oportunas con las personas con discapacidad y de integrarlas activamente, a través de las organizaciones que las representan, incluidas las que representan a las mujeres y los niños con discapacidad, en la elaboración y la aplicación de leyes y políticas para aplicar la Convención y otros procesos de adopción de decisiones[114]. La Sección IV desarrolla la relación entre estas obligaciones y ciertas disposiciones concretas de la Convención. Finalmente, la Sección V destaca que los Estados Parte se enfrentan a numerosas dificultades para aplicar el derecho de las personas con discapacidad a ser consultadas e integradas en la elaboración, la aplicación y el seguimiento de leyes y políticas de aplicación de la Convención. En consecuencia, se establecen ciertas medidas que deberán ser adoptadas, a fin de garantizar la aplicación plena de los artículos 4°, párrafo 3°, y 33, párrafo 3°[115].

2.4. Dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana

La OG6 destaca un punto que la CDPD ha dejado muy en claro: la adopción de ajustes implica reconocimiento de la diversidad como parte de la condición y de la dignidad humana, y a su vez la falta de adopción de ajustes razonables es una discriminación. ¿Ahora bien, de qué hablamos cuando hablamos

112 *Ibídem*, párrs., pp. 10 a 13.
113 *Ibídem*, párr., p. 34.
114 *Ibídem*, párr., p. 42.
115 *Ibídem*, párrs., pp. 94 y ss.

de ajustes? En este punto parece importante situar a esta dimensión de los ajustes dentro del contexto de la accesibilidad universal.

SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA ACCESIBILIDAD[116]

La mejor estrategia para abordar la situación/posición de discapacidad se basa en los valores intrínsecos que fundamentan a los Derechos Humanos. Ello ha generado una mirada hacia la persona con discapacidad, centrada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que las demás, y, en segundo lugar, en una condición (diversidad funcional) que le acompaña, y que requiere, en determinadas circunstancias, de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones que el resto de personas[117].

No obstante, cabe preguntarse si esas circunstancias en las que se requiere de medidas específicas son la consecuencia de la diversidad funcional de la persona, o de la construcción del entorno social. Al intentar dar respuesta a este interrogante, es fácil advertir que las "necesidades especiales" son creadas socialmente. Por ello, ya no es la persona con discapacidad quien se considera desviada de un supuesto estándar de normalidad, desde la toma de conciencia de que la configuración de lo estándar no es neutra, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos, psíquicos, mentales y sensoriales de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante.

De este modo, lo que se persigue es poder brindar iguales oportunidades, desterrando el falaz marco de lo que se considera "lo normal" (o en todo caso, si no es posible, ampliándolo). Es decir, si al diseñar una política, un programa o un servicio se piensa en un tipo de persona y no en otra, estamos creando una necesidad especial, que luego habrá que cubrir desde medidas específicas. Al contrario, si al diseñar ampliamos el concepto de personas a las que va dirigido, probablemente la necesidad de adaptaciones específicas no aparezca, o al menos se reduzca significativamente. Lo mismo sucede

---

116 En este punto se sigue el enfoque asumido en Palacios, A. y Fernández, S.E. *Accesibilidad Universal*, en la obra *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*, Palacios, A., Fernandez, S.E., Iglesias, M.G., Buenos Aires, Thomson Reuters, 2020.

117 De Asís Roig, Rafael *et al*. *La accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

con cada uno de los ámbitos que involucran una vida en sociedad. De eso trata, en definitiva, la accesibilidad universal[118].

Desde la asunción de que la discapacidad es un fenómeno complejo, que está integrado por factores sociales que se traducen en barreras, la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad. Podría decirse, entonces, que la prevención de la discapacidad está integrada tanto por las medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a prevenir la construcción de edificios inaccesibles[119].

Desde la perspectiva asumida por el modelo médico-rehabilitador, el problema de la accesibilidad era considerado exclusivo de la persona, que se entendía que sufría una desviación de los parámetros de normalidad. De este modo, las principales respuestas frente a las dificultades derivadas de la falta de accesibilidad se asumían de manera específica en el entorno construido, introduciendo soluciones concretas para paliar las dificultades de un grupo de personas que se consideraba "no estándar". Esa idea reforzaba la concepción respecto de la existencia de seres humanos "anormales" y les estigmatizaba aún más obligándoles a utilizar espacios, medios de comunicación, y demás, separados, diferentes a los del resto de la población.

Desde el modelo social, el problema de la falta de accesibilidad deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas dirigidas a asegurar que la construcción del entorno y de la propia sociedad se base en las necesidades de todas las personas[120].

Ahora bien, el desarrollo que ha tenido la comprensión de lo que significa la accesibilidad universal no solo ha generado consecuencias en cuanto a su percepción desde el punto de vista de la discapacidad, sino que en la actualidad está siendo considerada desde una visión mucho más amplia, que no se restringe ni relaciona exclusivamente con esta. Ello parte de la conciencia de que el modo en que se diseñan las sociedades genera barreras para gran parte de las personas, entre las que se encuentran los niños y las niñas, las personas mayores, las personas con sobrepeso, las personas de muy

---

118 *Ídem*.

119 *Ibídem*.

120 De Asís Roig, Rafael y Palacios, Agustina. *Derechos humanos y Situaciones de Dependencia*, Madrid, Dykinson, 2007.

alta o baja altura, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, e incluso las supuestas personas "estándar" que se encuentran temporalmente fuera de esa categoría por encontrarse en una situación particular. De este modo, la accesibilidad deja de ser asunto de una minoría para pasar a ser una cuestión que concierne a todas las personas[121].

Por otro lado, un entorno accesible permite que todas las personas puedan llevar una vida autónoma, participando en la vida social. La concepción de la accesibilidad desde el modelo médico, como una mera característica añadida destinada a atender a unas necesidades específicas, implica que se reduce a la imposición de unas normas técnicas, y, por consiguiente, su cumplimiento representa un coste para las empresas, las autoridades locales y los servicios públicos. Por ello, la accesibilidad se debería considerar como una inversión en infraestructura, que contribuye a aumentar la producción y la productividad. Si un producto, bien o servicio es accesible, significa que se encuentra destinado al mayor número de personas usuarias, por lo que traerá beneficios también a sus productores/diseñadores[122].

SOBRE LAS DIFERENTES DIMENSIONES DE LA ACCESIBILIDAD

La idea de accesibilidad universal nos conduce hacia una nueva forma de interpretar o de abordar el principio de la igualdad en el contexto de la discapacidad. Como se ha comentado, si bien el principio de la accesibilidad universal ha estado siempre implícito en el principio de igualdad, en la actualidad se ha erigido como una de las estrategias más idóneas para garantizar la igualdad y la no-discriminación en el contexto de la discapacidad. Ello sin perjuicio de que el principio de la accesibilidad no solo debe considerarse implícito en el de la igualdad, sino también en otra serie de principios, que se encuentran reconocidos expresamente en el ámbito de la discapacidad, y que tienden a garantizar el ejercicio de derechos. Entre dichos principios se destaca la necesaria transversalidad de las políticas en la materia.

---

121 *Ibíd.*, p. 61.

122 Alonso López, Fernando. *La accesibilidad en España. Diagnóstico y Bases para un Plan de Supresión de Barreras,* Universidad de Barcelona, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2002, p. 43.

Ahora bien, como hemos afirmado en anteriores trabajos, entendemos que es posible diferenciar tres proyecciones –complementarias– de la accesibilidad[123]. Por un lado, es posible considerar a la accesibilidad universal como parte del contenido esencial de los derechos. Por otro, la accesibilidad universal puede ser entendida como parte del contenido específico del derecho a la no discriminación. Asimismo, la accesibilidad universal puede ser caracterizada como un derecho subjetivo autónomo.

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

La primera dimensión a destacar es la que se relaciona con la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos. Se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos, lo que permitiría considerarla como un rasgo de su contenido esencial[124].

Recordemos que el desarrollo del contenido esencial de los derechos surge de la doctrina y el Derecho alemán. Supone que cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el/la legislador/a en forma alguna al existir unos "elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible"[125]. Es sabido que esta teoría tuvo repercusiones en varios países. El Derecho español, por ejemplo, la recoge a través del artículo 53.1 de su Constitución, que se refiere al contenido esencial de los derechos como límite que todo desarrollo normativo debe respetar[126].

En este sentido, se ha considerado que todo derecho fundamental posee una serie de rasgos que lo identifican y cuya falta originaría la desaparición del Derecho. Así, se ha afirmado que "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias

---

123 De Asís Roig, Rafael y Palacios, Agustina. *Derechos humanos y Situaciones de Dependencia*…, *op. cit*., pp. 60-71.

124 *Ibídem*.

125 Petit Guerra, Luis Alberto. "La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación", *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho) versión impresa* ISSN 1510-3714, *versión On-line* ISSN 2393-6193, *Rev. Derecho,* n.° 15, Montevideo, jul. 2017.

126 Parejo Antonio, Luciano. "El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 3, 1981. 170.

para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito[127]". En tal línea, en la medida en que cabe considerar a la accesibilidad como un requisito ineludible para la realización efectiva de los derechos, esta formará parte, sin duda, de su contenido esencial.

Un ejemplo de este modo de concebir la accesibilidad es adoptado en la Observación General n.° 14 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla interpretativamente el contenido del artículo 12 del Pacto sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud[128]". Así, la Observación establece:

> 12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...) b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir

---

127 Tribunal Constitucional Español, STC 11/1981 de 8 de abril, 37/1987 de 26 de marzo o 204/2004 de 18 de noviembre.

128 Observación General n.º 14, Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", 11/8/2000. E/C.12/2000/.

> y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

Si bien el concepto de accesibilidad desarrollado puede resultar limitado en algunos aspectos (en cuanto a los ámbitos que cubre, sobre todo), es interesante observar de qué modo la Observación General mencionada analiza el contenido esencial del derecho (en este caso el derecho a la salud) y considera que la accesibilidad (desde diferentes facetas) es parte de dicho derecho.

En este mismo sentido y en el contexto de la discapacidad, resulta interesante la interpretación de la Suprema Corte canadiense en un caso en el que se analizaba si la falta de intérprete de lengua de señas impedía el goce del derecho a la salud en igualdad de condiciones por parte de personas sordas. La Suprema Corte entendió que la accesibilidad comunicacional es parte del contenido esencial del derecho a la salud, dado que, si la persona no puede expresar, comprender y comunicarse con la persona profesional de la salud por ausencia de dicho requisito, el derecho deja de existir como tal[129].

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Una segunda dimensión de la accesibilidad se relaciona con el contenido específico del derecho a la igualdad y la no discriminación. Si tenemos presente la evolución que ha supuesto el modelo social de discapacidad en

---

129 Cfr. Suprema Corte de Canadá, "Eldridge v. British Columbia" (Attorney General), 151 Dominion Law Reports (D.L.R). (4th) 577, 616 (1997). La acción se inició contra la provincia de Columbia Británica, por tres personas sordas, quienes fueron atendidas en un hospital público y que –por carecer de intérprete– no lograron comunicarse de manera satisfactoria con sus profesionales médicos/as. Robin Eldridge tuvo grandes dificultades para comunicarse con su médico, y los codemandantes –John y Linda Warren– se vieron sometidos a la experiencia de un parto prematuro de mellizos sin poder comprender las instrucciones de profesionales de la medicina y enfermería. La acción se basó en la Sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, alegándose que la legislación hospitalaria de la provincia resultaba discriminatoria contra las personas sordas, al no disponer de un servicio de intérpretes de lengua de señas para los casos en que la comunicación constituyera un componente necesario e inherente de la prestación del servicio médico. La Corte Suprema, al abordar el caso, consideró que la Provincia de British Columbia había violado la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades al no asegurar ni garantizar la "igualdad de beneficios de la ley" a las personas con discapacidad.

cuanto a visibilizar las barreras sociales, y la evolución respecto del contenido y alcance del derecho a la igualdad y la no discriminación, podemos afirmar que sin duda en la actualidad la falta de accesibilidad es una causa de discriminación. Si la accesibilidad universal implica igualdad de oportunidades, la falta de accesibilidad universal implica discriminación, precisamente por vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Dado que la ausencia de accesibilidad se traduce en una discriminación –el tratamiento desfavorable en razón de discapacidad– y, por ende, la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.

La primera norma de Derecho comparado que receptó la accesibilidad como causa de discriminación en este sentido fue la Sección 508 de la Ley estadounidense de Rehabilitación para las personas con discapacidad convirtiendo en ilegal que cualquier organismo federal, universidad pública, contratista federal o cualquier otra institución o actividad que recibiera fondos públicos discriminara contra cualquiera en razón de su discapacidad[130]. En el Derecho español, esta perspectiva ha sido reforzada a través de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social[131]. Es de destacar la forma en que el artículo 66 regula el contenido de las medidas contra la discriminación que prevé la ley, disponiendo que "las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias (...), exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables"[132]. A estos efectos, la norma entiende por exigencias de accesibilidad "los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas"[133]. Es decir que la ley, desde diversos enfoques, reitera que la accesibilidad universal implica igualdad de oportunidades. Y que la falta de accesibilidad universal es una discriminación que vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades.

Hasta aquí, entonces, parece posible argumentar que si una persona con discapacidad viera restringido, alterado, o impedido el goce o ejercicio de

---

130 Rehabilitation Act of 1973, Sections 504 and 508, Pub. L. 93-112.

131 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

132 *Ídem.*, art. 66.1.

133 *Ibídem*.

cualquier derecho –por falta de accesibilidad– podrá acudir a la justicia por vulneración del derecho a la igualdad.

En el marco del Derecho internacional, resulta interesante la definición que de igualdad de oportunidades brindan las "Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad", al entender por logro de la igualdad de oportunidades "el proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad". De este modo, establece asimismo que "el principio de la igualdad de derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera de garantizar que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación"[134].

Por otro lado, la Observación General n.° 5 sobre "Personas con discapacidad" del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al Pacto Internacional sobre la materia, establece que a los efectos del Pacto, la "discriminación fundada en la discapacidad" puede definirse como "una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de ajuste razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales"[135]. Este último instrumento toca un punto de gran trascendencia al admitir que la falta de accesibilidad o de ajustes razonables implica la negación u obstaculización del reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos económicos, sociales o culturales.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad asume esta perspectiva a través de la misma definición de discriminación por motivo de discapacidad en su artículo 2°, al establecer que la misma será "… cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político,

---

134 Resolución Aprobada por la Asamblea General, Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/96 20/12/1993).

135 Observación General n.° 5 para las personas con discapacidad, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1994.

económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables[136]". Resulta evidente que la falta de accesibilidad es una "distinción exclusión o restricción" descrita por la norma.

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO DERECHO AUTÓNOMO

La tercera dimensión jurídica de la accesibilidad universal que interesa destacar consiste en su consideración como un derecho autónomo. Ello implica preguntarnos si es posible que la accesibilidad universal encuentre su fundamento más allá del contenido esencial de los derechos y/o del derecho a la igualdad y la no discriminación. Es decir, si técnicamente es posible hablar de un "derecho a la accesibilidad".

La violación de un derecho de una persona con discapacidad se verifica cuando ha habido un trato discriminatorio en un caso concreto. Por lo que llevado dicho caso ante una autoridad judicial le corresponderá a esta última determinar si hubo, o no, violación del principio igualdad (entendido como una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de su condición/posición/situación).

La respuesta parece fácil en los casos en que las normas exigen "condiciones básicas de accesibilidad y no-discriminación" que disponen para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, entre las que se encuentran las "exigencias de accesibilidad". En la medida en que la legislación recoja de modo expreso las "exigencias de accesibilidad" nos encontraremos ante "derechos autónomos a la accesibilidad".

En dicho caso, estaremos frente a un derecho subjetivo a la accesibilidad. Este razonamiento parece no presentar problemas, al menos en aquellos supuestos en que las exigencias de accesibilidad se encuentren recogidas expresamente en una norma.

Para el caso en que no se prevea expresamente, la justificación puede parecer más compleja si tenemos en cuenta que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no utiliza el término "derecho a la accesibilidad" en su artículo 9°. No obstante, una lectura sistemática de

---

136 Artículo 2° de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

la norma, sus principios generales y consagración de derechos habilita sin duda defender que nos encontramos ante un derecho autónomo. Y a ello hay que sumarle la excelente perspectiva asumida más recientemente por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, donde se consagra expresamente el "derecho" a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural[137].

Es importante tener presente que estas dimensiones descritas no son excluyentes sino complementarias. Tanto la vía de la accesibilidad asociada al contenido esencial de un derecho, cuanto la relacionada con el Derecho antidiscriminatorio, cuanto la dimensión de la accesibilidad como derecho autónomo, son igualmente necesarias, y permiten contar en los dos primeros casos, y ante la ausencia del último, con un cauce de acción residual en el cual contemplar todas aquellas situaciones no recogidas por la legislación

---

137 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Artículo 26: "Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal. La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad personal. A fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo. b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para: a) Desarrollar, promulgar *y supervisar la* aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público. b) Asegurar que las entidades públicas y privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para la persona mayor. c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad que enfrenta la persona mayor. d) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a la persona mayor para asegurar su acceso a la información. e) Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet y que estas sean accesibles al menor costo posible. f) Propiciar el acceso a tarifas preferenciales o gratuitas de los servicios de transporte público o de uso público a la persona mayor. g) Promover iniciativas en los servicios de transporte público o de uso público para que haya asientos reservados para la persona mayor, los cuales deberán ser identificados con la señalización correspondiente. h) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura, comprensión y adecuados para la persona mayor".

específica. Resulta grato citar en este punto la plasmación del derecho a la accesibilidad a través de una medida propia de la Corte Constitucional de Colombia en el caso de una reciente carta en lenguaje sencillo hacia una niña en situación de discapacidad, mediante la cual se le informa las medidas adoptadas para proteger sus derechos[138].

Ahora bien, la accesibilidad puede alcanzarse a través de diferentes estrategias. En todo caso, pueden, en este punto, destacarse dos: el diseño universal y los ajustes razonables. El diseño universal es previo y se refiere a un universo de personas y situaciones. Es decir, implica que, al proyectar un producto, servicio, política pública, sistema de salud, de educación, etc., se tenga en mente un universo real de personas y situaciones (no solo de personas y/o situaciones estándar). Al contrario, los ajustes razonables no son previos sino posteriores al diseño universal. Se dan cuando aun a pesar de haber pensado en términos de todas las personas y situaciones posibles, surge una necesidad particular (de una persona, que no ha sido posible prever)[139].

SOBRE LOS AJUSTES RAZONABLES

Como se ha mencionado, el diseño universal es una estrategia previa, que pretende abarcar a un universo de personas y situaciones. Los ajustes razonables no son previos, sino posteriores al diseño universal. Y no son universales sino particulares. Son una herramienta necesaria cuando aun a pesar de haber pensado en términos de diseño universal, surge una necesidad específica de una persona.

---

138 Corte Constitucional de Colombia, 12/12/2019, T-607 de 2019. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/T-607-19.htm, (23/1/2020).

139 De Asís Roig, Rafael. "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en Salmón, E. y Bregaglio, R. (Ed). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2015. Cuenca Gómez, Patricia. "El ajuste razonable como expresión de igualdad", Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014). Pérez-Bueno, Luis C., "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en AA.VV., *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en Homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna,* Cinca, Madrid, 2012. Palacios, Agustina, "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables", en Campoy Cervera, Ignacio (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.

Puede entenderse, en principio, que los ajustes razonables son aquellas medidas tomadas a fin de adaptar el entorno, los bienes y los servicios a las específicas necesidades de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial. Estas medidas tienden a facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto[140].

La noción de ajuste razonable surgió en Estados Unidos y Canadá, a mediados de la década de los años setenta, y fue desarrollándose progresivamente hasta nuestros días, extendiéndose a diversos países del mundo. Nació en primer término con el objetivo de abordar la gestión de la diversidad religiosa, en el contexto de las normas antidiscriminatorias, como corolario del derecho a la igualdad y no discriminación[141].

Con posterioridad, y en el contexto de discriminaciones por diversos motivos, la jurisprudencia de varios países, como asimismo de diversos organismos internacionales fue incorporando la técnica de los ajustes razonables en materia de discapacidad. Así, por ejemplo, en el caso "Chacón Navas"[142], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispuso la aplicación del el art. 5° de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva define a los ajustes como "las medidas

---

140 A modo de ejemplo, el contenido de este derecho o de esta obligación en el ámbito laboral podría ser alguno de los siguientes: asignar alguna de las obligaciones de la persona con discapacidad a otra persona; transferirle para ocupar un puesto vacante; modificarle su horario de trabajo; asignarle un sitio de trabajo diferente; permitirle ausentarse durante sus horas de rehabilitación, exámenes o tratamiento; proporcionarle u ordenar que se le proporcione, capacitación; adquirir o modificar el equipamiento; modificar instrucciones o manuales de consulta; cambiar los procedimiento de evaluación o valoración; proporcionarle supervisión; asignarle un ayudante en el trabajo; etc.

141 Finsterbusch Romero, Christian. "La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de Derechos Humanos", *Ius et Praxis* [online], Año 22, nro 2, 2016. 227 – 252.

142 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. "Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA", de 11 de julio de 2006. El caso se refiere a una ciudadana española, Sonia Chacón Navas, quien fue declarada por su empleadora (en octubre de 2003) en baja laboral por enfermedad. En mayo de 2004, se le notificó por parte de su empleadora su despido. Chacón Navas presentó una demanda ante un tribunal español con el objeto que el despido fuera declarado nulo y fuera readmitida a su trabajo fundada en el hecho de que se había violado, por parte el empleador, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación fundado en el hecho de que, en el artículo 1, dentro de los objetivos de la misma se encontraba establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato.

adecuadas que deben tomar los empresarios, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario". Sobre la base de la normativa aludida, se entendió que el despido de una trabajadora con discapacidad era injustificado cuando no se hubiere demostrado haber realizado los ajustes razonables necesarios para que pudiere trabajar en las mismas condiciones que el resto de trabajadores/as sin discapacidad[143] .

En Colombia, la Corte Constitucional ha incorporado el concepto de ajustes razonables a través de varias sentencias. Entre otras, mediante la Sentencia T-476 de 2015, que estableció que las instituciones de educación superior (IES) tenían el deber de asegurar la permanencia de las personas con discapacidad, mediante las modificaciones necesarias para asegurar los ajustes razonables. A dicho fin se ordenó a una universidad privada brindar los intérpretes de lengua de señas que requería el estudiante[144]. Posteriormente, la Sentencia T-097 de 2016, un estudiante con discapacidad psicosocial requería que se le evaluara de una forma que no implicara un exceso de presión o estrés de un examen, pues debido a su discapacidad no puede enfrentar la tensión que le generan ese tipo de evaluaciones. La Corte amparó su derecho y ordenó a la institución educativa que lo evaluara de distinta forma, mediante exposiciones y trabajos escritos que se acomodaran mejor a sus necesidades y circunstancias en razón de su discapacidad[145]. Más recientemente, cabe desatacar la Sentencia T-120 de 2019, mediante la cual se estableció que "la educación inclusiva supone la necesidad de superar los obstáculos para la integración de todos los estudiantes; para lograrlo, se requiere la adopción de los ajustes razonables que sean necesarios con el fin de garantizar que el espacio de convivencia se torne en un clima escolar amistoso para el desarrollo cognitivo y personal de todos los estudiantes, y no solo para quien enfrenta la situación diferenciada. En este sentido, los ajustes razonables además de permitir que el estudiante en situación de discapacidad adquiera los conocimientos académicos que corresponda, debe permitirle a este y a sus compañeros compartir escenarios que faciliten

143 *Ídem*, 45º y 50º.
144 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-476 de 2015.
145 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-097 de 2019.

su proceso de aprendizaje, su integración social y el disfrute de todas sus garantías fundamentales"[146].

Podría decirse que los ajustes razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando no es posible desde la previsión del diseño universal, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal. La necesidad de realizar ajustes razonables surgirá porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo. En ciertas ocasiones, habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Desde esta perspectiva, los ajustes razonables serán siempre necesarios. La función de los ajustes razonables, sin embargo, no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad. Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (y que admite valoración sobre la carga indebida o desproporcionada) y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad universal (que no admite esa discusión). De este modo, la estimación de la existencia de una "carga desproporcionada o indebida" (cfr. art. 2°, CDPD) puede servir de excepción a la obligación de realizar ajustes razonables. Determinar si la carga resulta o no proporcionada será, evidentemente, una cuestión a resolver en cada caso concreto.

El alcance de los ajustes razonables ha sido claramente explicado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, especificando la OG6, en primer lugar, que "los ajustes razonables son una parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad"[147]. En segundo lugar, el Comité vuelve a insistir en que la obligación de realizar ajustes razonables es diferente de las obligaciones en materia de accesibilidad. Si bien los dos tipos de obligaciones tienen por objeto garantizar la accesibilidad, "la obligación de proporcionar accesibi-

146 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-120 de 2019.

147 OG6 CDPD, párr. 23

lidad mediante el diseño universal o tecnologías de apoyo es una obligación *ex ante*, mientras que la de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*"[148]. En este sentido, la OG6 explica que "al ser una obligación *ex ante*, la accesibilidad debe integrarse en los sistemas y procesos sin que importe la necesidad de una persona con discapacidad concreta de acceder a un edificio, un servicio o un producto, por ejemplo, en igualdad de condiciones con las demás"[149]. En cambio, al ser una obligación *ex nunc*, los ajustes razonables "deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos"[150].

El Comité asimismo explica que la obligación de realizar ajustes razonables "es una obligación reactiva individualizada, que debe atenderse desde el momento en que se recibe una solicitud de ajustes. Los ajustes razonables exigen que el garante de los derechos entable un diálogo con la persona con discapacidad. Es importante señalar que la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos"[151].

La Observación progresa aun más en cuanto al desarrollo del contenido de la obligación de realizar ajustes razonables. Y entiende, de conformidad con los artículos 2° y 5° de la CDPD, que la misma puede dividirse en dos partes: la primera impone una obligación jurídica positiva de proporcionar ajustes razonables, que constituyen una modificación o adaptación que sea necesaria y adecuada, cuando se requiera en un caso particular para garantizar el goce o ejercicio de los derechos de una persona con discapacidad.

---

148 *Ídem*, párr. 24.

149 Por ello los Estados Parte deben establecer normas de accesibilidad que se elaboren y aprueben en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad, de conformidad con el art. 4°, párr..3°, de la Convención. *Ibídem*.

150 *Ibídem*.

151 *Ibídem*.

La segunda parte asegura que los ajustes requeridos no impongan una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos[152].

Y avanza en un tema de importancia, como es el de la razonabilidad. Aclarando que "el concepto de 'razonabilidad' no debería considerarse un elemento calificativo o modificador de la obligación. No es un medio de evaluar los costos del ajuste ni la disponibilidad de recursos –esto se hace en una etapa posterior, cuando se estima la "carga desproporcionada o indebida". Por el contrario, la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad"[153]. Por dicha razón, entiende que la "carga desproporcionada o indebida" debe concebirse como "un concepto único que establece los límites de la obligación de proporcionar ajustes razonables. Ambos términos deben considerarse sinónimos, ya que se refieren a la misma idea: que la solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla".

Además, vuelve a insistir la Observación en que los "ajustes razonables" no deben confundirse con las "medidas específicas", lo que comprende las "medidas de acción afirmativa"[154]. Explica el Comité que, si bien "ambos conceptos tienen por finalidad lograr la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación de no discriminación, mientras que las medidas específicas implican un trato preferente a las personas con discapacidad respecto de las demás para solucionar la exclusión histórica y sistemática o sistémica de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos"[155].

Una última aclaración que realiza el Comité se relaciona con los ajustes, la asistencia personal y los sistemas de apoyo. La Observación insiste en no confundir los ajustes razonables con la prestación de apoyo, la asistencia personal (en relación con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido/a en la comunidad) ni con el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Explica que una diferencia fundamental entre la obligación de efectuar ajustes razonables en virtud del artículo 5° de la Convención y el apoyo

---

152 *Ídem*, párr. 25.
153 *Ibídem*.
154 *Ibídem*.
155 *Ibídem*.

que se debe proporcionar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en virtud del artículo 12, párrafo 3°, es que la obligación establecida en este artículo 12, párrafo 3°, no tiene ningún límite. El hecho de que el apoyo para el ejercicio de la capacidad pueda imponer una carga desproporcionada o indebida no limita la obligación de proporcionarlo[156].

Finalmente, la OG6 deja en claro que tampoco deben confundirse los ajustes razonables con ajustes de procedimiento. "Los 'ajustes de procedimiento', en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de desproporcionalidad, mientras que los ajustes de procedimiento no lo están"[157]. Un ejemplo de ajustes procesales –agrega el Comité– es el reconocimiento de los distintos métodos de comunicación de las personas con discapacidad en los juzgados y tribunales. Los ajustes adecuados a la edad pueden consistir en divulgar información sobre los mecanismos disponibles para presentar denuncias y acceder a la justicia utilizando un lenguaje sencillo y adecuado a la edad[158].

Estas aclaraciones resultan de suma importancia si recordamos que la obligación de garantizar condiciones de accesibilidad no se encuentra supeditada ni se relaciona con la carga que supone adoptar dichas medidas. Algo que en cambio sí es parte de la configuración del ajuste. Por ello, la necesidad de estas distinciones a la hora de evaluar los alcances de su exigibilidad.

No obstante, la justificación de la denegación de un ajuste razonable debe fundamentarse en criterios objetivos, y analizarse y comunicarse oportunamente a la persona con discapacidad que requiera el ajuste[159].

Otra cuestión de utilidad que aborda la OG6 radica en los elementos fundamentales que deben guiar la obligación de realizar ajustes razonables. Entre ellos se destacan[160]:

"a) Detectar y eliminar los obstáculos que repercuten en el goce de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, mediante el diálogo con la persona con discapacidad de que se trate; b) Evaluar si es factible realizar un ajuste (jurídicamente o en la práctica), ya que un ajuste impo-

156 *Ídem*, párr. 45.
157 *Ibídem*.
158 *Ídem*, párr. 51.
159 *Ídem*, párr. 27.
160 *Ídem*, párr. 26.

sible, por razones jurídicas o materiales, no es realizable; c) Evaluar si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz para garantizar el ejercicio del derecho en cuestión; d) Evaluar si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos; para determinar si un ajuste razonable supone una carga desproporcionada o indebida, hay que evaluar la proporcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión; e) Velar por que el ajuste razonable sea adecuado para lograr el objetivo esencial de promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Por consiguiente, se requiere un enfoque caso por caso basado en consultas con el órgano competente responsable del ajuste razonable y con la persona interesada. Entre los posibles factores que deben tenerse en cuenta figuran los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad. (…) f) Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general; g) Velar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida"[161].

4. A MODO DE BREVES REFLEXIONES

La situación de discriminación estructural que siguen viviendo las personas con discapacidad, a más de 12 años de aprobada la CDPD, requiere, entre muchas otras, de herramientas que brinden un poder transformativo. La Observación General n.° 6 incorpora una comprensión más profunda de la igualdad, que aspira a trascender proclamaciones formales, y a llenarla de fuerza y contenido.

Las cuatro dimensiones descritas en este trabajo crean una concepción compleja y dinámica del derecho a la igualdad, que se basa en entendimientos preexistentes pero que también invita a un mayor desarrollo y evolución de sus conceptos. Es por ello que, entiendo, resulta fundamental seguir

161 *Ibídem*.

profundizando en el marco conceptual y legal de estas dimensiones, y sus implicancias en el contexto de la discapacidad.

Como se ha intentado demostrar en estas líneas, la *dimensión redistributiva* de la igualdad exige mayor inclusión de la discapacidad en las políticas de desarrollo. La situación de precariedad económica en la que vive la mayoría de las personas con discapacidad debe ser central en las políticas fiscales y económicas. La política fiscal tiene un enorme poder redistributivo. Estas deben aplicar en las medidas más inmediatas dirigidas a mitigar la pobreza, apoyar al sector informal, así como en el diseño de otras estrategias fiscales. Pero también es necesario que dichas políticas tengan presente la inclusión de la discapacidad desde una mirada transversal en todos los ámbitos y de manera participativa. Esto también se relaciona con la redistribución, pero desde una mirada integral de la discapacidad, que habilite una identidad que debe estar concebida y conformada desde el propio colectivo. Nunca más desde un diagnóstico que coloniza –y empobrece– la vida.

La *dimensión de reconocimiento* justamente implica y exige profundizar sobre la "condición" de discapacidad –diversidad funcional– desde un criterio identitario que supere el enfoque del diagnóstico médico –aun denominado deficiencia–. A ello es imperativo sumar la perspectiva de interseccionalidad. Estas dimensiones enriquecen la mirada, a la vez que fortalecen el respeto de la diversidad funcional de una persona como un elemento natural de la diversidad humana, permitiendo abordar los prejuicios específicos, los estereotipos, la invisibilidad, la violencia y otras vulneraciones, desde una mirada holística. De este modo, si la mirada deja de ser reduccionista, las respuestas desde la política pública dejarán también de serlo.

En cuanto a la *dimensión de participación*, también parece necesario e imperioso habilitar y potenciar las voces protagonistas de este proceso. La CDPD ha sido un ejemplo con muy buenos resultados. Como se ha comentado, en mayor medida que otros Tratados de Derechos Humanos, ha brindado y brinda espacio a las organizaciones de la sociedad civil como agentes es su implementación. Las personas con discapacidad han sido y son actores indiscutibles en todo ese proceso, pero hoy sigue siendo necesario trabajar en medidas y metodologías que permitan una verdadera participación. La OG7 mencionada profundiza sin duda en ello.

Por otro lado, también se hace necesario recordar que la igualdad debería ser asimismo un parámetro de evaluación de la política pública. La evaluación del impacto de la igualdad debería ser un elemento integral de las políticas

públicas. Es solo a través de la evaluación de los impactos en la igualdad de sus respuestas políticas que los Estados pueden garantizar que sus acciones cumplan con sus obligaciones vinculantes de no discriminación en virtud del Derecho internacional. Y claramente no es posible medir el impacto sin la participación de las personas con discapacidad.

Finalmente, en cuanto a la última dimensión –*ajustes para dar cabida a la diferencia*–, sin duda se hace necesario el desarrollo del contenido y alcance de la accesibilidad universal. Profundizando sus diversas dimensiones –como principio, como parte del derecho a la no discriminación, como parte del contenido esencial de cualquier derecho, y, sobre todo, como derecho autónomo–. El "derecho" a la accesibilidad universal. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores puede servir de apoyo en este sentido. Es en el contexto de la comprensión del contenido y alcance de la accesibilidad universal sin duda desde donde deben analizarse los ajustes razonables y los sistemas de apoyos. Como herramientas –jurídicas– que potencian, a veces la accesibilidad universal; y que conforman, otras, el contenido esencial de los derechos.

Sin duda el modelo de igualdad inclusiva que asume el Comité es potente y transformativo. El derecho a la igualdad sigue siendo una herramienta poderosa para aquellas personas que se encuentran en situación y/o posición de discapacidad. Para quienes siguen perpetuados/as en situaciones y posiciones de discriminación, de desventaja, de exclusión, de ignorancia, de humillación, de violencia… Los desafíos que representa no son una razón para descartarla sino todo lo contrario. El fuerte y creciente compromiso a nivel internacional alumbra el camino en el sentido de lo sustantivo, trascendiendo el derecho a la simple igualdad de trato, a la igualdad de oportunidades o, incluso, a la igualdad de resultados[162].

REFERENCIAS

Abberley, Paul. "Trabajo, Utopía y deficiencia", en *Discapacidad y Sociedad,* Len Barton (comp.), Madrid, Morata S.L., 1998.

---

162 Fredman, Sandra. *Substantive equality revisited*, *op. cit*.

Alonso López, Fernando. *La accesibilidad en España. Diagnóstico y Bases para un Plan de Supresión de Barreras,* Universidad de Barcelona, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2002.

Añon Roig, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Barrera Unzueta, María Ángeles. *La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas*, Proyecto Mujer 2009-P1-114. Grupo de Investigación Gic 10/38 r.v.a.p, n.º 87-88/2010, pp. 225-252.

Brogna, Patricia (Comp.). *Visiones y revisiones de la discapacidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Campoy Cervera, Ignacio (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.

Campoy Cervera. Ignacio. "Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad", en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, cocemfe, Madrid, 2005 –versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 8, 2004-2005.

Campoy, Ignacio (Ed.), *Los derechos* de *las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004.

Cea Madrid, Juan Carlos (Ed.). *Por el derecho a la locura. La reinvención de la salud mental en América Latina,* Chile, Editorial Proyección, 2019.

Constantino Caycho, Renato. *La otra consulta: el derecho a la consulta de las personas con discapacidad*, Tesis de Maestría, Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

Crenshaw, Kimberley. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", University of Chicago Legal Forum, vol. 1989, issue 1, article 8.

Crow, Lis. "Including all for our lives: renewing the social model of disability", en *Exploring the Divide*, Barnes, C. y Mercer, G., Leeds, The Disability Press, 1996.

Cuenca Gómez, Patricia. "El ajuste razonable como expresión de igualdad", Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos iii de Madrid, Ponencia presentada en la Conferencia alfa: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014).

Cuenca Gómez, Patricia. *Estudios sobre los derechos de las personas sordas,* Madrid, Dykinson, 2012.

De Asís Roig, Rafael *et al*. *La accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2007.

De Asís Roig, Rafael y Palacios, Agustina. *Derechos humanos y Situaciones de Dependencia*, Madrid, Dykinson, 2007.

De Asís Roig, Rafael. "Lo razonable en el concepto de ajuste razonable", en Salmón, E. y Bregaglio, R. (Ed). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2015.

Degener, Theresia. Disability in a Human Rights Context, *mdpi, Journal Laws* 2016, 5, 35; doi:10.3390/laws5030035

Della Fina, Valentina; Cera, Rachele y Giuseppe, Palmisano (Ed). *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities A Commentary*, Springer International Publishing AG 2017, p. 158.

Facio, Alda y Fries, Lorena. Feminismo, Género y Patriarcado, Academia, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, n.° 6, Primavera 2005.

Ferreira, Miguel Ángel. "La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social", en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17 (2008)1. Bogotá, Universidad Central.

Finsterbusch Romero, Christian. "La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de Derechos Humanos", *Ius et Praxis* [online],

Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Trad. de Magdalena Holguín e Isabel Jaramillo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

Fredman, Sandra. "Positive rights and positive duties: Addressing intersectionality", en Schiek. D. y Chege, V. (Eds.), *European Union non discrimination law: comparative perspectives on multidimensional equality law*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2009.

Fredman, Sandra. Substantive equality revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 3, July 2016, pp. 712–738. Disponible en: https://doi.org/10.1093/icon/mow043

Goldschmidt, Jenny E. *New* Perspectives on Equality: Towards Transformative Justice through the Disability Convention? *Nordic Journal of Human Rights*, 35:1, 2017, pp. 1-14.

Kant, Imanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* Espasa-Calpe, 8va ed., Trad. Manuel García Morente, Madrid, 1983.

López de la Vieja, María Teresa. "Dignidad, igualdad. La buena política europea", *Ciudadanos de Europa. Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva. SL, 2005.

Mareño Sempertegui, Mauricio. *La discapacidad en la dimensión académica de la Universidad Nacional de Córdoba. Una aproximación diagnóstica*, Departamento de Discapacidad de la Central de Trabajadores Argentinos (cta), Programa de Promoción de la Investigación. Secretaría de Investigación y Postgrado. Escuela de Trabajo Social, unc, Córdoba, 2006.

Martínez Ríos, Beatriz. *Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos*, Revista Española de Discapacidad, 1.

Morris, Jenny (Ed.). *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad,* Madrid, Narcea, 1996.

Nussbaum, Marta. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* (Trad. de Ramón Vila Vernis y Albino Santos Mosquera), Barcelona, Paidos, 2007.

Ospina Ramírez, Mario A. *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad: una asignatura pendiente del Estado colombiano*. Universidad de Externado de Colombia, 2018.

Palacios, A. y Romañach, J. *El modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas, 2007.

Palacios, A.; Fernández, S.E. e Iglesias, M.G. *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2020.

Palacios, Agustina. ¿Un nuevo modelo de Derechos Humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones –ligeras brisas– frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos* Vol 4 (2) Año 2020 issn 2525-1643

Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 325.

Parejo Antonio, Luciano. "El contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 3, 1981.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. "La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho", *Cuadernos "Bartolomé de las Casas",* n.º 26, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Madrid, Dykinson, 2002.

Pérez Gallardo, Leonardo y Pagano, Luz (Dir.). *Discapacidad y Modelo Social. Enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia*, Erreius, Buenos Aires (en prensa).

Pérez-Bueno, Luis C. "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en aa.vv., *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, Estudios en Homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna,* Cinca, Madrid, 2012.

Petit Guerra, Luis Alberto. "La categoría del "contenido esencial" para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación", *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho) versión impresa issn 1510-3714, versión On-line issn 2393-6193, Rev. Derecho,* n.º 15, Montevideo, jul. 2017.

Quinn, Gerard. *The un Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*, Conferencia pronunciada en Dublin, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 de noviembre de 2006.

Quinn, Gerard. "Next steps –Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities", en *Disability Rights,* Peter Blanck (Ed.), Ashgate, 2005.

Ribotta, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: pobreza, redistribución e injusticia social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Serra, María Laura. *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional,* Madrid, Dykinson, 2017.

Silvers, A.; Wasserman, D. & Mahowald, M.B, Disability, *Difference, Discrimination, Perspective on Justice in Bioethics and Public Policy.* United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1998.

Stein, Michael. "Disability Human Rights", *California Law Review*, vol 95.1, 2007.

Stone, Deborah. *The Disabled State,* 1985, Temple University Press.

Wendell, Susan. *The Rejected Body. Feminist Philosophical Reflections on Disability*, capítulo 6: "Disability and Feminist Ethics", Routledge, New York, 1996.

Young, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, Universidad de Valencia, 2000.

CAPÍTULO VIII

Los derechos fundamentales de los adultos mayores en un contexto de igualdad. Su necesaria garantía para la consolidación de la Agenda 2030

The fundamental rights of older adults in a context of equality. Their necessary guarantee for the consolidation of the 2030 Agenda

SERGIO CAMILO SÁNCHEZ GAITÁN*

RESUMEN

Se pretende generar conciencia sobre el logro de la Agenda 2030, para lo que los Estados deben cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En este marco, el ODS n.° 10 plantea desafíos importantes en materia de garantía de los derechos de las personas mayores, por lo que los Estados deben extender la participación de las ramas del poder público para el logro de la Agenda. Es así como el papel de los jueces constitucionales ha adquirido relevancia. Sin embargo, en desarrollo de esta tarea debe superarse el discurso paternalista prohibitivo, así como adecuar los métodos de interpretación a un esquema de derechos humanos que permita la garantía plena y efectiva de los derechos de este grupo.

PALABRAS CLAVE

Adultos mayores; Personas de la tercera edad; Ancianos; Agenda 2030; Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS); Paternalismo; Derechos fundamentales; Protección judicial; Diálogo judicial interamericano.

ABSTRACT

The aim is to raise awareness of the achievement of the 2030 Agenda, for which the States must accomplish the Sustainable Development Goals (SDG). In this framework, SDG No. 10 presents significant challenges in guaranteeing the rights of older persons, so that States must extend the participation of branches of public power to achieve the Agenda. This is how the role of the constitutional judges has become relevant. However, in development of this task, the prohibitive paternalistic discourse must be overcome, as well as adapting the methods of interpretation to a human rights framework that allows the full and effective guarantee of the rights of this group.

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho constitucional de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho constitucional de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Director ejecutivo de Sánchez Gaitán abogados. Correo-e: sanchezgaitanabogados@gmail.com

KEYWORDS

Seniors; The Elderly; The 2030 Agenda; Sustainable Development Objectives (SDO); Paternalism; Fundamental Rights; Judicial Protection; Inter-American Judicial Dialogue.

INTRODUCCIÓN

Este escrito pretende poner de presente la importancia del reconocimiento y garantía de los derechos de las personas mayores, debido a que se ha presentado un progresivo aumento en el número de estas personas y a la dispersión de las obligaciones de los Estados en lo que tiene que ver con facilitar el ejercicio de estos derechos.

Lograr la efectiva inclusión, en igualdad de condiciones, de las personas mayores se convierte en uno de los retos que pretenden alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), por lo cual estos hacen un llamado a las ramas del poder público para que, de acuerdo con sus capacidades, se minimice el coeficiente Gini. En esta tarea, las cortes constitucionales han desarrollado una importante labor; sin embargo, la misma puede ser actualizada, incluyendo criterios, principios y estándares que permitan dar una respuesta a las necesidades cada vez más globalizadas de ciudadanía y, especialmente, de las personas mayores. En este sentido, se pretende confrontar la incidencia de la filosofía paternalista y las interpretaciones que derivan de esta, frente a una interpretación fundada en derechos humanos.

Así entonces, resulta necesario y útil para la disciplina jurídica constitucional abordar el análisis de la recepción que han hecho los Estados de estas nuevas consideraciones sobre los Derechos Humanos de las personas mayores, analizar la conveniencia del diálogo entre los órganos internacionales de protección de estos derechos con el poder judicial nacional, o si debido a la especial naturaleza de los derechos de las personas mayores; dicho diálogo puede ser interpretado de modo tal que involucre a los restantes poderes públicos.

1. EL CONTEXTO GLOBAL. VEJEZ, DESARROLLO Y OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

La vejez humana es una realidad natural e ineludible. Sin embargo, fue hasta finales del siglo XX que se hizo evidente. Así, se convirtió en un tema

de gran trascendencia, por lo que la sociedad, los Estados y la comunidad internacional se han preocupado por garantizar el bienestar de quienes entran en esta clasificación.

Los Estados han construido una legislación específica sobre la protección a las personas mayores; sin embargo, en varios casos esta puede no ser acorde con las nuevas necesidades que plantea la realidad actual. Es así como las constituciones y la comunidad internacional han establecido parámetros, que gozan de gran adaptabilidad para enfrentar estos retos[1].

En el plano internacional surgió el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento[2], que en su preámbulo consideró que "la calidad de vida no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las personas de edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades de una vida plena, saludable, segura y satisfactoria y ser estimadas como parte de la sociedad". Así mismo, se estipuló que este debía considerarse como parte de las principales estrategias y programas internacionales, regionales y nacionales que se formularan, ya que un objetivo concreto consiste en "proponer y estimular políticas y programas orientados a la acción y destinados a garantizar la seguridad social y económica a las personas de edad, así como darles oportunidades de contribuir al desarrollo y compartir sus beneficios".

Además, este Plan de Acción debe considerarse en el marco de otras normas internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otras, que han construido un sistema normativo dirigido a la protección de este grupo.

Acorde con el discurso internacional, la Constitución Política de 1991 plasmó en su artículo 46 que "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará

---

1 Cfr. Villareal Martínez, Mónica. *La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe*. Programa Regional de Población Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (celade) – División de Población de la cepal / Fondo de Población de las Naciones Unidas (unfpa). Santiago de Chile. 2005, p. 9.

2 Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. Viena (Austria). 26 de julio a 6 de agosto de 1982.

los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia". Lo que significa que el Estado debe propender por cuidar la vejez como parte de sus obligaciones constitucionales, ya que el artículo se refiere a la existencia de un deber de solidaridad concurrente entre este y la familia, por lo que el Estado debe contar con una política pública de cuidado, protección e integración de las personas de edad[3].

La vejez tiene una relación directa con el desarrollo, ya que este último considera factores sociales, económicos y ambientales para definirse, por lo que los países deben reconocer y tener en cuenta los cambios demográficos para optimizarlo. Sin embargo, esto exige un importante esfuerzo financiero, que la más de las veces no es posible lograr en la mayoría de los países en vías de desarrollo. Esto implica que es necesario instaurar un nuevo orden económico que se base en las nuevas relaciones económicas internacionales, que permitirán un uso equitativo de la riqueza y los recursos[4].

Con la llegada de la globalización, se pusieron sobre la mesa importantes retos, debido a las brechas de desigualdad que esta generó, llevando a la necesidad de que todos se comprometieran a reconstruir las condiciones de vida equitativa[5]. Es así como, en el año 2000, líderes mundiales se reunieron en la ciudad de Nueva York para adoptar la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas[6], que fijó 8 compromisos a desarrollar por parte de los Estados: i) Valores y principios; paz, seguridad y desarme; iii) desarrollo y la erradicación de la pobreza; iv) protección de nuestro entorno común; v) Derechos Humanos, democracia y buen gobierno; vi) protección de las personas vulnerables; vii) atención a las necesidades especiales de África; viii) fortalecimiento de las Naciones Unidas.

Con esta declaración se planteó un discurso común, revolucionario, que buscaba lograr un acuerdo global, realista y de fácil comunicación, mediante unos objetivos que contaban con mecanismos claros de cuantificación

---

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-503/2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en el mismo sentido Vid. T-252/2017. M.P.: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

4 Cfr. Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. Viena (Austria). 26 de julio a 6 de agosto de 1982.

5 Cfr. Barrero-Barrero, David y Baquero-Valdés, Fabio. Objetivos de desarrollo sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad. En *Revista Científica General José María Córdova*. Vol. 18, n.° 29. Enero-marzo de 2020, p. 128.

6 Organización de Naciones Unidas. Declaración del Milenio. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones. 13 de septiembre de 2000. Nueva York.

y seguimiento[7]. Con ellos se pretendía promover el mejoramiento de las condiciones sociales enfocándose especialmente en los países más pobres del mundo[8]. Debido al progreso que con estos se logró, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Conferencia Río+20), celebrada en Río de Janeiro en junio de 2012, fortaleció este proceso adoptando un nuevo bloque de objetivos de desarrollo sostenible, que permitiría mantener los avances logrados, así como emprender otros más, partiendo de considerar como eje central a las personas[9].

Debido al efecto positivo[10] que los objetivos plasmados en la Declaración del Milenio habían tenido al interior de cada Estado[11], se habían abierto las puertas para lograr una agenda más global e incluyente[12].

Es así como el 25 de septiembre de 2015 los líderes mundiales adoptaron un nuevo conjunto de objetivos globales[13], cuyo propósito se resume en 17 puntos con metas específicas a alcanzar durante los próximos 15 años[14]. Se trata de una propuesta que integra las dimensiones social, económica y ambiental, poniendo la igualdad y la dignidad como núcleos fundamentales[15].

Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) son un parámetro de interpretación para todos los países del mundo, ya que estos se convierten en una hoja de ruta que permite garantizar un mundo con mayor equidad y

---

7 Cfr. Sustainable Development Goals Fund. De los ODM a los ODS. Disponible en: https://www.sdgfund.org/es/de-los-odm-los-ods

8 Rodríguez Becerra, Manuel. *Gobernanza y gerencia del desarrollo sostenible*. Universidad de los Andes. Bogotá, 2018, p. 17.

9 Debido a esto se realizó una consulta global, en donde la sociedad civil protagonizó el proceso de elaboración de este nuevo programa.

10 Cfr. PNUD. *Informe Objetivos de Desarrollo del Milenio*. 2015. Disponible en: https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-odsinformedoc-2015.pdf
Sin embargo, existen algunos que piensan que los logros de los Objetivos del Milenio 'dejaron el vaso medio lleno'. Vid. Rodríguez Becerra. *Op. cit*., p. 18.

11 Al respecto, puede consultarse el sitio web del PNUD, en que se hace un balance breve del impacto de los objetivos del milenio. Disponible en: https://www.undp.org/content/undp/es/home/sdgoverview/mdg_goals.html

12 Cfr. *Ídem*. Prólogo. Cabe señalar que sobre los derechos de las personas de avanzada edad no se estableció un objetivo del milenio específico, por lo que no fue un tema que se desarrolló.

13 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 70/1: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Septuagésimo periodo de sesiones. Nueva York. 25 de septiembre de 2015.

14 Cfr. *Ídem*. Estas metas son de carácter integrado, indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal. Sin embargo, las metas tienen en cuenta las diferentes realidades nacionales, las capacidades y los niveles de desarrollo de cada país. Respetando sus políticas y prioridades nacionales.

15 Cfr. Barrero-Barrero y Baquero-Valdés. *Op. cit.*, p. 132.

sostenibilidad, facilitando que se asegure el bienestar de esta y futuras generaciones. Por esta razón, los ODS se desarrollan mediante la implementación de políticas públicas estatales, en aras de definir el mundo que se quiere sin dejar a nadie atrás[16]. Por lo tanto, los ODS se convierten "en un apoyo para cada país en su senda hacia un desarrollo sostenido, inclusivo y en armonía con el medio ambiente, a través de políticas públicas e instrumentos de presupuesto, monitoreo y evaluación. Es así como la Agenda 2030 se considera un documento social, que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro. Al ser ambiciosa y visionaria, requiere de la participación de todos los sectores de la sociedad y del Estado para su implementación"[17].

En este acuerdo se estableció que cada país estableciera los ODS nacionales, con metas y medios específicos para lograrlos, los que debían ser presentados al Foro Político de Alto Nivel, órgano responsable del seguimiento de estos acuerdos[18]. Esto en concordancia con cientos de iniciativas para apoyar la implementación de los ODS[19].

La Agenda 2030 contempla que "Es necesario empoderar a las personas vulnerables. Por ello, esta Agenda refleja las necesidades de todos los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad (más del 80% de las cuales viven en la pobreza), las personas que viven con el VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, entre otros. Estamos resueltos a emprender más acciones y medidas eficaces, de conformidad con el derecho internacional, para eliminar obstáculos y restricciones, fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y en zonas afectadas por el terrorismo y atender sus necesidades especiales"[20].

---

16 Cfr. SMALE, ALISON. Qué implican los ODS. En *Crónica ONU*. Disponible en: https://www.un.org/es/chronicle/article/que-implican-los-ods

17 BARRERO-BARRERO y BAQUERO-VALDÉS. *Op. cit*, p. 129.

18 Cfr. RODRÍGUEZ BECERRA. *Op. cit*., p. 20. Al respecto Vid. Barrero-Barrero y Baquero-Valdés. *Op. cit*., pp. 129 y 130, quienes consideran que, pese a que los ODS presentan una estrecha relación con el sistema supranacional, el desarrollo de las nuevas metas de desarrollo recae sobre el funcionamiento institucional.

19 En este sentido Vid. Sustainable Development Solutions Network, que tiene alcance global, regional y nacional. Disponible en: https://www.unsdsn.org/

20 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 70/1: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Septuagésimo periodo de sesiones. Nueva York. 25 de septiembre de 2015, p. 8.

Dentro de los desafíos que plantea el informe sobre los Objetivos del Milenio, está que "Colombia obtiene logros significativos en muchas de las metas trazadas en los ODM, no obstante, el progreso ha sido desigual a través de sus regiones y poblaciones, dejando enormes brechas. El país todavía presenta millones de personas en pobreza y vulnerabilidad, situación que se agudiza muchas veces debido a su sexo, edad, discapacidad, etnia o ubicación geográfica. Los esfuerzos deben encaminarse a alcanzar a aquellas personas más vulnerables"[21]. Así, los 17 ODS tienen sentido, ya que expandieron el concepto de desarrollo, al incluir elementos que los Objetivos del Milenio no consideraron. tal es el caso del ODS n.° 10: Reducir la desigualdad entre los países y entre ellos en América Latina y el Caribe. Sobre este particular, el ODS plasma que "De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición"[22].

Se reconoce como un desafío que ningún ODS se refiere específicamente a las personas mayores, pese a que la discriminación por edad es un problema grave y persistente; sin embargo, el ODS n.° 10 se convierte en una herramienta útil que propende por reconocer la importancia del derecho a la autonomía y autodeterminación de las personas mayores[23].

Para implementar este ODS se plantean varias oportunidades y recomendaciones, tales como incorporar de manera efectiva a la sociedad civil[24], buscar que los funcionarios públicos transmitan la Agenda 2030, fortalecer la institucionalidad social en los diferentes niveles administrativos y políticos, e incorporar la noción de multiculturalidad e interculturalidad para desarrollar políticas públicas[25].

Este papel incluye a las tres ramas del poder público y, especialmente, al legislador. Sin embargo, en los países latinoamericanos y en el caso particular de Colombia, la Corte Constitucional adquiere una participación relevante

---

21 PNUD. Informe Objetivos de Desarrollo del Milenio. *Op. cit.*

22 *Ibíd*, p. 24.

23 Cfr. CEPAL. ODS 10: Reducir la desigualdad en los países y entre ellos en América Latina y el Caribe. Foro de los países de América Latina y el Caribe sobre el desarrollo sostenible. Santiago. 2019, p. 2. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/static/files/ods10_c1900797_web.pdf

24 Al respecto Vid. VÉLEZ CRUZ, MARÍA PAULA. *La Construcción de la Sociedad Civil: el empoderamiento del ser humano*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2018.

25 CEPAL. ODS 10. *Op. cit.*, p. 3.

como garante de los principios fundamentales. Es por esta razón que resulta pertinente analizar el alcance que esta Corporación ha dado a los derechos de las personas mayores.

2. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ADULTO MAYOR. LA RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ha proferido un gran número de sentencias enfocadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas mayores, las cuales se han agrupado en ejes temáticos que permitan su fácil identificación.

2.1. ¿ANCIANO, ADULTO MAYOR O PERSONA DE LA TERCERA EDAD?

Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de la igualdad de las personas (artículo 13 de la Constitución). Adicionalmente, el artículo 46 de la Constitución plasma una obligación a cargo del Estado, la sociedad y la familia, consistente en la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, mediante la promoción de su "integración a la vida activa y comunitaria". Por lo tanto, considera la Corte Constitucional que las autoridades deben realizar acciones positivas en favor de este grupo social, incentivando el respeto de sus derechos y la asistencia para que ellos puedan vivir en condiciones dignas y considerando especialmente su avanzada edad[26].

La Corporación ha reconocido que utiliza los términos ancianos, adulto mayor y personas de la tercera edad que se usan indistintamente para referirse a la vejez como un fenómeno natural y a un grupo poblacional específico; sin embargo, se trata de conceptos con un contenido diferente, que han sido especificados en la jurisprudencia de este organismo. Debe tenerse presente que el Alto Tribunal constitucional entiende claramente, conforme al mandato de igualdad, que no es posible adjudicarles un valor peyorativo o discriminatorio a estos conceptos[27].

---

26 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

27 Cfr. *Ibíd*.

La jurisprudencia constitucional estableció que la protección de las personas de la tercera edad se fundamenta en el principio de solidaridad, consagrado en el artículo 1 de la Constitución, ante lo que la Corporación ha señalado que este principio consiste en "un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La dimensión de la solidaridad como deber impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental"[28].

La Corte también ha encontrado que, conforme al artículo 46 de la Constitución, debe darse una definición y distribución equitativa de las cargas públicas en una sociedad democrática, por lo que en muchas ocasiones, Estado, familia y sociedad deben concurrir para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de atención, apoyo, protección y promoción de las personas que no puedan valerse por sí mismas[29]. Es así como la Corporación plasma que "es posible afirmar que la Constitución establece un régimen de protección para este grupo poblacional fundamentado en el principio de solidaridad, orientado al logro de los fines esenciales de la organización política (artículo 1 y 2 C.N.), el derecho fundamental a la igualdad que se traduce en la protección de personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 C. N.) y la tutela jurídica específica frente a los adultos mayores que cobija a los adultos mayores en estado de indigencia por mandato expreso de la norma (artículo 46 C. N.)"[30].

Sobre el concepto de anciano, la Corte señaló que no existe una definición legal o constitucional del término *ancianos*[31], por lo que señala que todos estos conceptos se refieren a un grupo de titulares que se encuentra en estado de debilidad y que merece mayor amparo de la sociedad y del Esta-

---

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-413/2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

29 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-149/2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-503/2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

31 Cfr. *Ibíd*.

do[32], cuando el perjuicio sufrido afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, cuando se construya una conexidad con los derechos fundamentales o cuando se convierta en una carga excesivamente gravosa someter a este grupo a los trámites propios de un proceso judicial ordinario[33].

Así entonces, la Corte Constitucional construye una definición de ancianos, entendiendo que el término se refiere a todas aquellas personas que por su avanzada edad o por encontrarse en el último periodo de la vida, han perdido algunas de sus facultades y ameritan por ello una especial protección constitucional[34].

La Corte especifica que los conceptos adulto mayor y persona de la tercera edad no pueden ser usados como sinónimos. En este sentido, el concepto de adulto mayor se define en la Ley 1276 de 2009[35] y se asocia con la noción de vejez, para identificar a la población destinataria de la atención integral en los centros de vida. Conforme a los parámetros establecidos por el legislador, será adulto mayor quien supere los 60 años, o aquel que, sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de desgaste "físico, vital y psicológico que así lo determinen".

Por otro lado, la determinación de la persona de la tercera edad es un tema sociocultural[36] y se trata de una calidad que solo puede ostentarla quien es adulto mayor y ha superado la esperanza de vida. Por lo tanto, todas las

---

32 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-463/2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

33 Sobre los temas enunciados Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-738/1998. M.P.: Antonio Barrera Carbonell; T-801/1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T -116/1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-351/1997. M.P. Fabio Morón Díaz; T-099/1999. M.P. Alejandro Beltrán Sierra; T-481/2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; ; T-518/2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-443/2001. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-360/2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-042A/2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y T-458/2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva;

34 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

35 Artículo 7°. "Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: // (…) b). Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen".

36 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-339/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

personas de la tercera edad son adultos mayores, pero no todos los adultos mayores son personas de la tercera edad[37].

Para determinar a qué edad una persona puede considerarse como de la tercera edad, la Corporación ha creado la tesis de vida probable, en la cual ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE[38] y entendió que la tercera edad comienza cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por este organismo público, la cual varía periódicamente[39].

La Corte sostiene que "la distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo"[40]. La Corporación entiende que se trata de una distinción fundada en el principio de igualdad, cuyo efecto útil consiste en valorar en cada caso concreto la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios con que cuenta el accionante[41].

---

37 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015/2019. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

38 Al respecto vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-047/2015. M.P.: Mauricio González Cuervo y T-339/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

39 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015/2019. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

40 Ibíd.

41 La Corte Constitucional suele aplicar esta diferenciación en materia pensional, en donde las personas son mayores de 60 años. Al respecto vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015/2019. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, en donde la Corporación entendió que "De considerarse que todos los adultos mayores requieren una especial protección constitucional y un análisis más flexible en relación con el principio de subsidiariedad, sería necesario concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales, pues implica directamente asumir que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar pensiones de vejez de personas con más de 60 años. Reconocer entre los adultos mayores a quienes están en una condición de mayor vulnerabilidad por un criterio etario, permite identificar a las personas que precisan especial apoyo para la realización de sus derechos, por el desgaste biológico que implica el paso del tiempo y así, concretar el principio a la igualdad y conservar la acción de tutela como un medio excepcional y subsidiario de protección de los derechos fundamentales (...)". En el mismo sentido Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-489/2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-431/2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-067/2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-494/2013. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-159/2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-042/2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-613/2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-002A/2017. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-076/2017. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; T-462/2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos; T-598/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado y T-683/2017. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

2.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

El artículo 24 de la Constitución consagra que "todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia". Así mismo, se trata de un derecho que se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales de Derechos humanos, tales como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[42], que prevén que este derecho no puede ser objeto de restricciones a menos que: "(i) estén previstas en la ley y, (ii) sea necesario para la protección de la seguridad nacional, el orden o moral pública, la salud o los derechos y libertades de terceros"[43].

Se trata de un derecho fundamental que es expresión de la libertad misma[44], inherente al ser humano y cuya mínima manifestación debe ser entendida como la posibilidad de transitar o desplazarse libremente de un lugar a otro dentro del país o, incluso, fuera de este. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que no se trata de un derecho absoluto, por lo que puede limitarse en los casos en que hay sanciones penales. También ha dicho que para la determinación de una vulneración a este derecho debe tenerse en cuenta no solo la aplicación del artículo 24 de la Constitución, sino también la aplicación del artículo 1, 13, 58 y 82 del texto político[45].

Se ha concebido como un derecho de dimensión negativa o defensiva, ya que su función es ser un límite al ejercicio del poder del Estado en defensa de los individuos. También se le ha reconocido una dimensión positiva, según la cual, para garantizar su goce y ejercicio, en algunas ocasiones se requiere de una infraestructura de base, que da origen a una obligación de hacer o dar en cabeza de las autoridades públicas, que sea exigible por los ciudadanos[46].

---

42 Los artículos 12-3 y 22-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señalan que "(...) ii) toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio."

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-747/2015. M.P.: Myriam Ávila Roldán.

44 Al respecto véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-518/1992. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

45 Cfr. *Ídem*.

46 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-708/2015. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Por lo tanto, la Corte ha concluido que este derecho tiene tres facetas diferentes: i) el derecho a circular libremente por el territorio nacional, ii) el derecho a permanecer y residenciarse en el territorio colombiano y iii) el derecho a entrar y salir del país[47].

Al respecto, la Corporación ha elaborado un listado de aquellos elementos que hacen parte del núcleo esencial a la libertad de circulación o locomoción:

> (i) Es un derecho de carácter fundamental por ser inherente y esencial para el desarrollo de la libertad de todo ciudadano.
>
> (ii) Es un presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad personal, la propiedad privada, etc.
>
> (iii) Constituye una manifestación del derecho general a la libertad, que se traduce en la facultad primaria y elemental que tiene la persona humana para transitar, movilizarse o circular libremente de un lugar a otro dentro del territorio nacional, e igualmente en la posibilidad de entrar y salir de él libremente; y el derecho a permanecer y a residenciarse en Colombia, en el lugar que considere conveniente para vivir y constituir el asiento de sus negocios y actividades, conforme lo demanden sus propios intereses.
>
> (iv) La libre circulación y residencia no se conciben como derechos absolutos, pues el legislador se encuentra facultado para establecer limitaciones dentro de parámetros objetivos que respondan a los criterios establecidos en los instrumentos internacionales y las normas nacionales, tales como el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y los derechos y libertades de los demás, todo ello con sujeción al principio de proporcionalidad. (Ver para el efecto, sentencias T-1117 de 2002, T-031 de 2002 y C-292 de 2008).
>
> (v) Como consecuencia de lo anterior, por regla general, en el espacio público, concretamente los bienes de uso público, no existen restricciones para la libre circulación de los ciudadanos, y en caso de darse, deben estar plenamente justificadas. En el caso de la propiedad privada, debe tenerse en cuenta su función social conforme con el parágrafo segundo del artículo 58 de la Constitución Política. Para el efecto, existen mecanismos que materializan esta exigencia como las servidumbres de tránsito, las cuales se constituyen por vía judicial y tienen por objeto prevalente el permitir que el dueño de otro predio pueda gozar plenamente del predio, sobre el que se constituye la servidumbre, teniendo acceso y salida permanente de él.

---

47 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-292/2008. M.P.: Mauricio González Cuervo.

> (vi) Si bien la norma constitucional destaca la reserva exclusiva de tales derechos a favor de los colombianos, su entendimiento no significa que los extranjeros no gocen de ellos, lo que ocurre es que la Constitución los protege con arreglo a las previsiones del art. 100 de la Constitución, conforme al cual si bien los extranjeros disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, ello debe entenderse sin perjuicio de las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley, o de la posibilidad de negar el ejercicio de determinados derechos civiles, por razones de orden público[48].

La Corte entiende que la limitación de este derecho implica la "imposición de obligaciones o prohibiciones extraordinarias, pero razonables, que el Estado exige a los particulares para sostener la estabilidad institucional, la pacífica convivencia y la seguridad jurídica, no menos que la eficacia de los demás derechos y libertades (Preámbulo y artículo 2 C.P.)"[49]. Por lo tanto, el derecho a la libertad de locomoción puede vulnerarse por acción, cuando se impone directamente una restricción o, por omisión, cuando se genera como consecuencia de las actividades de una persona[50].

La Corporación entiende que la garantía del artículo 24 de la Constitución no es absoluta y puede el legislador establecer los límites que considere necesario para garantizar el orden público y el respeto por los derechos fundamentales. Por esto, debe el operador judicial usar el test de proporcionalidad para establecer la constitucionalidad de las medidas que limiten la circulación[51]. En materia del derecho fundamental a la libertad de circulación de las personas de la tercera edad, la Sentencia C-177/2016 analizó la constitucionalidad de la restricción del derecho a circular libremente sin ayuda de terceros a los ancianos, para lo cual consideró que el artículo 59 de la Ley 769 de 2002 es de carácter preventivo. Así, la norma consagra una serie de limitaciones a los peatones especiales (entre los cuales se encuentran los ancianos) y deben estar acompañadas por mayores de 16 años para cruzar las vías. Al respecto, concluye que esta norma no contempla una prohibición ni puede ser interpretada en ese sentido, por lo que no puede entenderse

---

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-202/2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-747/2015. M.P.: Myriam Ávila Roldán. En el mismo sentido véase Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-066/1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

51 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que restringe el derecho a la libre circulación, sino que resalta el deber de solidaridad de las demás personas frente a aquellas que requieren un acompañamiento para hacer más seguro su tránsito por las vías públicas[52].

2.3. DEBILIDAD MANIFIESTA

En materia de seguridad social, la Corte Constitucional asocia la tercera edad al concepto de debilidad manifiesta, por razón de su condición económica, física o mental, para establecer que en estos casos es indispensable la intervención del juez constitucional en caso de que se vean afectados derechos[53]. Pero, las razones que fundamentan esta asociación conceptual no son claras, ya que en algunas jurisprudencias la Corporación señala que es debido a la superación de la edad promedio de vida[54].

Sin embargo, en otras sentencias se entiende que por la sola pertenencia al grupo de la tercera edad no hace necesariamente que sea parte del grupo de especial protección, por lo que se establecerá en el caso concreto si el adulto mayor se encuentra en estado de debilidad manifiesta[55]. En este contexto, la Corporación precisó que es necesario considerar las características globales del grupo, es decir, esos elementos que los convierten en titulares de la garantía privilegiada y, además, atender a la especificidad del caso concreto[56], para determinar si se encuentra en un mayor riesgo de enfermar, con dificultades para desarrollar actividades remunerables, entre otras[57].

---

52 Cfr. *Ídem*.

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-320/2017. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. En el mismo sentido Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-695/2000. M.P.: Álvaro Tafur Galvis; T-1283/2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-1185/2004. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-1221/2004. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; T-372/2008. M.P.: Mauricio González cuervo; T-525/2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

54 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002A/2017. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

55 Al respecto Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-320/2017. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-388/2012. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-678/2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

56 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1316/2001. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes. En el mismo sentido Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-692/2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

57 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-678/2010. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

2.4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La Corte Constitucional ha elaborado unas hipótesis proscritas de discriminación[58]: i) por un lado, se encuentran las diferenciaciones que tienen como finalidad la exclusión de personas tradicionalmente señaladas y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales. En este caso, "la segregación está dada generalmente, por la carga valorativa y emotiva que incorpora el lenguaje de las normas o las prácticas institucionales recurrentes, que terminan por confundirse con la institucionalidad misma, y que, en última instancia, imponen cargas que los sujetos no tienen el deber de soportar ni moral ni constitucionalmente"[59].

En este caso, la Corte entiende que la discriminación se configura no solo cuando frente a supuestos de hecho iguales la ley otorga consecuencias desiguales, sino también cuando las autoridades administrativas, amparadas en sus facultades legales, aplican criterios de diferenciación evidentemente irrazonables, cobijados por un supuesto manto de legalidad cuyo efecto es el menoscabo del derecho fundamental a la igualdad[60].

ii) Por otro lado, están las diferenciaciones que se dan por una secuencia de episodios aparentemente legales, cuyo contenido implica la negación de garantías básicas. En este caso se trata de una "serie de actuaciones orientadas a la exclusión de ciertos grupos poblacionales –históricamente ignorados–, la autoridad aplica criterios constitucionalmente proscritos, aunque alega como justificación para ello el peligro que entrañan para la 'sociedad' y el daño que presuntamente ocasionan a la misma. Por esta razón, dado que es difícil acreditar el móvil ilegítimo que sustenta la actuación administrativa para el ciudadano, es a la autoridad que aplica la disposición jurídica a quien corresponde la carga de probar que no ha empleado razones discriminatorias para ello"[61].

---

58 A manera de ejemplo Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-098/1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-301/2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; T-1326/2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; T-577/2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

59 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

60 Cfr. *Ibíd*. En el mismo sentido, Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1326/2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; T-577/2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto y T-301/2004. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

61 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En el mismo sentido, Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-098/1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y T-301/1994. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

El juez constitucional es competente cuando el criterio diferenciador atiende a una categoría sospechosa y debe ejecutar la prueba de igualdad, con las particularidades que ha decantado la jurisprudencia constitucional[62].

Respecto a la discriminación frente a las personas de la tercera edad, la Corte Constitucional, en sentencia C-177/2016, aplica el juicio de igualdad. Así, en primer lugar, establece el criterio de comparación (*tertium comparationis*) y señala que este se refiere a la disminución de capacidad o facultades. A continuación, establece que no existe diferenciación entre iguales, por lo que no puede derivarse una hipótesis de discriminación[63].

4. Derecho a decidir de los adultos mayores. Hallazgos y críticas

4.1. Influencia del discurso paternalista en la protección de los derechos de las personas mayores y los controles establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El paternalismo jurídico busca que el Estado tenga un papel activo en la protección de los derechos de sus asociados; sin embargo, las razones que fundamentan la protección, en determinadas circunstancias, terminan por hacer que las medidas adoptadas tengan una finalidad diferente a la intención original. Es por esto que la Corte Constitucional prohibió las medidas paternalistas que pretendan imponer a los ciudadanos un determinado modelo. Señala que se trata de medidas de tipo perfeccionista o de moralismo jurídico, que "invaden de manera desproporcionada la autonomía de las personas al prevenirlas de adoptar decisiones donde, por ejemplo, decidan ponerse en riesgo conscientemente, como el consumo de tabaco o alcohol"[64]. Pero la Corporación ha admitido la procedencia de medidas de tipo preventivo cuyo objetivo sea proteger los intereses de la persona

---

62 Cfr. *Ibíd*.

63 Cfr. *Ibíd*.

64 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. En el mismo sentido vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-639/2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto; C-830/2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

misma, porque "no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. En el precedente ámbito se distinguen, por ejemplo, las medidas que desincentivan el consumo del tabaco"[65].

La Corporación entendió que debido a la carga semántica y peyorativa que conlleva la filosofía ética paternalista, en algunas ocasiones puede significar que los ciudadanos carecen de criterio para conocer y decidir sobre sus intereses, lo que permite al Estado dirigir integralmente sus vidas. Lo que parecería un paternalismo benévolo puede llegar a negar la libertad individual, toda vez que el Estado es el protector de sus súbditos, sabe mejor que estos, lo que conviene a sus intereses y por eso, hace obligatorio lo que para una persona libre debe ser opcional[66]. Por esta razón, la Corte ha establecido unas condiciones que justifican la adopción de medidas de carácter paternalista:

> (…) pueden justificarse a la luz del orden constitucional, siempre que: (i) procuren el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma Constitución haya privilegiado como objeto de garantía reforzada; y (ii) sean medidas proporcionales en sentido estricto, esto es, a) que busquen el cumplimiento de una finalidad afincada en los principios constitucionales, b) que el grado de restricción del derecho de autonomía, sea acorde a la importancia del principio constitucional que se pretende garantizar, c) que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad, y d) que su implantación no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger. Esta Corporación ha denominado a la metodología de análisis anterior, "test de proporcionalidad"[67].

---

65 Cfr. *Ibíd*. La Corte entendió que las medidas que buscan desincentivar una conducta "son distintas a las de corte paternalista que requieren un control estricto de constitucionalidad, pues no suponen la imposición de una sanción so pretexto de realizar o no una actividad de auto-protección, sino la imposición de otras cargas que dejan intacto el margen de decisión del ámbito personal de los ciudadanos. En últimas, el Estado puede promocionar o degradar la realización de ciertas conductas o actividades, pero no puede en principio vulnerar la autonomía de los individuos a partir de la imposición de sanciones tendientes a castigar la ejecución o abstención de actividades, cuya única justificación es el propio bienestar de quien es objeto de la medida".

66 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309/1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

67 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. En el mismo sentido, Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-639/2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sin embargo, la Corte es tajante al señalar que en tratándose de las limitaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad, los principios constitucionales prohíben las medidas paternalistas de tipo prohibitivo que buscan imponer a las personas un modelo de vida específico a partir de consideraciones de lo que es bueno y lo que es malo, incluso en aquellos casos en que la conducta supone un riesgo para la salud. Sin embargo, se permiten aquellas medidas de autocuidado, que sin prohibir conductas buscan desincentivarlas. También considera la Corporación que se permiten las medidas que aun cuando limiten la autonomía buscan proteger los propios intereses de las personas, como serían las medidas de justicia distributiva y aquellas que afectan derechos de terceros y los valores superiores de la Constitución[68].

En tratándose del escrutinio sobre las medidas que se presumen paternalistas, la sentencia C-246/2017 estableció una serie de reglas a seguir. En primer lugar, el margen de configuración legislativa para restringir derechos fundamentales debe atender a un motivo legítimo, tales como: "(i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros, y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución. Pero adicionalmente debe respetar el núcleo esencial del derecho que limita y su restricción debe responder a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto"[69].

Por otro lado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como una extensión de la autonomía personal, "protege la posibilidad de que las personas puedan escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo sin interferencias indebidas". Esto quiere decir, que se protege la posibilidad de que la persona pueda construir su identidad a través de la autodefinición (desde la apariencia física hasta la identidad sexual o de género), todo bajo la protección del derecho a la intimidad[70].

Las medidas de garantía de los derechos de las personas mayores se encuentran en una fina línea entre prevención y prohibición, debido a que se asocia que su edad tiene implicaciones en los demás ámbitos de su vida, por

---

68 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/2017. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
69 *Ídem*.
70 *Ibíd*.

lo que no es fácil realizar un escrutinio constitucional sobre las mismas. Pese a la sólida línea jurisprudencial que ha manejado la Corte Constitucional, quedan algunos temas que generan inquietudes. Entre ellos se encuentra el criterio según el cual se determina por parte del Estado que los ciudadanos carecen de criterio para conocer y decidir sobre sus intereses. Se trata de un aspecto hermenéutico y que atiende tanto a las circunstancias sociales, como a las personales.

El paternalismo se vincula a la estructura familiar, ya que desde la antigua Roma correspondía al *Pater familias* tomar las decisiones que afectaban las relaciones de los miembros de su núcleo familiar y las de estos con el resto de los ciudadanos[71]. Así las cosas, una persona con un determinado modelo de formación, en donde la estructura familiar determina que algún miembro toma las decisiones relevantes del núcleo, se socializa por este y acepta que se trata de un modelo habitual e institucionalizado. Por lo que su universo simbólico funciona con este modelo y pretenderá socializarlo a futuro[72].

Este es un interrogante que rodea también a quien realiza el escrutinio de la medida que se acusa de ser paternalista, toda vez que ese modelo habitual, institucionalizado y que se ha convertido en un universo simbólico, tiene incidencia directa en la aplicación del método de interpretación que se escoja. Por lo tanto, en desarrollo de una prueba de ponderación, la subjetividad de la escogencia parece mostrarse como un elemento que va en contravía de la garantía de los derechos de las personas mayores.

A manera de ejemplo, piénsese en las resoluciones proferidas por el Ministerio de Salud debido a la emergencia sanitaria decretada por el Covid-19. La Resolución 464 de 18 de marzo de 2020, establece en su artículo 1: "Ordénese la medida sanitaria obligatoria de aislamiento preventivo, para las personas mayores de 70 años, a partir del veinte (20) de marzo de 2020 a las siete de la mañana (7:00 a.m.) hasta el treinta (30) de mayo de 2020 a las doce de la noche (12:00 pm)". Y justifica su proceder en la declaratoria de Estado de Excepción. Esta medida, fue extendida hasta el 31 de agosto de 2020, en virtud de la Resolución 844 de 26 de mayo de 2020.

---

71 Al respecto Vid. González de Cancino, Emilssen. *Manual de derecho romano*. Universidad Externado de Colombia. Sexta edición. Bogotá, 2007, pp. 229 y ss.

72 Al respecto Vid. Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Amorrortu editores. 24ª reimpresión. Buenos Aires, 2015.

A todas luces, se trata de una medida prohibitiva, pero ¿estará permitida debido a que se trata de medidas que procuran el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma Constitución ha privilegiado como objeto de garantía reforzada? Así mismo, quien realice el escrutinio establecerá los elementos de la prueba de proporcionalidad con base en sus más íntimas convicciones, pero ¿estas garantizan la igualdad de trato entre personas de más de 70 años y el resto de la población?

Se trata de cuestiones de gran incidencia y difícil respuesta, puesto que es un asunto que excede al Derecho. Sin embargo, debe partirse que en el caso particular de las personas mayores la aplicación del test de proporcionalidad se revela como problemática, porque el paternalismo jurídico permite que los argumentos sobre los cuales se sustentan las medidas de garantía giren en torno a la incapacidad de las personas mayores para estar a la par de los demás, y prima facie, no se considere como un tratamiento discriminatorio sino como una acción afirmativa. Así, volviendo al ejemplo planteado de las Resoluciones del Ministerio de Salud, con ocasión del Covid-19 permite que nos preguntemos: ¿La restricción del derecho a la circulación y la libertad de decisión sobre este de las personas mayores es una acción afirmativa, dirigida a protegerlos de un modo especial? Sobre el particular, debe tenerse presente que el fundamento de las decisiones nunca puede ser considerar negativamente la desigualdad, toda vez que esto es contrario a los postulados contenidos en el artículo 13 de la Constitución, el cual es lograr que la igualdad (tanto formal, como material) sea real y efectiva para todos, sin distinción alguna.

Precisamente bajo este postulado es que el ordenamiento constitucional permitió la consagración de las acciones afirmativas, cuyo argumento se sustenta sobre la diversidad, siendo entendida como un bien común[73]. Esta permite que la igualdad se materialice al permitir desarrollar el carácter interrelacional de este derecho, permitiendo que se dé una sociedad plural. Por lo tanto, la construcción del *tertium comparationis* que promueve el pensamiento paternalista es equivocado, porque construye un modelo de juzgamiento basado en un trato desigual entre iguales que deriva en una restricción de derechos aparentemente justificada. Debe señalarse que la construcción del criterio de comparación debe ser un trato desigual entre iguales, que parta

---

73 Cfr. Sandel, Michael. Justicia ¿hacemos lo que debemos? *Debate*. Trad. Juan Pedro Campos Gómez. Segunda edición. Barcelona. 2014, pp. 194-196.

de reconocer que todos son personas, se reconozca su dignidad, son titulares de derechos fundamentales y se potencie la diversidad.

Así, se concluye que la interpretación de las normas que regulan los derechos de las personas mayores no debe hacerse desde el parternalismo jurídico, sino desde los derechos humanos. en este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos presenta herramientas valiosas.

4.2. EL DIÁLOGO CON EL DERECHO INTERNACIONAL INTERAMERICANO COMO HERRAMIENTA PARA EL LOGRO DE LA AGENDA 2030

Es un secreto a voces que los parlamentos se han convertido en instituciones ineficientes, que por su naturaleza deliberativa no satisfacen adecuadamente las necesidades de la ciudadanía. Es en este escenario que el poder judicial, como garante de los derechos, adquiere un papel relevante en la protección y desarrollo de estos. Sin embargo, surge una primera cuestión problemática: ¿cómo articular a los jueces nacionales y los jueces internacionales para que puedan cumplir dicha tarea? Es un fenómeno que se puede atribuir a las modificaciones que ha sufrido el derecho internacional, el derecho nacional y la forma en que estos dos ordenamientos se relacionan entre sí. En efecto, la evolución de ambos ordenamientos ha puesto sobre la mesa la existencia de un objetivo común, cuya materialización depende de su óptima articulación[74].

Es en este contexto que puede hablarse de jueces de protección, aquellos que ejercen su labor a nivel nacional o internacional y dentro de sus funciones está la de proteger los derechos fundamentales mediante decisiones vinculantes, en donde se determine el contenido y alcance de estos, así como las consecuencias de su violación[75].

Debido a ese cada vez más grande protagonismo, el poder judicial necesita contar con herramientas apropiadas, que le permitan desarrollar su labor a cabalidad. Es por esto, que se ha establecido el diálogo judicial, que puede definirse así:

---

74 Cfr. Acosta Alvarado, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015, p. 31.

75 *Ibíd*, p. 32.

> (…) la palabra "diálogo" denota una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes[76].

La labor de protección de derechos humanos se desarrolla en diferentes niveles: por un lado, el nacional, mediante la labor desarrollada por las cortes constitucionales y, por otro, el supranacional, consistente en la actuación realizada por los jueces regionales de protección de derechos humanos. Esta particularidad permite que se hable de un lenguaje común que atiende al principio de complementariedad[77].

Debido a la existencia de este pluralismo normativo, los Estados pueden extraer una serie de elementos comunes: a) es un escenario de pluralismo constitucional[78], b) tiene un carácter obligatorio, c) es necesario tomar en consideración las construcciones jurisprudenciales alternas, para aplicar el derecho propio, d) se trata de un escenario en el que la solución no se puede obtener haciendo que una jurisdicción prime sobre otra.

Así entonces, a partir del diálogo judicial, puede construirse una red judicial de protección, multinivel, pero que parte de un punto de referencia común (el tribunal internacional), no puede ser entendida con base en la perspectiva tradicional de jerarquía escalonada, sino que funciona con una dinámica de diálogo recíproco[79].

El diálogo interamericano se ha desarrollado de manera particular, debido a factores específicos: el contexto jurídico, el marco normativo y las herramientas jurisprudenciales. Así, "el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional y las recientes transformaciones constitucionales

---

76 García Roca, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. En *Teoría y Realidad constitucional*. UNED. Número 30, 2012. Madrid, p. 189, Para el autor la idea de diálogo está íntimamente ligada con las ideas de pluralismo y multiculturalismo. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2012-30-3135&dsID=Documento.pdf

77 cfr. *Ibíd*. En el mismo sentido Vid. Acosta Alvarado. *Op. cit*., pp. 33, 34.

78 Debe entenderse que el diálogo judicial no funciona unificado bajo una Constitución, sino que se basa en la idea de pluralismo constitucional, formando una estructura compleja, de múltiples niveles autónomos que se conectan entre sí, basados en una relación de sus fuentes jurídicas. Vid. García Roca. *Op. cit*., p. 192.

79 Cfr. Acosta Alvarado. *Op. cit*., p. 38. En el mismo sentido, Vid. García Roca. *Op. cit*., p. 195, quien sostiene el funcionamiento de este sistema debe ser "de manera dialogística y no con un pernicioso repliegue o aislamiento de cada tribunal sobre sí mismo, convencido de la exclusiva validez de su propia doctrina o incluso de su superioridad".

en la región crean el contexto perfecto para la interacción entre los jueces. Primero, ambos ordenamientos asumen la protección de los derechos humanos como uno de sus objetivos básicos; segundo ambos reconocen el importante papel de los jueces en la relación con tal protección y, finalmente, ambos resaltan la importancia de su interacción para perfeccionar esa tutela"[80].

El escenario interamericano permite la interacción mediante normas tales como el principio de subsidiariedad (preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, las obligaciones de respeto, garantía y adaptación, las reglas de interpretación y las cláusulas sobre la fuerza vinculante de las sentencias)[81]. Conforme a esto, los jueces nacionales acuden al Derecho internacional de los Derechos Humanos como una norma supra legal, si el ordenamiento lo permite, o mediante el cumplimiento de un compromiso internacional de garantía o adaptación, o por la aplicación del principio *pro personae*. Además, los jueces nacionales están llamados a atender la jurisprudencia interamericana debido a las órdenes vinculantes que en ella se plasman para un caso específico y del proceso de supervisión que adelanta la Corte Interamericana de Derechos Humanos[82].

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han construido normas que pretenden la protección de la vejez, tal como es el caso de Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores[83], del año 2015. Esta norma permite reconocer la necesidad de crear en las instituciones interamericanas un régimen de libertad individual y de justicia social, que se funde en el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Es por eso que la Convención pretende abordar el asunto de la vejez desde una perspectiva de Derechos Humanos, reconociendo los valiosos aportes de las personas mayores al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad, al desarrollo humano, social y económico, sin perder de vista que "a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, in-

---

80 Acosta Alvarado, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. En *Diálogo entre cortes*. Universidad Externado de Colombia. Eds. Luis Arcaro Conci & Luca Mezzeti. Bogotá. 2016, p. 241.

81 Cfr. *Ibíd*. p. 242.

82 Cfr. *Ibíd*. p. 243.

83 Asamblea General de la oea. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Cuadragésimo Quinto Periodo Ordinario de Sesiones. 15 de junio de 2015.

dependiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades"[84].

Esta norma, en el artículo 2 plasma las definiciones de conceptos, entre las que resaltan dos elementos. Por un lado, la definición de discriminación que se entiende como "Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada". Como puede verse, la definición busca eliminar los componentes hermenéuticos subjetivos aplicables al momento de determinar la ocurrencia de las discriminaciones, y esta cláusula puede darse por la edad, así:

> Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

Además, la Convención define el envejecimiento activo y saludable, entendiendo que se trata del "Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población".

Debido a este parámetro interpretativo, la Convención establece en su artículo 3 los principios aplicables, que se fundamentan en la dignidad humana, el valor de la participación de la persona mayor, su inclusión plena y efectiva en la sociedad, la autorrealización, el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos, el respeto y valorización de la diversidad cultural y el establecimiento de la responsabilidad del Estado, la familia y la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, entre otros.

---

84 *Ibíd*. Preámbulo.

El Capítulo IV establece los derechos protegidos por la Convención, de entre los cuales adquiere especial relevancia el artículo 7, sobre el derecho a la independencia y a la autonomía:

> Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.
>
> Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán:
>
> a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.
>
> b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.
>
> c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

Adicionalmente, el artículo 8 plasma el derecho a la participación e integración comunitaria:

> La persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas.
>
> Los Estados Parte adoptarán medidas para que la persona mayor tenga la oportunidad de participar activa y productivamente en la comunidad, y pueda desarrollar sus capacidades y potencialidades. A tal fin:
>
> a) Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos.

> b) Promoverán la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social.
>
> c) Asegurarán que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de la persona mayor y tengan en cuenta sus necesidades.

Estas normas en conjunto establecen una proscripción de las medidas de tipo paternalista frente a las personas mayores, ya que su contenido esencial radica en la garantía de la decisión propia, de la autonomía y de la participación e integración comunitaria. Por lo tanto, las medidas paternalistas, al tenor de esta normativa devienen en discriminatorias y, por ende, proscritas.

Sin embargo, al respecto surge una cuestión problemática: se trata de una norma que entró en vigor en el año 2017, pero no ha sido firmada ni ratificada por el Estado colombiano, por lo que el panorama para el operador judicial no es claro. Al respecto vale recordar 2 elementos: la conveniencia del diálogo judicial y el control de convencionalidad.

Sobre el primer elemento, es necesario recordar que, debido a la existencia de un propósito unificado y un lenguaje común, el operador judicial puede acudir indirectamente a los conceptos del Derecho internacional para garantizar los Derechos Humanos de las personas (en este caso las personas mayores), sin que esto represente una vulneración a la seguridad jurídica o a la soberanía misma. Todo lo contrario, esta manera de proceder favorece el logro de acuerdos, disensos leves y desacuerdos completos; sin embargo, puede reconocerse que en todos los casos se ha logrado un recíproco enriquecimiento de los argumentos, que a su vez permite avanzar en la consecución del ODS n.° 10.

Por otro lado, el control de convencionalidad es una figura que surge a partir de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es el mecanismo que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno, mediante la verificación de la conformidad de las normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta figura tiene aplicación en el plano internacional y en el nacional[85].

---

85 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n.º 7: Control de convencionalidad, p. 4.

El efecto más importante que tiene esta figura es que su aplicación acarrea una serie de consecuencias, como la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la Convención (bien sea por vía legislativa o jurisdiccional), cambios en la interpretación de las normas para hacer que sean armónicas con las obligaciones del Estado, el ajuste de las actuaciones de los órganos estatales para hacer que se ajusten a las obligaciones internacionales, la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a las obligaciones internacionales del Estado[86].

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca que la obligación de efectuar el control de convencionalidad no atiende a un modelo de control de convencionalidad específico e impuesto por la Convención Americana y recuerda, que la obligación de ejercer un control de convencionalidad compete a todos los órganos del Estado[87]. Por ende, la realización del control de convencionalidad por todos los poderes y órganos estatales puede concretarse mediante actuaciones *ex officio*[88].

Ahora bien, el control de convencionalidad debe hacerse a partir de las sentencias de la Corte Interamericana, por lo que es necesario realizar un juicioso trabajo investigativo para determinar que el tema que pretende regularse internamente sea compatible con la sentencia regional. En este contexto, debe decirse que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ha sido usada como criterio interpretativo determinante al momento de decidir el caso[89], en donde señaló que "Tales instrumentos internacionales reconocen un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es imprescindible para

---

86 *Ibíd*.

87 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.° 276.

88 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 285. Existen casos que señalan la obligación específica del poder judicial de realizar el control de convencionalidad. Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C Nº 154. También, Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C Nº 162, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 220 y Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.° 169.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C n.° 349. Par. 126 y 127.

el más alto desarrollo de la persona mayor en todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando en particular el derecho a la salud. Asimismo, las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación. Se desprende también un avance en los estándares internacionales en materia de derechos de las personas mayores, al entender y reconocer la vejez de manera digna y por ende el trato frente a ella. Así, resalta en la región diversas agendas de mayor inclusión del adulto mayor en las políticas públicas, a través programas de sensibilización y valorización del adulto mayor en la sociedad, la creación de planes nacionales para abordar el tema de la vejez de manera integral, así como también sus necesidades, la promulgación de leyes y la facilitación del acceso a sistemas de seguridad social"[90].

Por lo tanto, para el logro de la Agenda 2030, el control de convencionalidad que da aplicación a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores brinda importantes herramientas que permitan la erradicación de las desigualdades sobre las personas mayores.

CONCLUSIONES

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son directrices loables, que buscan minimizar y humanizar los efectos adversos que ha acarreado la globalización. Por esto, la Agenda 2030 hace un llamado al legislador, para que mediante su actividad se logren los objetivos previstos. Sin embargo, la propuesta no debe solo vincular al legislador, puesto que en los países latinoamericanos las cortes constitucionales han adquirido un protagonismo relevante, ya que sobre sus decisiones es que se está dando una respuesta efectiva a las necesidades ciudadanas insatisfechas.

Sobre el desarrollo de los derechos de las personas mayores, debe reconocerse la actuación del legislador, que ha creado normas dirigidas a la protección de esta población, pero esta normativa deviene en ineficaz, por lo

---

90 *Ibíd*.

que la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial sólida dirigida a hacer efectivos los mandatos legales, dotando de contenido el artículo 46 de la Constitución. Empero, cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no desarrolla en gran medida un diálogo con el Derecho internacional, siendo esta una posibilidad que se hace cada vez más necesaria.

La filosofía paternalista sobre protección de los derechos de las personas mayores ha generado efectos adversos en este grupo, toda vez que mediante prohibiciones que persiguen un fin aparentemente constitucional se terminan violentando las garantías esenciales de estas, tales como los derechos a la autonomía y a la participación efectiva. Se trata de derechos sin los cuales otras garantías constitucionales carecen de sentido, por lo que su protección debe ser ineludible. Así, los ordenamientos interno e internacional concuerdan en proscribir la filosofía paternalista prohibitiva; sin embargo, el método hermenéutico de la ponderación que establece la Corte Constitucional debe ser reemplazado, debido a que esta filosofía trasciende al Derecho y permite consolidar interpretaciones contrarias al fin mismo que busca garantizar el método de interpretación. Por ende, este no se muestra como un mecanismo adecuado para determinar los casos en que se vulneren los derechos de las personas mayores y se debe optar por un método hermenéutico basado en derechos humanos para lograr la consecución de la Agenda 2030.

REFERENCIAS

Acosta Alvarado, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015.

Acosta Alvarado, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. En *Diálogo entre cortes*. Universidad Externado de Colombia. Eds. Luis Arcaro Conci & Luca Mezzeti. Bogotá. 2016.

Asamblea General de la oea. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Cuadragésimo Quinto Periodo Ordinario de Sesiones. 15 de junio de 2015.

Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. *Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento*. Viena (Austria). 26 de julio a 6 de agosto de 1982.

Barrero-Barrero, David y Baquero-Valdés, Fabio. Objetivos de desarrollo sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad. En *Revista Científica General José María Córdova*. Vol. 18, n.° 29. Enero-marzo de 2020.

Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Amorrortu editores. 24ª reimpresión. Buenos Aires, 2015.

cepal. ods 10: Reducir la desigualdad en los países y entre ellos en América Latina y el Caribe. Foro de los países de América Latina y el Caribe sobre el desarrollo sostenible. Santiago. 2019. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/static/files/ods10_c1900797_web.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de convencionalidad.

García Roca, Javier. El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. En Teoría y Realidad constitucional. uned. Número 30, 2012. Madrid, p. 189 Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2012-30-3135&dsID=Documento.pdf

González de Cancino, Emilssen. *Manual de derecho romano*. Universidad Externado de Colombia. Sexta edición. Bogotá. 2007.

Organización de Naciones Unidas. *Declaración del Milenio*. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones. 13 de septiembre de 2000. Nueva York.

Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 70/1: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Septuagésimo periodo de sesiones. Nueva York. 25 de septiembre de 2015.

pnud. Informe Objetivos de Desarrollo del Milenio. 2015. Disponible en: https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/odm/undp-co-odsinformedoc-2015.pdf

Rodríguez Becerra, Manuel. *Gobernanza y gerencia del desarrollo sostenible*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2018.

Sandel, Michael. Justicia ¿hacemos lo que debemos? *Debate*. Trad. Juan Pedro Campos Gómez. Segunda edición. Barcelona. 2014.

Smale, Alison. Qué implican los ods. En *Crónica onu*. Disponible en: https://www.un.org/es/chronicle/article/que-implican-los-ods

Sustainable Development Goals Fund. *De los odm a los ods*. Disponible en: https://www.sdgfund.org/es/de-los-odm-los-ods

Vélez Cruz, María Paula. *La Construcción de la Sociedad Civil: el empoderamiento del ser humano*. Universidad Carlos iii de Madrid. Madrid, 2018.

Villareal Martínez, Mónica. La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Población Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (celade) – División de Población de la cepal / Fondo de Población de las Naciones Unidas (unfpa). Santiago de Chile. 2005.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 276.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.º 285.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C n.º 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C n.º 162 y Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C n.º 169.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, cidh. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C n.° 349.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309/1997. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-292/2008. M. P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. C-639/2010. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. C-830/2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-503/2014. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-177/2016. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/2017. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-518/1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T -116/1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-098/1994. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-301/1994. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-066/1995. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-351/1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-738/1998. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-801/1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-099/1999. M.P. Alejandro Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-481/2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-518/2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-042A/2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-695/2000. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-360/2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-443/2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-1283/2001. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1316/2001. M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-149/2002. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-463/2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-301/2004. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-1185/2004. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-1221/2004. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-577/2005. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-1326/2005. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-692/2006. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-372/2008. M. P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-489/2009. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-678/2010. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-431/2011. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-458/2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-388/2012. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-067/2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-202/2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-413/2013. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-494/2013. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-159/2014. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-047/2015. M. P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-708/2015. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-747/2015. M. P.: Myriam Ávila Roldán.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-525/2015. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-042/2016. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-613/2016. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-002A/2017. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-076/2017. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-252/2017. M. P.: T-252/2017. M. P.: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-320/2017. M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-339/2017. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-462/2017. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-598/2017. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-683/2017. M. P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-015/2019. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

TERCERA PARTE
MODELO ECONÓMICO, SISTEMA FINANCIERO Y DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL: ENTRE LA EFICIENCIA Y EL INTERÉS GENERAL

CAPÍTULO IX

Inversión extranjera y Derecho de la inversión extranjera en América Latina: retroceso económico y jurídico

Foreing investment and foreign investment law in Latin America: A juridical and economical setback

FEDERICO SUÁREZ RICAURTE*
PABLO ARTURO DURÁN BONILLA**

RESUMEN

Tradicionalmente, la concepción económica neoliberal y los organismos económicos internacionales han catalogado a la inversión extranjera y a los flujos de capital foráneo como promotores del desarrollo y del crecimiento económico de los países del Sur Global. Sin embargo, tras varios años de implementación de estas políticas, los indicadores económicos y sociales de los países receptores de la inversión han desmejorado de manera progresiva, mientras que las ganancias de los inversores extranjeros y de las empresas multinacionales han aumentado exponencialmente.

En ese contexto, el régimen de arbitraje de inversiones se ha convertido en el principal mecanismo de protección jurídica a la inversión extranjera. Examinando la evidencia empírica que dicho régimen ha producido tras muchos años de aplicación, particularmente en el Sur Global, se puede colegir con claridad que sus resultados están absolutamente en favor de países exportadores de capital, de grandes transnacionales e individuos altamente adinerados.

PALABRAS CLAVE

Soberanía; Inversión extranjera; Derecho internacional de las inversiones; Estudios empíricos.

ABSTRACT

Traditionally, the neoliberal economic conception and international economic organizations have classified foreign investment and foreign capital flows as promoters of development and economic growth in the countries of the Global South. However, after several years of implementation of these poli-

---

* Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Docente Investigador de la misma institución; Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia; Máster en Derecho Internacional Comercial con Derecho Internacional en la Universidad de Kent, Inglaterra; Investigador visitante en el Instituto de Derecho Transnacional del King's College de Londres e Investigador visitante del Nathanson Centre de Osgoode Hall Law School de York University en Toronto.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, miembro de la línea de investigación "Análisis crítico sobre el Modelo de Arbitraje Inversionista-Estado en América Latina".

cies, the economic and social indicators of the investment recipient countries have progressively deteriorated, while the earnings of foreign investors and multinational companies have increased exponentially.

In this context, the investment arbitration regime has become the main legal protection mechanism for foreign investment. Examining the empirical evidence that this regime has produced after many years of application, particularly in the Global South, it can be clearly deduced that its results are absolutely in favor of capital exporting countries, large transnational corporations and highly wealthy individuals.

KEYWORDS

Sovereignty; Foreign investment; International investment law; Empirical studies.

INTRODUCCIÓN

Uno de los presupuestos esenciales de la globalización económica es la promoción de la Inversión Extranjera Directa (IED) para lograr el progreso y el desarrollo económico. En el presente artículo se pretende poner de presente dos tipos de problemas en relación con la manera en que ha operado la inversión extranjera en América Latina y en Colombia en dos ámbitos diferentes: en la economía y en el Derecho. Los problemas derivados del arbitraje de inversión y las dificultades macroeconómicas que implican el arribo de la inversión extranjera en los flujos internacionales del país y en la generación de riqueza serán analizados en el presente texto.

El texto se dividirá en tres partes. Se hará una explicación acerca de los mitos y las realidades que rodean la concepción económica de la IED, la cual tendrá un apartado específico acerca de la economía colombiana. En segundo lugar, se explicarán las principales cláusulas contenidas en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)[1], para indicar la manera en que están concebidas principalmente para proteger al inversionista extranjero. En la tercera parte se realizará una síntesis acerca de los resultados que ha producido el Derecho internacional de las inversiones, desde la perspectiva

1 Categoría que comprende los siguientes instrumentos: capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

de los laudos arbitrales, para lo cual se comentarán cinco estudios empíricos sobre el sentido de tales decisiones arbitrales, así como de los datos que allí se reflejan.

En cuanto al método adoptado para desarrollar este documento, se acudirá a la escuela de Derecho y Política Económica[2]. A juicio de dicha escuela un sector importante de la producción académica, que denominan la Síntesis del Siglo Veintiuno, ha centrado su interés investigativo en la eficiencia económica, en áreas que son afines al mercado, tales como contratos, propiedad intelectual, derecho de la competencia, derecho corporativo y propiedad, entre otros. También se ha desarrollado en el Derecho constitucional una corriente que busca conferirle un trato preferencial a los individuos con relación al Estado. El problema radica en que este ámbito de la investigación jurídica ha excluido los factores que profundizan la desigualdad estructural y que se refieren al poder económico. "En total, la Síntesis ha silenciado los problemas de distribución y poder en todo el derecho público y privado. Como resultado, la economía ha retrocedido como un sujeto en campos ahora reconstituidos como fundamentalmente políticos, y la política ha retrocedido como un sujeto en campos reconstituidos como fundamentalmente económicos"[3].

El método propuesto por la corriente de Derecho y Política Económica pretende investigar la relación entre política y economía, entendiendo que la economía es actualmente política, tanto en sus orígenes como en las conse-

---

2 Un movimiento reciente de la Facultad de Derecho de Yale puso en funcionamiento un blog denominado, *Law and Political Economy,* <https://lpeblog.org/about/> que tiene la siguiente presentación:
"Our blog begins from the observation that democratic political processes have lost control over fundamental decisions about how resources are allocated in our society. Legal doctrines enable champions of capital to subordinate democracy to "the free market." We seek to develop a response by mapping how legal rules concentrate economic and political power amongst dominant social groups, and simultaneously build and expand modes of legal thinking which embed the economy in social life."
De igual manera hicieron un manifiesto <https://lpeblog.org/2017/11/06/law-and-political-economy-toward-a-manifesto/> del cual se extrae el siguiente párrafo: "The approach we call law and political economy is rooted in a commitment to a more egalitarian and democratic society. Scholars working in this vein are seeking to reconnect political conversations about the economic order with questions of dignity, belonging, or "recognition" and to challenge versions of "freedom" or "rights" that ignore or downplay social and economic power."

3 Jedediah Britton-Purdy, David Singh Grewal, Amy Kapczinsky and K. Sabeel Rahman, *Building a Law-and-Political-Ecoomy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis*, (The Yale Law Journal. 2020) 1791.

cuencias que esta produce. En consecuencia, esta corriente de pensamiento jurídico se basa en el realismo jurídico, que a finales del siglo XIX y principios del XX en sus discusiones con el pensamiento del *laissez-faire*, explicaba como el derecho definía los derechos, poderes y mecanismos de cumplimiento que constituían las transacciones económicas, y en términos generales, el orden económico. Las leyes son producto de un orden político, haciendo del Derecho el tejido esencial que conecta la política y el orden económico[4].

De tal manera que la presente investigación pretende cuestionar aspectos económicos, políticos y jurídicos predominantes sobre la forma específica en que el Derecho internacional de la inversión extranjera ha operado, procurando estudiar resultados más concretos en América Latina y en Colombia que permitan identificar un camino de análisis y de política internacional diferente a la que se ha aplicado en las últimas décadas.

I. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: MITOS Y REALIDADES

La mayor parte de los países de América Latina compartían unas características económicas comunes al finalizar la década de los ochenta. La ausencia de aparatos productivos nacionales consolidados, los reducidos procesos de inversión, la precaria industrialización y los bajos niveles de ahorro nacional eran denominadores comunes en la región[5]. Ante tal conjunto de factores económicos negativos, la ortodoxia del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional (FMI) propuso como fórmula "ineludible" para el crecimiento y desarrollo de las economías latinoamericanas: la IED y las inyecciones de capital foráneo.

Las raíces actuales del concepto económico prevaleciente de inversión extranjera están en la concepción neoliberal de la economía[6]. Tras los go-

---

4 Ibíd. 1792

5 ESTAY REYNO, J. *América Latina en la década de los ochenta*, Ensayos de Economía, Volumen 2, Número 4, Medellín, 1991, p.12.

6 ""*Neoliberalism" refers to the revival of the doctrines of classical economic liberalism, also called laissez-faire, in politics, ideas, and law. These revived doctrines have taken new form in new settings: the "neo-" means not just that they are back, but that they are also different, a new generation of arguments. What unites the two periods of economic liberalism is their political effect: the assertion and defense of particular market imperatives and unequal economic power against political intervention. Neoliberalism's advance over the past few decades has reshaped most important domains of public and private life, and the law has been no exception. From constitutional doctrine to financial regulation to*

biernos de Pinochet, Thatcher y Reagan, un evento importante que impulsó el neoliberalismo en Latinoamérica fue el Consenso de Washington de 1989. Con el apalancamiento de Estados Unidos, el Banco Mundial y el FMI fueron establecidos los siguientes criterios económicos y políticos: i) libre comercio de bienes industriales y agrícolas; ii) libre movimiento de capitales, que representa un nuevo conjunto de privilegios para el flujo entrante de inversión extranjera; iii) desregulación del sector financiero; iv) privatización de servicios públicos, bienes públicos y compañías públicas; v) independencia de los bancos frente al Estado, entre otros[7].

En un artículo que estudió más de 8.500 páginas de documentos desclasificados de los archivos del FMI y el exsecretario del Tesoro de Estados Unidos, James Baker, complementado con 10 entrevistas de funcionarios del FMI, Kentikelenis y Babb concluyeron que la globalización neoliberal estaba definida por Estados Unidos. Una institución internacional importante para lograrlo fue el FMI, que se transformó institucionalmente en la década de 1980. El propósito inicial del FMI era proporcionar asistencia para la estabilización de la moneda. Sin embargo, al promover programas de ajuste estructural en los países en desarrollo, el FMI extendió el libre mercado en todo el mundo y modificó las políticas internas de los Estados[8].

Como muestra de esa transformación, Kentikelenis y Babb dieron el siguiente ejemplo, que también indica el contenido preciso de las políticas neoliberales en ese período. Después de que se lanzó el Plan Baker en 1985, el FMI ofreció préstamos para países en desarrollo en el marco del Mecanismo de Ajuste Estructural (SAF). En ese año, Charles Dallara preparó un formato para los departamentos del FMI y la Junta Ejecutiva para operar ampliamente estos préstamos. La propuesta de los Estados Unidos establece que los países de bajos ingresos tendrían que trabajar con el FMI y el Banco Mundial para desarrollar "un marco de política integral... que sea lo suficientemente amplio como para abarcar recomendaciones en áreas tales como la posición de la

---

intellectual property and family law, market and marketmimicking approaches are now commonplace in our jurisprudence." David Singh Grewal & Jedediah Purdy, Introduction: Law and Neoliberalism. (Law & Contemporary Problems, 2014) 1.

7 Chang, H. Bad Samaritans*: the myth of free trade and the secret history of capitalism* (First U.S. edn, Bloomsbury Press 2008) and Harvey, D. *A Brief History of Neoliberalism*, OUP, 2007.

8 Kentikelenis, A. and S. Babb. 2019. "The Making of Neoliberal Globalization: Norm Substitution and the Politics of Clandestine Institutional Change." American Journal of Sociology. 124(6): 1720–1762. 1723

cuenta corriente; la política fiscal; precios relativos; expansión de dinero y crédito; reforma del tipo de cambio; liberalización del comercio, inversión extranjera directa y restricciones cambiarias; privatización de organizaciones paraestatales; desregulación de los mercados internos; políticas sectoriales; programas de inversión; políticas tributarias; controles de gastos; reformas del mercado financiero; reformas del mercado laboral; y otras áreas, según corresponda (FMI, 1986c)"[9].

En términos generales, la IED se define como la inversión de capital que realiza una persona natural o jurídica en un país extranjero[10]. Esta entrada de capitales puede hacerse a través de la creación de nuevas plantas productivas o con la participación en empresas ya consolidadas para conformar una filial de la compañía inversora[11].

Una diferencia doctrinaria, legal y económicamente relevante para considerar en esta definición de inversión extranjera se presenta entre la IED y la inversión de portafolio. La inversión de portafolio hace alusión a los flujos de dinero transnacionales cuyo objetivo es adquirir acciones u otros instrumentos financieros en un país diferente. Dichos flujos son de fácil intercambio y negociación, no generan control o administración de la compañía y pueden ser de corto plazo[12]. Este tipo de inversión no está cobijada por la protección diplomática, y dependiendo de lo que lo definan los Estados parte, tal noción de inversión puede estar incluida o no dentro del objeto del tratado, y mayoritariamente se considera que, dada su estrecha relación con los riesgos comerciales, no está protegida por el sistema de arbitraje de inversión[13].

Los economistas del FMI Loungani y Razin sostienen que son múltiples las ventajas que se desprenden de la IED y que benefician a los países en desarrollo receptores de la inversión. Transferencia de tecnología, incremento de los ingresos tributarios, transmisión de un "saber hacer" gerencial, generación de empleo y desarrollo de capital humano son solo algunas de las bondades que se les atribuyen a estos flujos de capital foráneo[14].

---

9 Ibíd. 1742

10 GARAY, A. *Diccionario crítico de empresas trasnacionales*. Disponible en: http://omal.info/spip.php?article4822

11 *Ibídem*

12 M. SORNARAJAH. *The International Law on Foreign Investment*, CUP, 2010, p. 7.

13 *Ibíd.*

14 LOUNGANI, P. y RAZIN, A. *¿Qué beneficios aporta la inversión extranjera directa?*, Finanzas y Desarrollo – Revista del FMI, Volumen 38, n.°2, junio de 2001, p. 7.

Aunado a lo anterior, algunos expertos del Banco Mundial, entre ellos Weigel, Gregory y Wagle[15] establecieron como una premisa casi absoluta que los flujos de capital extranjero provenientes de las grandes empresas de los países del norte reemplazarían el ahorro nacional ausente en los países del sur, lo que a su vez generaría riqueza, que posteriormente se traduciría en bienestar social para los ciudadanos, mediante mecanismos de distribución.

Sin embargo, los planteamientos del Banco Mundial y del FMI han sido seriamente cuestionados por importantes expertos en temas económicos, principalmente los de la escuela heterodoxa[16], que han señalado que es escasa la evidencia empírica que demuestre que la IED genera riqueza para el país receptor de la inversión, lo anterior teniendo en cuenta que el capital solo va a donde puede salir[17] y que una vez culminado el proyecto de inversión el inversionista comienza a descapitalizar transfiriendo las utilidades generadas y el capital invertido a su país de origen[18].

Una de las cosas que, de acuerdo con Ha-Joon Chang "ellos no nos cuentan acerca del capitalismo", es que el "capital tiene nacionalidad". En términos de producción, la mayor cantidad de la producción de las grandes transnacionales de los países exportadores de capital permanece en sus países de origen. Entre las multinacionales de los Estados Unidos, menos de la tercera parte de los productos manufactureros se producen en el extranjero. En el caso de las grandes corporaciones japonesas, menos del 10% es producido por fuera de sus fronteras. En Europa, la mayor parte de la producción extranjera de las empresas europeas se encuentra dentro de la Unión Europea, dadas las características propias de dicha integración, sin que esto signifique que han perdido su arraigo nacional. La mayor cantidad de las transnacionales producen la mayoría de sus productos en sus países de origen, especialmente, concentran allí las fases de producción que tienen mayor relevancia, tales como decisiones estratégicas de la empresa, y lo relacionado con investigación y desarrollo[19].

---

15 WEIGEL, D. GREGORY, N. y WAGLE, D. *Inversión Extranjera Directa*, Experiencias de la CFI, Washington, 1997.

16 Hacen parte de esta corriente Rodrik, Stiglitz, Chang, entre otros.

17 CHANG, H. *¿Qué fue del buen samaritano? Naciones ricas, políticas pobres*, Barcelona, Intermon Oxfam, 2008, p. 93.

18 OGLIETTI GUILLERMO y NAVARRO FRANCISCO. "Análisis de la Inversión Extranjera Directa en América Latina 1990-2016", p. 2.

19 CHANG, HA-JOON, *"23 things they don´t tell you about capitalism"*. (Bloomsbury Press, 2011) 79.

Así mismo, se ha afirmado que la IED contribuye con el crecimiento y la generación de empleo en los países receptores de la inversión gracias a las inversiones en capital[20]. Sin embargo, Bresser-Pereira y Gala señalan: "Si bien los países de ingresos medios son pobres en capital, los déficits en cuenta corriente (ahorro externo), financiados ya sea por préstamos o por inversiones extranjeras directas, no aumentarán la tasa de acumulación de capital"[21].

Un estudio del Centro de Inversión Sostenible de la Universidad de Columbia demostró que las empresas multinacionales que operaron en países en vías de desarrollo entre los años 2002 y 2011 incrementaron exponencialmente sus ganancias. En el caso concreto de Latinoamérica, las utilidades de estas compañías crecieron de USD $20.000 millones en 2002 a USD $113.000 millones en 2011[22], lo que contrasta con los indicadores sociales de varios países de la región en los que la pobreza, el desempleo y la desigualdad han aumentado considerablemente en los últimos 30 años. Ocho de los diez países más desiguales del mundo son latinoamericanos[23], el índice de desempleo en la región ronda el 13%[24] y la pobreza alcanzó su nivel más alto desde 2008 llegando al 29,8%[25].

Estas cifras evidencian que los inversionistas extranjeros se encargan de repatriar una muy buena parte de las ganancias generadas por concepto de IED, lo que se traduce en grandes cantidades de dinero que "escapan" de Latinoamérica año tras año, generando ausencia de capital, un efecto adverso en la balanza de pagos y estancamiento del desarrollo económico[26].

---

20 *Ibídem.*

21 GALA, P. y BRESSER-PEREIRA, L.C. Why foreign savings fail to cause growth, *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 27, n° 1 (105), January-March/2007, p. 1.

22 PÉREZ LUDEÑA, M. *The rise of FDI income, and what it means for the balance of payments of developing countries*, Columbia FDI Perspectives, n°122, May 2014, p. 1.

23 Los 10 países más ricos del mundo... y los 10 más desiguales. *Revista Dinero*. Bogotá, 7 de marzo de 2018. Disponible en: https://www.dinero.com/economia/articulo/los-10-paises-mas-ricos-del-mundo-y-los-paises-mas-desiguales/259786

24 Informe de la OIT *"Panorama laboral en tiempos del Covid-19: Impactos en el mercado de trabajo y los ingresos"*. Disponible en: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_749659/lang--es/index.htm

25 Acorde con el informe de CEPAL *"El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por covid-19 (coronavirus)"* la pobreza alcanzaría en 2020 al 34.7% de la población latinoamericana, alrededor de 215 millones de personas. Disponible en: https://www.cepal.org/es/presentaciones/trabajo-tiempos-pandemia-desafios-frente-la-enfermedad-coronavirus-covid-19

26 OGLIETTI G. y NAVARRO F., *Op. cit.*, p.5.

Frente a este punto, resulta importante señalar que la entrada de IED no es una dádiva a la economía de determinado país, sino que termina constituyendo un pasivo que genera egresos de capital que influyen negativamente en la cuenta corriente del país receptor[27]. Es decir que las divisas que ingresan por concepto de inversión extranjera, eventualmente, se convertirán en fuga de capital que retornará hacia el país origen de la inversión.

Buena parte de la IED que ingresa a América Latina contribuirá a cargar el pasivo de la región, sin que ello necesariamente se traduzca en beneficios para el aparato productivo de las naciones. Gran parte de estas inversiones consisten en fusiones o adquisiciones que no contribuyen a ampliar la capacidad instalada ni transforman la matriz productiva de la región[28]. Es decir, no se estimula la producción de bienes para cubrir el consumo interno ni para generar exportaciones que se traduzcan en ingresos de divisas en la cuenta corriente nacional.

De acuerdo con el reporte de UNCTAD del año 2016, que analizó el comportamiento de la inversión extranjera en el mundo en los años 2014 y 2015, tiempo en el cual la IED subió casi un 40% y alcanzó USD$ 1,8 trillones, el "crecimiento en IED no se tradujo en una equivalente expansión en la actividad productiva en todos los países", de acuerdo a como lo indicó Ban-Ki Moon[29]. El sector que lideró el salto fueron las fusiones y adquisiciones transfronterizas, que en las naciones desarrolladas subió de USD $432 billones en 2014 a USD $721 billones en 2015. Incluso el denominado *greenfield investment* se quedó congelado en USD $766 billones en el año 2015[30]. Una porción importante de las fusiones y adquisiciones fue debido a la reconfiguración corporativa buscando tasas tributarias corporativas más reducidas. Por ejemplo, una gran cantidad de transferencias de domicilios que fueron

---

27 ¿El lado oscuro de la inversión extranjera?. *Revista Dinero*. Bogotá. 12 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.dinero.com/economia/articulo/deficit-en-cuenta-corriente-de-colombia-en-2019/267017

28 OLIVA PÉREZ, N., SERRANO MANCILLA, A. y OGLIETTI, G. *¡Sí hay alternativas en Ecuador! Propuestas de políticas Económicas Heterodoxas*, Unidad de Debates Económicos – Celag.org, 24 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.celag.org/politicas-economicas-heterodoxas-alternativas-ecuador/

29 United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, *World Investment Report 2016 Investor Nationality: Policy Challenges <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>* accessed on the 4 of August 2016.

30 *Ibíd.*, X.

realizadas en Estados Unidos y Europa se hicieron con el objetivo de cambiarse a una jurisdicción que ofreciera una reducción de las tasas corporativas[31].

Después de varios años de presenciar el comportamiento de la IED en América Latina, se ha observado que en varios países de la región los egresos por renta de IED son mayores que los ingresos por flujos de IED. Además, se ha constatado que la creación de empleo por IED es secundaria y depende fuertemente del sector en que se encuentre la inversión[32].

Chang también afirma que la mayor parte de la IED es por concepto de *brownfield investment*, inversión en campo café, que es la adquisición de firmas existentes por parte de inversionistas extranjeros, la cual es superior al *greenfield investment*, la cual implica que la empresa extranjera cree una nueva empresa en el país anfitrión. Desde 1990 la inversión en campo café ha sido más de la mitad del total de la IED, incluso alcanzando 80% en el 2001, año que fue la cúspide del *boom* de las fusiones y adquisiciones. Por supuesto que los nuevos inversionistas suelen mejorar las prácticas empresariales y transferir componentes tecnológicos, pero generalmente las nuevas inversiones son para utilizar la infraestructura ya existente. Una vez la empresa ha sido comprada por una firma extranjera, queda limitada en su desarrollo debido al denominado "prejuicio nacional", que le impondrá un techo en cuanto a su habilidad para avanzar en la estructura interna de la empresa[33].

La desmitificación de los efectos económicos de la IED ha sido explicada en mejores términos por el economista Guillermo Oglietti, quien ha concluido que existe un círculo vicioso en la situación financiera de los países en vías de desarrollo, consistente en que: "A medida que el monto de IED crece, aumenta así mismo la repatriación del excedente y el déficit en la cuenta de rentas de la inversión. De manera circular, los países receptores de IED pueden verse apremiados para atraer más inversiones externas que contribuyan a financiar sus incrementadas necesidades anuales, realimentando el proceso"[34].

---

31 *Ibíd.*, 4.

32 Bárcena, A. *Lecciones aprendidas de la IED en América Latina y el Caribe*, presentación CEPAL, La Habana, 29 de abril de 2015. p. 35. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/150428_25anos_de_ied_en_alc_ultimaversipdf

33 Chang, Ha-Joon, *"23 things they don´t telly you about capitalism"*. (Bloomsbury Press, 2011) 84.

34 Oglietti, G. *La relación de causalidad entre el crecimiento y la IED en Argentina. ¿Pan para hoy, hambre para mañana?*, El Trimestre económico. Vol. LXXIV (2) Núm. 294, abril-junio de 2007, Fondo de Cultura Académica, p. 373.

Este círculo vicioso de la IED, concluye el académico, no trae consigo ninguna ventaja aparente, pues el solo hecho de que la inversión ingrese a un país no implica que se vaya a hacer una inversión física en el territorio ni que se realicen transferencias tecnológicas a otras empresas del respectivo sector. Todo lo contrario, las multinacionales son reacias a difundir los elementos que les otorgan ventajas competitivas en el mercado doméstico.

Inclusive, en otros foros, se ha observado que la IED impacta negativamente el crecimiento económico. Esto se desprende de análisis econométricos efectuados sobre la relación de las variables IED y PIB en Argentina, México, China, Brasil y Corea del Sur, de los cuales se ha concluido que la IED es un actor marginal en el crecimiento económico de las naciones y, contrario a lo que se piensa tradicionalmente, es el crecimiento del PIB el factor que atrae la inversión extranjera mas no al contrario[35].

El paradigma de la IED como generadora de riqueza y bienestar social es bastante cuestionable, la responsabilidad social empresarial que debería existir por parte de los inversionistas al momento de desarrollar cualquier actividad económica se convierte en un criterio voluntario no vinculante que pocas veces se cumple; sin lugar a duda, la IED pareciera estar completamente separada de las metas de desarrollo, avance, crecimiento y mejoramiento social de los países receptores de la inversión.

1.1. EL CASO COLOMBIANO

En el caso colombiano, antes de la década de los noventa, los sectores petrolero y minero eran los principales receptores de la IED, pero con la Constitución Política de 1991 se implementó una política de promoción para la inversión extranjera, cuyo fin era abrir esa brecha a otros mercados y servicios[36]. Tal como lo afirman Garavito, Iregui y Ramírez, "durante los últimos años la IED en el país ha registrado una tendencia creciente, convirtiéndose en la principal fuente de financiación, y por lo tanto en un determinante importante, de la

---

35 Encinas-Ferrer, C. y Villegas-Zermeño, E. *"Foreign direct investment and gross domestic product growth"*. International Conference On Applied Economics, Kazán, 2-4 de julio de 2015.

36 Garavito, A.; Iregui, A.M. y Ramírez, M.T. *Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo*, Borradores de Economía, n.° 713, Bogotá, Banco de la República, 2012, p. 27.

cuenta corriente, de la cuenta de capital y de la oferta y demanda de divisas en el mercado cambiario"[37].

La política de los últimos gobiernos en Colombia ha sido la creación de un modelo estructural que convierte a la IED en una de las principales variables de crecimiento económico del país[38]. Durante los mandatos de Andrés Pastrana, Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos se incorporaron lineamientos expresos en los Planes Nacionales de Desarrollo para la atracción de IED; el gobierno de Iván Duque ha seguido un camino muy similar al de sus antecesores, otorgando grandes incentivos para los inversores foráneos como, por ejemplo, la exención de renta hasta por 10 años[39].

El documento Conpes 3684 del año 2010, en el que se plantearon una serie de recomendaciones que debía acoger el Estado para fortalecer el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en los AII, así como para prevenir y atender las controversias que surgieren con los inversionistas extranjeros en aplicación de dichos acuerdos, hace un sucinto recuento acerca de la inclusión de la política de promoción de la IED en los planes de desarrollo durante los mandatos de Pastrana (1998-2002) y Uribe (2002-2006; 2006-2010), para presentar el panorama actual del país en materia de inversión.

Es así como expone que El Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1998-2002 *"Cambio Para Construir la Paz"* propuso impulsar una reforma del artículo 58 constitucional, para eliminar la posibilidad de expropiación por razones de equidad sin indemnización. Este propósito, que buscaba facilitar la celebración de AII, fue alcanzado mediante el Acto legislativo 01 de 1999.

Posteriormente, en los Planes Nacionales de Desarrollo 2002-2006 *"Hacia un Estado Comunitario"*, y PND 2006-2010 *"Estado Comunitario: Desarrollo para Todos"*, se definió el apoyo a las negociaciones bilaterales y multilaterales para fomentar la inversión extranjera.

Así mismo, durante los dos mandatos de Juan Manuel Santos (2010-2014; 2014-2018) se preservó y profundizó la política de atracción de IED hacia el

---

37 *Ibíd*.

38 Informe SIA n.° 26. "Consecuencias ambientales de los tratados de libre comercio en Colombia", Cedetrabajo, 2017. Disponible en: https://cedetrabajo.org/blog/informe-10-consecuencias-ambientales-de-los-tratados-de-libre-comercio-en-colombia/

39 El Presidente Iván Duque anunció incentivos para inversión extranjera. *La República*. Bogotá, 30 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.larepublica.co/economia/el-presidente-ivan-duque-anuncio-incentivos-para-inversion-extranjera-2787822

territorio nacional. El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 *"Prosperidad para Todos"* adoptado mediante la Ley 1450 del año 2011, promocionó y fortaleció la inversión extranjera en sectores estratégicos de la economía nacional, como el de la infraestructura.

El Documento base del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", señaló: "es preciso aumentar los esfuerzos regionales para aprovechar las oportunidades provenientes de los mayores flujos de inversión extranjera directa (IED) hacia todo el país"[40], para, a continuación, resaltar el crecimiento de IED en diversos sectores. Así, por ejemplo, se determinó que los flujos de IED en Colombia, sin incluir los del sector petrolero, habían pasado de USD $ 3.350 millones en 2010 a USD $ 11.088 millones en 2013[41]. Se precisó, además, qué en el sector manufacturero, la IED había pasado de USD $ 210 millones en 2010 a USD $ 2.590 millones en 2013[42].

Respecto del sector minero-energético, el documento también exaltó su papel como motor del desarrollo del país, pasando de representar el 9.7% de participación en el PIB en 2006-2009, a participar en un 11,2% en el periodo 2010-2013, debido a un entorno de precios altos, que también había propiciado el aumento de IED, que pasó de ser de USD $4.961 millones en el año 2010, a ser de USD $8.281 millones en 2013. No obstante este panorama, el mismo documento previó que, ante el nuevo escenario internacional, "Se espera un menor flujo de recursos por concepto de inversión extranjera directa, tal como sucedió en el año 2014, en el cual éstos se redujeron en USD 1.800 millones, por cuenta de la menor inversión en hidrocarburos (USD $1.343 millones) debido a los menores precios del petróleo".

De igual forma, el documento base del PND 2014-2018 dejó claro que el Gobierno continuaría con la aplicación y celebración de AII[43], y, además, pondría en marcha una serie de incentivos tributarios y no tributarios para la atracción de megaproyectos de inversión extranjera en gran parte de los sectores de la economía nacional. Tal como se observa en la ilustración 1, la tendencia a lo largo de los últimos periodos ha sido la de estimular la atracción de capital extranjero hacia los sectores minero-energéticos y de

---

40 Documento "Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Versión para el Congreso".

41 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, p. 91.

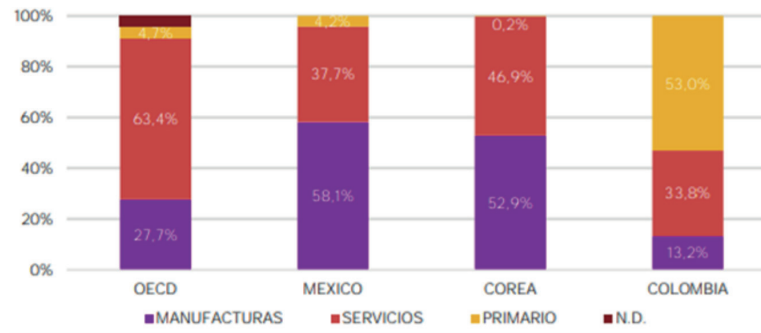
42 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, p. 92.

43 *"Se estudiará la conveniencia de contar con marcos jurídicos estrictos para permitir la realización de acuerdos entre gobiernos que incrementen la IED estratégica"* Documento base del PND 2014-2018.

prestación de servicios orientados hacia el consumo interno. Por el contrario, se observa una participación e interés menores de los inversionistas extranjeros en el sector de producción de bienes y manufacturas, el cual es el que mayor impacto tiene en cuanto a la generación de empleo, aumento de la productividad y exportaciones.

De acuerdo con un estudio económico comparado de Colombia, Perú, Chile, Corea del Sur y Singapur elaborado por un grupo de economistas de diferentes universidades, "el sector manufacturero es crucial en el desempeño económico de las economías nacionales, por cuenta de retornos crecientes a escala, dinamismo tecnológico, entre otros"[44]. Así mismo, el estudio establece que el sector industrial representa una pieza clave para la consecución del desarrollo económico.

ILUSTRACIÓN 1
FLUJOS DE IED RECIBIDAS POR SECTORES EN EL AÑO 2016



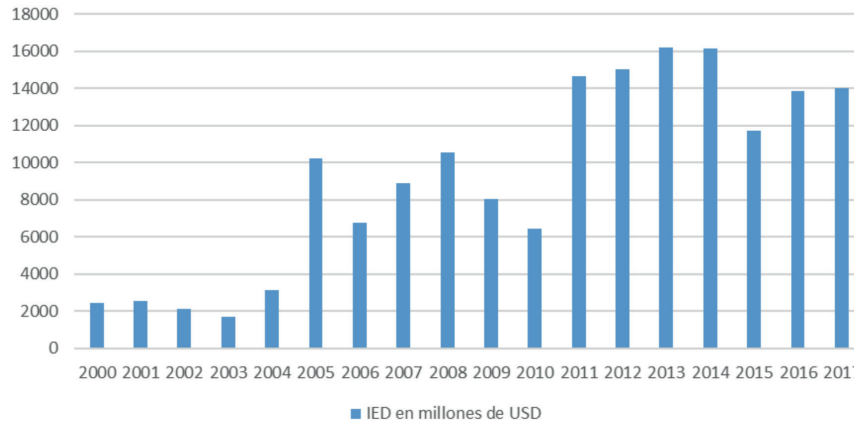
Fuente: elaboración del DNP, a partir de OCDE Stats, Banrep Balanza de pagos y Secretaría de Economía de México.

Estos lineamientos trazados en los planes nacionales de desarrollo demuestran cómo la atracción de los flujos de IED hacia el territorio nacional se ha convertido en una prioridad para los distintos gobiernos de turno. Cumplir con las metas de inversión fijadas por los organismos multilaterales es una de las tareas más importantes en la agenda nacional, a tal punto que, en ocasiones, se adoptan decisiones que ponen en peligro importantes bienes jurídicos constitucionales con tal de lograr esos objetivos.

---

44 MARTÍNEZ, M.; HOYOS, M.; CORTÉS, D., SÁNCHEZ, J. & CORONADO, J. "Estudio económico comparado de Colombia, Perú, Chile, Corea del Sur y Singapur", 2020.

ILUSTRACIÓN 2
IED EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2000-2017



Fuente: Elaboración propia con base en datos proporcionados por el Banco Mundial, criterio de búsqueda: "Colombia" "Inversión extranjera directa, entrada neta de capital (balanza de pagos, US$ a precios actuales)".

La IED proveniente de empresas transnacionales con destino a Colombia encuentra diversas motivaciones, dependiendo del sector económico en el cual se realice la inversión. Así, se ha entendido que en el sector de suministro de electricidad, gas y agua la principal motivación de los inversores es acceder al mercado local, teniendo en cuenta la reestructuración y privatización que tuvo este sector desde la Constitución de 1991[45].

En el sector de hidrocarburos y minero energético, el aliciente más importante para estimular la entrada de IED resulta ser el estado de los precios que las materias primas tengan en el mercado internacional, que mueve a la búsqueda y explotación de recursos naturales[46].

Ello es concordante con lo expuesto en los documentos base de los Planes Nacionales de Desarrollo, especialmente el del periodo 2014-2018 y coincide con el Informe Sobre Inversiones en el Mundo 2018 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, en donde se aclara que las inversiones en Colombia aumentaron un 5% hasta alcanzar los USD $14.500 millones, gracias a la recuperación de los precios del petróleo[47].

---

45 Garavito, Iregui y Ramírez, M.T. *Op. cit.*, p. 22.

46 Garavito, Iregui y Ramírez, *Op. cit.*, p. 34.

47 UNCTAD. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018: La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general.*

Es importante señalar que, como elemento permanente y definitivo en el resultado de la cuenta corriente en Colombia, la renta primaria, es decir, la renta de capital (IED, portafolio, deuda y derivados) ha sido negativa desde 1990[48].

Lo hasta aquí expuesto demuestra que se ha convertido en política de Estado el atar una importante parte de la economía del país a la atracción de IED; la esencia de esta política se fundamenta en garantizar a los inversionistas foráneos el máximo beneficio posible con el mínimo riesgo y una legislación acorde.

Ante este panorama, puede concluirse que, a pesar de que la IED haya sido tradicionalmente vista como un mecanismo de estímulo al desarrollo de los países receptores, hoy en día ese paradigma ha venido perdiendo fuerza, ante las evidentes desventajas que este fenómeno económico conlleva, sin que se encuentre fehacientemente demostrado que los supuestos beneficios que se le atribuyen a la IED, superen los altos costos que trae aparejados.

Por el contrario, es especialmente notorio que la IED genera graves perjuicios que no pueden equipararse con las ventajas que tradicionalmente se le atribuyen. En este campo, las actividades desplegadas por los inversionistas impactan negativamente el medioambiente, generan controversias y conflictos sociales, asumen una mínima carga tributaria y desgastan la institucionalidad del Estado, que, por su parte, destina cuantiosos recursos al ensamblaje de un equipo institucional dedicado a la atención los conflictos planteados por los inversionistas extranjeros ante los tribunales de arbitraje de inversiones.

Todas estas desventajas no se ven siquiera atenuadas con una significante y correlativa generación de empleo de calidad, ampliación de la capacidad productiva o transferencia de tecnología y *know how*. En este contexto, es relevante evocar la conclusión del profesor Vela Orbegozo, quien acertadamente observa que "No hay una relación directa entre inversión extranjera y desarrollo"[49], pues en muchos eventos, "las empresas inversoras llegan al país destino a adquirir empresas ya establecidas y luego de cambiar a los

---

48 Martínez, M.; Hoyos, M.; Cortés, D.; Sánchez, J. y Coronado, J., *Op. cit.*, p. 37.

49 Vela, B. *El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.231.

directivos, pasan a abrir una fuga de capitales hacia los países origen de la inversión"[50].

Ante esta perspectiva, es indudable que la política de inversiones que el Gobierno Nacional ha implementado desde hace décadas debe ser reorientada de modo que no sigan manteniéndose incentivos indiscriminados a la IED poco provechosos para la economía nacional.

2. PRINCIPALES CLÁUSULAS DEL SISTEMA DE ARBITRAJE DE INVERSIONES

Varias de las disposiciones contenidas en los AII forman parte de un sistema de abrumadora naturaleza pro-inversionista[51]. Generalmente, el preámbulo de los AII promueve la protección de la inversión extranjera y un "marco de referencia estable" generando "condiciones favorables para la inversión"[52]. Un concepto relevante que se define en estos tratados es "inversión". Inicialmente, el término estaba dirigido a proteger bienes tangibles, como materiales, maquinaria y propiedad física, pero en la actualidad el término ha sido ampliado para abarcar bienes intangibles de manera que cubra un amplio espectro como: "empresa de negocios, apropiación de acciones y bonos, derechos de contratación, derechos de propiedad intelectual, y toda clase de propiedad intelectual, tanto tangible como intangible"[53]. Dependiendo de la voluntad de los Estados parte, la inversión también puede cubrir inversión de portafolio, que otorga una protección aún mayor a países exportadores de capital y a sus actores transnacionales.

Al revisar varias de las cláusulas contenidas en los AII, podemos concluir que las mismas son bastante amplias y ambiguas, cercenan la capacidad regulatoria de los Estados y están dirigidas a beneficiar principalmente al inversor; analizaremos entonces algunas de las cláusulas más utilizadas en el arbitraje de inversión y su aplicación práctica en algunos casos que se han adelantado en el sistema.

---

50 *Ibídem.*

51 UNCTAD. *World investment report: Investment and new industrial policies*, 2018. UNCTAD. Disponible en: Geneva.https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf

52 DAVID SCHNEIDERMAN, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy´s Promise, CUP, 2008, p. 30.

53 *Ibídem.*

TRATO NACIONAL

Los inversionistas extranjeros son acreedores de un trato nacional, lo que se traduce en que el Estado receptor de la inversión debe garantizar que los inversionistas foráneos y sus inversiones sean tratados de manera no menos favorable que los inversores nacionales. La experiencia de varios países latinoamericanos ha demostrado que en virtud de la cláusula de trato nacional los inversionistas extranjeros terminan recibiendo un trato preferencial con respecto a los nacionales a través de incentivos fiscales, contratos de estabilidad jurídica, estructuras contractuales favorables al inversionista, entre otros.

Por otra parte, se ha observado una aplicación variable y errática de esta cláusula, tal como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-252 del 2019[54]. En este caso, la Corte decidió sobre la exequibilidad del TBI suscrito entre Colombia y Francia, y detuvo su atención en la cláusula referida al estándar de trato nacional. En el aparte pertinente, el tratado dispuso que cada Parte Contratante "aplicará en su territorio a los inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus inversiones y actividades relacionadas con sus inversiones, un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus inversionistas"[55].

La expresión "situaciones similares" incluida en la cláusula genera una ambigüedad en cuanto a su interpretación, pues no se sabe a ciencia cierta hasta qué punto llega el alcance de la "similitud". ¿Debe tratarse de dos inversiones que versan exactamente sobre los mismos bienes y servicios y se encuentran en relación directa de competencia? ¿O puede tratarse de inversiones en bienes y productos que no son similares ni compiten directamente, pero que se encuentran en el mismo sector económico?

Para ilustrar la ambigüedad de la interpretación que los tribunales arbitrales hacen de esta cláusula, la Corte puso de presente dos casos. En el primero, de Occidental vs Ecuador, un inversionista petrolero alegó que Ecuador había violado la cláusula de trato nacional al no reconocerle el reembolso del IVA, mientras que sí lo hizo con empresas de sectores exportadores de flores y minería. Por su parte, Ecuador alegó que la expresión "situaciones

---

54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 del 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido con salvamento y aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-252-19.htm

55 Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 216.

similares" solo hacía referencia a empresas del mismo sector de modo que la norma que reconocía el reembolso de IVA a las empresas exportadoras de flores y minería no debía extender sus beneficios a las petroleras como la demandante. Sin embargo, el Tribunal arbitral terminó acogiendo la tesis del demandante y concluyó que la expresión "situaciones similares" no puede ser interpretada "de manera estricta, dado que el propósito de esta cláusula es la protección de los inversionistas en comparación con los locales, lo cual no puede conseguirse abordando exclusivamente el sector en el que se realiza esa actividad en particular"[56].

En el segundo caso expuesto por la Corte, Methanex Corp vs Estados Unidos, la demandante, productora de metanol, alegó que Estados Unidos le estaba brindando trato discriminatorio frente a las empresas productoras de etanol a pesar de que se encontraban en situaciones similares, pues los productos estaban en relación de competencia. En este caso, el tribunal manifestó que "dado el objeto y la flexibilidad de [la cláusula de TN] y de la expresión circunstancias similares, sería perverso, de existir, ignorar los idénticos comparadores, y, en su lugar, utilizar comparadores menos probables". Lo anterior quiere decir que, esta vez, el tribunal de arbitraje no encontró que las empresas de metanol y etanol se encontrasen en situaciones similares y, por lo tanto, no podía predicarse trato discriminatorio de la demandante[57].

La Corte dedujo que en unos casos el CIADI analizaba la expresión "situaciones similares" utilizando un criterio más riguroso (Methanex) mientras que, en otros, utilizaba un criterio más flexible (Occidental) para establecer la similitud entre los inversionistas nacionales y los extranjeros. Ante estas inconsistencias en la interpretación que los tribunales del CIADI hacen sobre la cláusula de trato nacional, la Corte decidió advertir al Gobierno Nacional que era necesario promover la aclaración del tratado y fijar un alcance más preciso de esta cláusula, a fin de que fuera compatible con el principio de seguridad jurídica y se disminuyera el riesgo de que un tribunal arbitral interpretase el tratado en perjuicio de los intereses del Estado[58].

---

56 Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 230.
57 Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 231.
58 Sentencia, nota 152 *supra,* fundamento 246.

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El estándar de trato justo y equitativo en los AII aparece por primera vez en el tratado celebrado entre Túnez y Bélgica y Luxemburgo en el año 1964; en Estados Unidos empieza a aparecer en todos los AII celebrados desde 1977 y en el caso de Colombia lo encontramos en los TLC celebrados con Estados Unidos y Chile y en el TBI suscrito con España.

Múltiples tratados contienen la cláusula de trato justo y equitativo a favor de los inversionistas; varios tribunales arbitrales consideran que la predictibilidad y estabilidad del marco legal, la consistencia en la toma de decisiones por parte del Estado anfitrión, el principio de legalidad, la protección de seguridad o expectativas legítimas, el debido proceso y la prohibición de negación de justicia son elementos propios del estándar de trato justo y equitativo[59].

En la actualidad, esta cláusula es una de las más utilizadas como fundamento de derecho de las demandas presentadas por los inversores, precisamente por su flexibilidad, y ha generado cuantiosas pérdidas para aquellos Estados que han sido condenados con base en la violación de esta garantía. Esto sucedió con el caso Metalclad en el que México tuvo que pagar casi 17 millones de dólares y en el caso CMS, en el cual Argentina fue condenada al pago de USD $133 millones[60].

El trato justo y equitativo comporta una noción amplia y dinámica que suele ser utilizada por los tribunales para adaptarse a diferentes circunstancias y en esa medida es ampliamente riesgosa y llega a ser bastante intrusiva en la capacidad regulatoria de los Estados.

PROHIBICIÓN DE EXPROPIACIÓN, NACIONALIZACIÓN O ESTATIZACIÓN

Los Estados no pueden expropiar o nacionalizar, directa o indirectamente, ninguna inversión extranjera, y tampoco pueden adoptar una medida equivalente a la expropiación o nacionalización. La expropiación solo es legal

---

59 STEPHAN W. SCHIL, *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009, pp. 79-80.

60 MONTES DE OCA MILÁN, KATIA. "La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público", La Habana, 2011, p. 6.

cuando existe una compensación pronta, adecuada y efectiva pagada al valor justo de mercado, sin demora, y totalmente realizable y transferible[61].

La prohibición de expropiación no se refiere únicamente a la transferencia del título de dominio que posee el inversionista sobre la inversión y que pasa a ser propiedad del Estado sino también la expropiación indirecta, que es definida como "aquella en que el inversionista conserva el título legal de la propiedad pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado"[62].

Podría haber expropiación indirecta cuando por ejemplo la expectativa de ganancia es confiscada, podría equipararse a lo que en el Derecho administrativo nacional se conoce como el lucro cesante[63].

La regla general es entonces que no se encuentra permitida la expropiación directa e indirecta, así como tampoco la adopción de medidas semejantes a la expropiación, con una única excepción que es la "Fórmula Hull", la cual establece que puede haber expropiación siempre que esta no sea discriminatoria o arbitraria, respete el debido proceso y exista una pronta, adecuada y efectiva indemnización[64].

LA PROHIBICIÓN DE LOS REQUISITOS DE DESEMPEÑO

Los requisitos de desempeño hacen alusión a ciertas conductas que se les exigen a los inversionistas extranjeros para que sus actividades contribuyan al crecimiento y desarrollo económico del país receptor de la inversión[65]; estos tratados, por lo general, eliminan los requisitos de desempeño, es decir, prohíben expresamente que los inversionistas transfieran tecnología, paguen más impuestos o mejoren las condiciones laborales de los trabajadores que

---

61 David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy´s Promise, cup, 2008, p. 33.

62 Páez, Marisol. "La expropiación indirecta frente al ciadi: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado", *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 39, n.° 153, abril-junio, Universidad de Chile, 2006, p.4.

63 Expropiación indirecta en los tratados de inversión. *Asuntos Legales*. Bogotá, 7 de junio de 2017. Disponible en: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/santiago-wills-533211/expropiacion-indirecta-en-los-tratados-de-inversion-2518186

64 Woss, Herfried. "Indemnización", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la unam, p. 279.

65 Nikièma, Suzy H. "Performance Requirements in Investment Treaties", Best Practices Series, December 2014, p. 1.

contratan[66]. Estamos pues frente a una paradoja, teniendo en cuenta que los beneficios que teóricamente se le atribuyen a la IED son explícitamente prohibidos por los mismos acuerdos.

Podríamos resumir que la cláusula de prohibición de requisitos de desempeño representa una visión según la cual la IED no debe ligarse con las metas de desarrollo económico que los Estados se fijen.

Los principios y el contenido de los acuerdos, las cláusulas y la forma en que los árbitros han interpretado la ley socava el derecho del Estado a regular, lo cual es una característica relevante de su soberanía. Las prerrogativas del Estado de formular políticas en favor del interés público en el campo de los Derechos Humanos, el Derecho ambiental, el Derecho administrativo, el acceso a los servicios públicos o la soberanía económica, ya sea a nivel nacional o regional, se ven enfriadas por el marco legal de los acuerdos y las consecuencias económicas que pueden dañar los derechos sustantivos del inversor internacional, que podría desencadenar una demanda de miles de millones de dólares bajo el sistema de arbitraje inversionista-Estado (ISDS) reclamando una indemnización[67]. Por lo tanto, el sistema no solo está concebido para proteger la inversión extranjera, sino específicamente para aumentar su riqueza, ingresos y ganancias esperadas, preservando la naturaleza especulativa, rentista y ficticia del capital extranjero como lo han dicho Paddy Ireland[68], Guy Standing[69] y Greta Krippner[70], aspectos que subyacen a la esencia del régimen de protección a la inversión extranjera.

3. EVIDENCIA EMPÍRICA DEL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

En los últimos años, se han publicado varios estudios sobre los resultados del sistema de arbitraje inversionista-Estado. En este apartado, analizaremos cinco de ellos: en primer lugar, revisaremos el estudio de Thomas Schultz y

---

66 SCHREUER, CHRISTOPH. "Investments, International Protection", January 2011, p. 8.

67 TIENHAARA, KYLA. *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, CUP, 2009.

68 PADDY IRELAND, Financialization and Corporate Governance, *Northern Ireland Law Quarterly*, vol. 60, n.º 1, 2010, p. 5.

69 GUY STANDING, *The corruption of capitalism*. Biteback Publishing, 2016.

70 GRETA KRIPPNER. "The financialization of the American Society". *Socio-Economic Review*, n.º 3, 2005, pp. 174-175.

Cedric Dupont, quienes presentan una evidencia empírica cuantitativa sobre las decisiones de los tribunales arbitrales de inversión. A renglón seguido, analizaremos el estudio de los profesores Gus Van Harten y Pavel Malysheuski sobre el tamaño y la riqueza de los demandantes que han obtenido decisiones favorables en el sistema. En tercer lugar, estudiaremos el más reciente informe de Cecilia Olivet, Bettina Müller y Luciana Ghiotto sobre las cifras del arbitraje inversionista-Estado en América Latina. En cuarto lugar, nos centraremos en el estudio realizado por la línea de investigación *"Análisis crítico sobre el modelo de arbitraje inversionista-Estado en América Latina"* en donde se efectúa un análisis sobre las cifras de los países latinoamericanos en el sistema CIADI; y, por último, revisaremos algunos datos que refleja el informe final de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA).

3.1. ARBITRAJE DE INVERSIÓN: ¿PROMOVIENDO EL ESTADO DE DERECHO O EMPODERANDO A LOS INVERSIONISTAS? UN ESTUDIO EMPÍRICO CUANTITATIVO

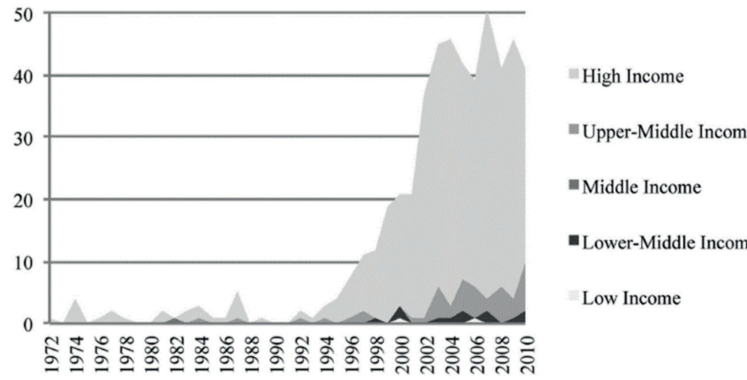
En términos de metodología, la investigación de Schultz y Dupont abarca 541 casos desde 1972 hasta mayo de 2011 (Ilustración 3)[71]. Después de la exclusión de varios casos, la investigación se centra en 298 reclamaciones. De este número de casos, "los inversionistas han ganado 87; los Estados receptores han ganado 102; y 109 han sido negociados"[72]. Un primer hallazgo importante del estudio fue que solamente en el 1% del total de casos analizados los Estados demandaban a los inversionistas, esto es denominado por los investigadores como "situaciones estadísticamente irrelevantes". De otro lado, la investigación también señala que los inversionistas de los Estados desarrollados son los que tienen mayor liderazgo en las demandas de

71 Número de reclamaciones de arbitraje de inversión presentadas por año acorde al nivel de ingresos del Estado de origen del inversor.

72 SCHULTZ, T. & DUPONT, C. *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or OverEmpowering Investors? A Quantitative Empirical Study* (2014) 25(4) *European Journal of International Law*, 1147-68.

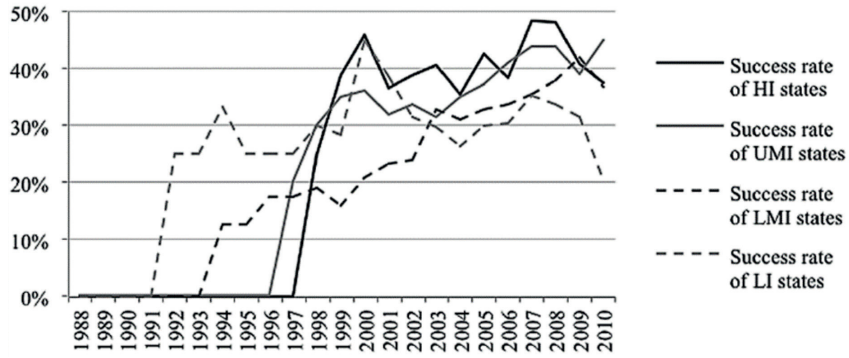
arbitraje de inversión: el 88% de los casos son promovidos por inversionistas de países de ingresos altos[73].

ILUSTRACIÓN 3



Fuente: Schultz, T. & Dupont, C. "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or OverEmpowering Investors? A Quantitative Empirical Study", European Journal of International Law, 2014. Disponible en: http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf

ILUSTRACIÓN 4

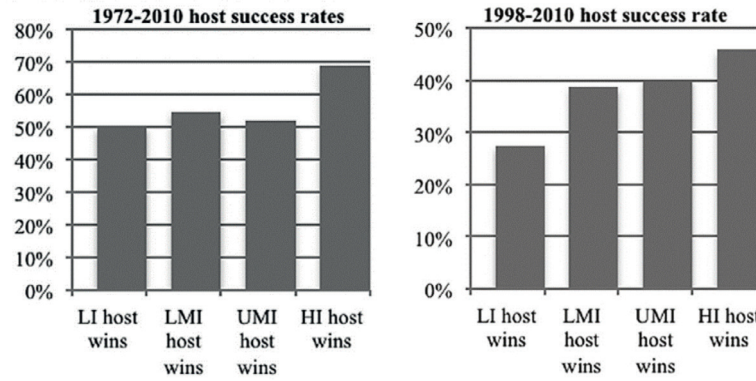


Fuente: Fuente: Schultz, T. & Dupont, C. "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or OverEmpowering Investors? A Quantitative Empirical Study", European Journal of International Law, 2014. Disponible en: http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf

73 *Ibídem.*

Aunque el sistema cambió a mediados y finales de la década de 1990 con casos promovidos en contra de los países desarrollados, esto no significa que las naciones en desarrollo se hayan "rebelado" contra los países desarrollados, porque los inversionistas de los "países pobres" nunca han presentado más del 3% de las reclamaciones de arbitraje contra los Estados desarrollados (Ilustración 4)[74]. El estudio también indica que los países más desarrollados tienen mayores oportunidades de éxito en las reclamaciones arbitrales frente a los Estados que tienen un menor nivel de desarrollo.

ILUSTRACIÓN 5



Fuente: Fuente: Schultz, T. & Dupont, C. "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or OverEmpowering Investors? A Quantitative Empirical Study", European Journal of International Law, 2014. Disponible en: http://www.ejil.org/pdfs/25/4/2551.pdf

El estudio indica que en el periodo comprendido entre los años 1972 y 2010, excluyendo los casos que se acordaron, los países de ingreso bajo fueron capaces de ganar el 50% de los casos "que fueron ganados por una de las partes", mientras que los países de ingresos altos tuvieron éxito en el 69% de tales casos (Ilustración 5)[75]. Sin embargo, la diferencia se vuelve más significativa entre los años 1998 y 2010, cuando las naciones de ingresos bajos ganaron el 27% de todos los casos que se resuelven, incluso los acordados,

---

74 Porcentaje de reclamaciones ganadas por los Estados receptores. Siglas de los niveles económicos de los Estados receptores: ingreso alto = HI, ingreso medio-alto = UMI, ingreso medio-bajo = LMI, ingreso más bajo = LI (promedio móvil de 10 años).

75 Porcentaje de reclamaciones ganadas por los Estados receptores, durante los períodos 1972-2010 y 1998-2010.

mientras que las naciones de ingresos altos triunfaron en el 46% de estos casos. En general, entre los años1998 y 2010, los países más ricos fueron casi "dos veces más poderosos que los países más pobres en lo que parece ser la encarnación actual del régimen de arbitraje de inversiones". Como consecuencia de esto, Schultz y Dupont sostienen que "cuando un sistema de solución de disputas favorece a las partes más fuertes hasta tal punto, el estado de derecho internacional se persigue de manera no plena"[76].

3.2. "¿QUIÉN SE HA BENEFICIADO FINANCIERAMENTE DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN? UNA EVALUACIÓN ACERCA EL TAMAÑO Y LA RIQUEZA DE LOS DEMANDANTES"

La segunda investigación empírica a la que se hace referencia en este artículo fue escrita por Van Harten y Malysheuski, la cual se centra en el aspecto financiero del sistema de arbitraje de inversiones, así como en el tamaño y la riqueza que detentan los demandantes que han ganado en el sistema. Excluyendo varios casos por diferentes circunstancias, Van Harten y Malysheuski analizaron 86 casos hasta el año 2014[77].

Un primer hallazgo importante de Van Harten y Malysheuski es que las corporaciones que reportan utilidades por más de USD $ 1 billón anual y las personas con más de USD $ 100 millones en riqueza han ganado el 94,5% de los casos en primera instancia de arbitraje de inversión. El otro 5,5% se ordenó a favor de corporaciones con ingresos anuales de menos de USD $1 billón, compañías desconocidas e individuos cuya riqueza parecía ser inferior a los USD $100 millones[78]. En este sentido, Van Harten y Malysheuski deter-

---

76 *Ibídem.*

77 VAN HARTEN, G. & MALYSHEUSKI, P. Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants, *Osgoode Legal Studies Research Paper* n.º 14 Vol. 12/ Issue. 3/, 2016.

78 La clasificación que hizo la investigación empírica sobre los actores del sistema de arbitraje es la siguiente:
Empresa extragrande: más de USD $ 10.000 millones en ingresos anuales; individuos súper ricos: más de USD $ 100 millones en riqueza neta; grandes empresas: más de USD $ 1.000 millones en ingresos anuales, menos de USD $ 10.000 millones; otros individuos: menos de USD $ 100 millones en riqueza neta. Incluye individuos confirmados y aparentemente no súper ricos; otras empresas: más de USD $ 100 millones en ingresos anuales, menos de USD $ 1.000 millones. Incluye empresas para las que se desconocen los ingresos anuales.

minaron que la tasa de ganancia en fase de méritos y en fase de jurisdicción de las compañías extragrandes fue del 70,8%, la de las corporaciones grandes fue del 44,7% y la de las personas más ricas fue del 36,4%[79].

En términos de los pagos financieros que los Estados demandados hicieron a compañías extragrandes, Van Harten y Malysheuski indican que el monto fue de USD $ 6.718 millones en 48 casos. El pago de los Estados a las personas súper ricas fue de USD $ 1072 millones en 22 casos, y de los Estados a las grandes empresas el monto fue de USD $780 millones en 38 casos. En total, los pagos de Estados a inversionistas extranjeros, el monto fue de USD $ 9164 millones en 214 casos[80].

Los grandes ganadores del sistema según Van Harten y Malysheuski son las compañías extragrandes con USD $6.526 millones y USD $136 millones por caso adjudicado, la industria del sistema de arbitraje de inversiones con USD $1.712 millones y USD $8 millones por caso adjudicado; y los individuos súper ricos con USD $984 millones y USD $45 millones por caso adjudicado. Por otro lado, los grandes perdedores en el sistema de arbitraje son los Estados demandados con pérdidas de USD $-10.020 millones y USD $-47 millones por caso adjudicado[81].

3.3. IMPACTOS DE LAS DEMANDAS DE ARBITRAJE DE INVERSORES CONTRA ESTADOS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

El informe de Olivet, Müller y Ghiotto señala que hasta noviembre de 2019 se habían presentado 282 demandas contra países latinoamericanos en el sistema de arbitraje inversionista-Estado, esta cifra equivale al 29% de las demandas conocidas a nivel mundial, convirtiendo a América Latina en la segunda región más demandada del mundo[82]. Así mismo, el informe indica que los inversores han salido victoriosos en el 69% de los casos resueltos, bien sea por haber obtenido un laudo favorable o por haberse beneficiado

---

79 Van Harten, G. & Malysheuski, P. *Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants*, *Osgoode Legal Studies Research Paper* n.º 14 Vol. 12/ Issue. 3/, 2016.

80 *Ibídem.*

81 *Ibídem.*

82 Olivet, C.; Müller, B. y Ghiotto, L. *Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*, Amsterdam, 2020.

de un acuerdo de partes y los gobiernos de la región han sido condenados a pagar a los inversores USD $31.170 millones. Con solo un tercio de ese monto se superaría la pobreza extrema en 16 países latinoamericanos[83].

Por otra parte, el informe establece que el 86% de las demandas fueron iniciadas por inversionistas estadounidenses, europeos y canadienses[84], lo que demuestra una clara tendencia del sistema en la que los inversores de los países más desarrollados constantemente demandan a los Estados latinoamericanos, mientras que los inversionistas de la región excepcionalmente demandan a las naciones más poderosas.

En lo que respecta a los árbitros que han dirimido las controversias contra países Latinoamericanos, el informe indica que existe un grupo muy reducido de árbitros que reiteradamente han sido seleccionados para integrar los tribunales *ad hoc*, de un total de 233 árbitros que han formado parte de los tribunales en los casos que se han adelantado contra países de la región, el 10% de los árbitros han sido escogidos en el 43% de los tribunales arbitrales, se identificó una tendencia dentro de los árbitros más seleccionados a tener un origen en el mundo comercial y un sesgo pro inversor[85].

3.4. ALGUNAS CIFRAS DE AMÉRICA LATINA EN EL CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) es una de las cinco organizaciones del grupo del Banco Mundial. Fue creado en 1965 con la Convención de Washington y se encuentran sometidos a su jurisdicción los Estados parte que hayan suscrito y ratificado el Convenio CIADI y que hayan otorgado consentimiento en alguno o algunos de los AII ratificados para que las controversias que eventualmente surjan con inversionistas foráneos sean puestas en conocimiento del centro arbitral.

Existen varias instituciones que administran sistemas de arbitraje inversionista-Estado; sin embargo, en este apartado nos referiremos al CIADI, decidimos centrar la atención en esta institución teniendo en cuenta que de la totalidad de AII vigentes en el mundo cerca del 90% incluyen una cláusula

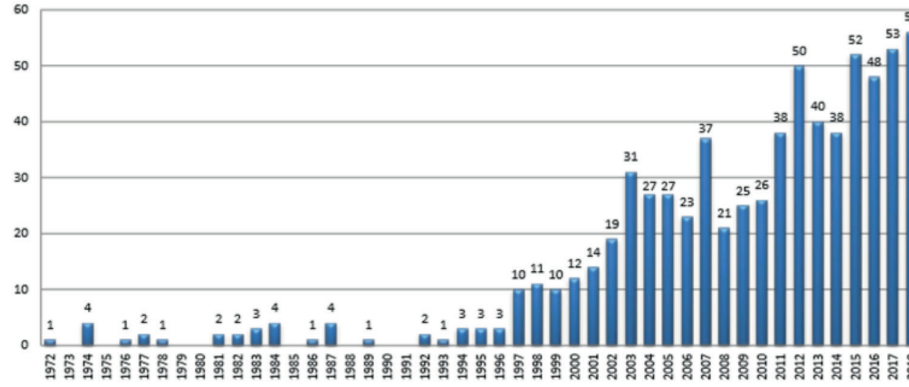
---

83 *Ibídem.*
84 *Ibídem.*
85 *Ibídem.*

de arbitraje CIADI[86] y que en el caso colombiano el CIADI tiene jurisdicción sobre 13 de las 14 controversias internacionales de inversión que enfrenta el país[87].

El número de casos registrados ante el CIADI ha incrementado significativamente durante los últimos años: las estadísticas del Centro reflejan que en el periodo comprendido entre 1972 y 1980 se presentaron tan solo 9 casos, posteriormente entre 1981 y 1990 esta cifra aumentó a 17 controversias, desde 1991 hasta 2005 se dio un crecimiento exponencial con 173 casos registrados y desde 2006 hasta 2018 se presentaron 507 casos ante sistema[88] (ver ilustración 6).

ILUSTRACIÓN 6
NÚMERO TOTAL DE CASOS CIADI REGISTRADOS
POR AÑO CALENDARIO



Fuente: CIADI. Disponible en: *https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202019-1%20%28English%29_rev.pdf*

Algunas cifras de los países latinoamericanos en el arbitraje inversionista-Estado ante el CIADI son elocuentes: hasta finales del año 2019 se registraban 231 casos contra países de la región; de estos, 163 habían concluido, mientras

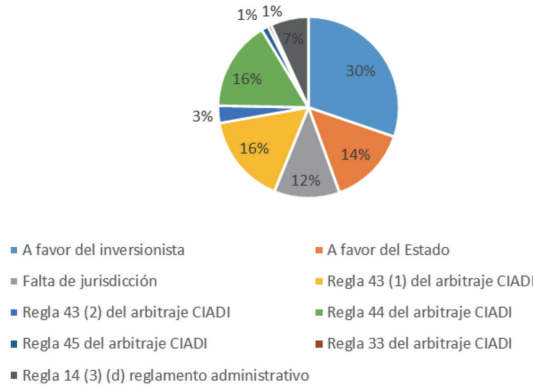
86 Informe sobre las inversiones en el mundo 2018, UNCTAD. Disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

87 Información obtenida en la página web del CIADI, criterio de búsqueda "nacionalidad del demandado". Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx

88 Carga de casos del CIADI – Estadísticas (edición 2019 – I). Disponible en: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(Spanish).pdf

68 estaban a la espera de ser resueltos. Frente a los casos concluidos, el 30% habían sido resueltos a favor de los inversionistas, el 56% de los procesos terminaron por acuerdos de conciliación o laudos consensuados entre las partes[89] y tan solo el 14% de los casos se decidieron a favor de los Estados[90] (ver ilustración 7).

ILUSTRACIÓN 7
LAUDOS PROFERIDOS POR LOS TRIBUNALES DEL CIADI
FRENTE A PAÍSES LATINOAMERICANOS



Fuente: Elaboración grupo de investigación "Análisis crítico sobre el Modelo de Arbitraje Inversionista-Estado en América Latina" en base a los datos proporcionados por el CIADI.

Las reglas 43 (1), 43 (2), 44 y 45 del arbitraje CIADI referidas a terminación de los procesos de común acuerdo, laudos consensuados y acuerdos de conciliación, representan el 56% de la totalidad de los casos[91], un porcentaje bastante elevado y en el que predominan las fórmulas de arreglo presentadas por los Estados a los inversionistas con el fin de evitar un detrimento patrimonial mayor ante una eventual condena, lo que en últimas puede considerarse como una pérdida para los Estados.

Si se suman los casos que terminaron de manera anticipada con fórmulas de arreglo y aquellos en que los Estados fueron condenados el porcentaje

89 Reglas 43(1), 43(2), 44 y 45 del Arbitraje CIADI.
90 Estadísticas compiladas por el grupo de investigación "Análisis crítico sobre el modelo de arbitraje inversionista-Estado en América Latina" con base en los datos proporcionados por el CIADI.
91 *Ibídem.*

asciende a un 86%[92], lo que, sin lugar a dudas, es fiel reflejo de un sistema que se inclina hacia el favorecimiento de los intereses privados de grandes multinacionales e individuos multimillonarios, en detrimento de los intereses soberanos de los Estados y de los derechos de millones de ciudadanos.

3.4.1. EJECUTORIEDAD DE LOS LAUDOS EN EL SISTEMA CIADI

Ante eventuales condenas que sufran los Estados en el sistema CIADI, se debe tener en cuenta que el pago de los montos establecidos en los laudos tiene fechas límite para su cumplimiento y el incumplimiento del laudo genera intereses adicionales.

Vale la pena resaltar que en el arbitraje de inversiones CIADI la ejecución de los laudos es directa y no es necesario seguir las reglas de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958, los artículos 53, 54 y 55 del Convenio CIADI constituyen *lex specialis* y, por lo tanto, aplican sin consideración a la Convención de Nueva York[93].

Conforme a lo anterior, resulta válido afirmar que cualquier tipo de control sobre el laudo por parte de los tribunales locales desaparece, así la decisión sea contraria a normas de orden público del Estado receptor de la inversión. Una vez el inversionista obtiene un laudo favorable contra un país, tiene un título ejecutivo directo y cumpliendo con las formalidades internacionales básicas puede exigir el pago y el Estado no podrá rehusarse a cumplir con la obligación.

Las facilidades de ejecución de los laudos en el sistema CIADI lo convierte en uno de los escenarios de arbitraje más atractivos para los inversionistas por encima de UNCITRAL, la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya o la Cámara de Comercio Internacional de París.

En el caso argentino, el gobierno ha defendido la tesis de que el sistema jurídico nacional exige que los laudos del CIADI hagan tránsito a un posterior control nacional. La supremacía jerárquica de la Constitución y cierta jurisprudencia nacional analógicamente invocada han servido como fundamento

---

92 *Ibídem.*

93 GALLARDO CIRO, R.A. El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.° 7, enero-diciembre, Bogotá, 2014, p. 172.

a las autoridades argentinas para declarar que solo efectuarán los pagos si así lo impone un tribunal nacional[94]. Sin embargo, estos argumentos han sido abiertamente rechazados por el CIADI, que considera que el carácter obligatorio y la ejecutoriedad del laudo son automáticas, como lo establece el Convenio CIADI y no están condicionadas a la aprobación de ninguna autoridad nacional del Estado receptor de la inversión.

Frente a este punto, resulta importante señalar que cualquier Estado que se abstenga de realizar un pago ordenado por un laudo automáticamente corre el riesgo de soportar una ejecución forzosa por medio de la cual sus bienes en el extranjero podrían llegar a ser embargados. Por ejemplo, en el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs Chile, un juzgado de primera instancia de la ciudad de Madrid ordenó el embargo de bienes del Estado chileno en España por más de tres millones de euros, dando aplicación al artículo 54.1 del Convenio CIADI[95] y esto ocurrió sin necesidad de presentación de un exequátur previo del laudo[96]. Así mismo, en el caso Crystallex International Corporation vs Venezuela un juez federal de Estados Unidos autorizó el embargo de la empresa Citgo, propiedad de la petrolera estatal venezolana PDVSA, para satisfacer las acreencias de los inversionistas. Ante el anuncio de la decisión el gobierno venezolano tuvo que desembolsar USD $425 millones en noviembre de 2018 para frenar el embargo y tendrá plazo hasta principios de 2021 para pagar los USD $725 millones restantes que ordena el laudo, o de lo contrario Crystallex podrá pagarse con los activos de Citgo[97].

---

94 FACH GÓMEZ, K. *Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 40, n.° 113, julio-diciembre, Medellín, 2010, p. 442.

95 La norma señala que todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme al Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

96 RUEDA GARCÍA, J.A. *Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral ciadi en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende C. República de chile): sin exequátur*, Cuadernos de Derecho Transnacional- CDT, Vol. 6, n.° 1, Universidad Carlos Tercero, 2014, p. 414.

97 PDVSA paga a minera para salvar a Citgo. *Portafolio*. Bogotá, 26 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.portafolio.co/internacional/pdvsa-paga-a-minera-para-salvar-a-citgo-523768

3.4.2. LA FINANCIACIÓN POR PARTE DE TERCEROS

El arbitraje de inversiones ante el CIADI se convirtió en un lucrativo negocio para las grandes firmas de financiamiento a nivel mundial, firmas como Burford Capital, Juridica Investment ltd., Omni Bridgeway, Fulbrook Management, entre otras, financian a distintos inversionistas para que estos puedan sufragar los costos de litigio al momento de demandar a los Estados. Se espera entonces que el tribunal arbitral dicte un laudo favorable al inversionista y que las ganancias potenciales del proceso se dividan entre la firma de financiamiento y el inversor, tal como lo afirmó John H Beisner, socio mayoritario de la firma de abogados estadounidense Skadden: "La teoría consiste en tomar el sistema jurídico y convertirlo en un mercado de valores"[98].

La financiación de demandas por parte de terceros podría definirse como la inversión que hace una firma de financiación en un pleito de un inversor extranjero contra un Estado con la expectativa de obtener una ganancia en caso de que se condene al Estado[99]. Por lo general, el financiador toma entre el 20% y 50% del pago ordenado en el laudo final[100].

Algunos estudios han demostrado que la financiación de demandas por parte de terceros aumenta el número de casos que se registran ante el CIADI, pues reduce el riesgo y los costos de presentar una demanda para los inversionistas[101].

El sistema CIADI carece por completo de regulación jurídica en torno a la financiación de terceros, no existe ninguna norma que se encargue de reglamentar este tema, tal como lo afirma Maya Steinitz: el crecimiento de la financiación de terceros se debe a la "ausencia de facto de toda regulación profesional que permite a financiadores y abogados operar al margen del alcance disciplinario de los colegios de abogados".

---

98 OLIVET, C. & EBERHARDT, P. *Cuando la injusticia es negocio*, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012.

99 *Ibídem.*

100 OECD. Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July 2012, p. 37.

101 CHEN, D. *Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims*. The RAND Journal of Economics, n°46, 2015, p. 23-65; véase también ABRAMS, D. & CHEN, D. A market for justice: A first empirical look at third party litigation funding. *University of Pennsylvania Journal on Business Law*, n.° 15, 2013, p. 1.078.

3.5. INFORME CAITISA

La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) fue creada por el Ecuador en octubre del 2013 con la finalidad de auditar 27 AII que tenía en vigencia el país, el sistema de arbitraje inversionista-Estado y sus 26 casos, y la relación existente entre los AII y el modelo de desarrollo país.

El informe estudió en primer lugar la relación existente entre la firma de AII por parte del Ecuador y la atracción de IED hacía el país; se encontró entonces que la suscripción de AII no fue un determinante en la atracción de IED. Para el año 2017, el principal flujo de IED hacia Ecuador provenía de países como Brasil, México y Panamá, naciones con las que Ecuador no tenía ningún AII vigente. Así mismo, señala el informe que el Ecuador es uno de los países latinoamericanos con más AII suscritos y sin embargo solo recibe el 0,79% de la IED que llega de diferentes países del mundo hacia América Latina[102].

Un segundo hallazgo encontrado fue que el contenido de los AII suscritos por el país contradecía y menoscababa los objetivos de desarrollo nacional consagrados en la Constitución del año 2008. Dicha Constitución ordena al Estado regular la IED para que la misma cumpla un papel positivo en el cumplimiento y materialización de los Planes Nacionales de Desarrollo. Sin embargo, los AII suscritos por el Ecuador contienen una serie de cláusulas que limitan la capacidad del gobierno para cumplir con los objetivos que la Constitución establece[103].

De otro lado, la Comisión analizó los costos y riesgos que implicaba para el Ecuador la suscripción de AII, y encontró que se habían presentado 26 demandas de inversionistas ante tribunales internacionales de inversión y que el AII generador del mayor número de controversias fue el firmado con Estados Unidos, el cual había sido invocado en 17 de 26 disputas[104].

Los inversionistas extranjeros salieron victoriosos en la mayoría de los arbitrajes adelantados contra el Ecuador: de los 18 casos que habían termi-

---

102 Informe Ejecutivo Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador –CAITISA– p.64.

103 *Ibídem*., p. 21.

104 *Ibídem*., p. 30.

nado a la fecha de presentación del informe, el 67% fueron resueltos a favor de los inversores. Las pretensiones de los inversionistas en sus demandas alcanzaban la suma de USD $ 21.200 millones, de los cuales el Estado ya había efectuado el pago de USD $ 1.498 millones a multinacionales como Chevron, Duke Energy y Oxy, cifra que equivalía a la fecha al 31% del presupuesto de educación y al 62% del presupuesto de salud[105].

CONCLUSIONES

El paradigma de la IED como dinamizador del crecimiento económico de los países pobres y en vías de desarrollo ha sido puesto en tela de juicio por la realidad económica de los países latinoamericanos. Tras varios años de aplicación de medidas que promueven la IED por parte de distintos gobiernos de la región, no se han evidenciado el desarrollo ni el progreso económico que a inicios de la década de los noventa prometieron los organismos económicos internacionales y las grandes potencias. Por el contrario, en los Estados latinoamericanos se ha profundizado la desindustrialización, la ruina de los aparatos productivos nacionales, los déficits de balanza comercial y cuenta corriente, y el deterioro de los indicadores sociales.

Las grandes cifras de repatriación de capitales por parte de los inversores extranjeros, que se asemejan a "dólar-ductos" en los que el capital invertido se multiplica y retorna al país de origen, son clara muestra de quiénes son los verdaderos beneficiarios de la política de promoción excesiva a la IED, con el agravante de que las economías de la región se han vuelto altamente dependientes del capital foráneo y han descuidado la industrialización, el fortalecimiento del sector agropecuario, el desarrollo de la ciencia y la tecnología, la consolidación del mercado interno y otras importantes variables económicas que resultan indispensables para convertirse en naciones que brinden bienestar y progreso económico y social a sus ciudadanos.

Por otra parte, los AII, que constituyen herramientas jurídicas para la protección de la IED, contienen cláusulas bastante amplias y ambiguas que tienden a favorecer a los inversionistas extranjeros, a la par que inhiben la capacidad regulatoria del Estado para defender sus intereses soberanos.

---

105 *Ibídem*., p. 61.

Se puede colegir con facilidad que los resultados del Derecho internacional de las inversiones están diseñados para que prevalezca el interés de los países exportadores de capital, los derechos de propiedad privada de las grandes corporaciones y los individuos más ricos por encima del interés nacional de las naciones del Sur Global. Los supuestos beneficios que las inversiones extranjeras suponen traer a los Estados anfitriones no están explícitamente garantizados con el contenido de las disposiciones básicas del Derecho internacional de las inversiones. Por el contrario, la regulación está concebida para evitar cualquier compromiso con las industrias locales, los negocios y los objetivos de desarrollo del Estado receptor.

Un mecanismo de subordinación y control de los países exportadores de capital es la política económica neoliberal, la cual tiene manifestaciones jurídicas tanto en el Derecho internacional como en el Derecho interno. A través del Derecho de las inversiones, tal dominación se presenta políticamente neutra y jurídicamente técnica, inevitable y objetiva. Tras analizar abundantes estudios empíricos cuyo objeto han sido los resultados que este sistema jurídico ha tenido en América Latina, se puede percibir la manera real como tal Derecho opera, así como las implicaciones políticas que tiene y lo negativo que resulta para los países en desarrollo; de esta manera también se colige como este Derecho debe ser reformado, analizado críticamente y reformulado conceptual y teóricamente.

REFERENCIAS

Alessandrini, Donatella. *Developing countries and the Multilateral Trade Regime: The Failure and Promise of the wto´s Development Mission*. Bloomsbury, 2010.

Antony Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, cup, 2007.

Annette Alstadsæter, Niels Johannesen, Gabriel Zucman. "Who owns the wealth in tax havens? Macro evidence and implications for global inequality", *Journal of Public Economics* 162, 2018, pp. 89-100.

Bárcena, A. *Lecciones aprendidas de la ied en América Latina y el Caribe*, presentación cepal, La Habana, 29 de abril de 2015. p. 35. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/150428_25anos_de_ied_en_alc_ultimaversipdf

Chang, H. *¿Qué fue del buen samaritano? Naciones ricas, políticas pobres*, Barcelona, Intermon Oxfam, 2008.

Chang, Ha-Joon. *"23 things they don´t telly you about capitalism"*. (Bloomsbury Press, 2011)

Durán Bonilla, P. "*La experiencia colombiana en el sistema ciadi: hacia un replanteamiento de la política estatal frente al derecho internacional de las inversiones*", Tesis de Grado, Universidad Externado, 2019.

Estay Reyno, J. *América Latina en la década de los ochenta,* Ensayos de Economía, Volumen 2, Número 4, Medellín, 1991.

Encinas-Ferrer, C. y Villegas-Zermeño, E. *"Foreign direct investment and gross domestic product growth"*. International Conference On Applied Economics, Kazán, 2-4 de julio de 2015.

Fach Gómez, K. *Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y ciadi*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 40, N°113, julio-diciembre, Medellín, 2010.

Gala, P. & Bresser-Pereira, L.C. *Why foreign savings fail to cause growth, Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 27, n.° 1 (105), January-March/2007.

Garavito, A., Iregui, A.M. y Ramírez, M.T. "Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo", *Borradores de Economía* n.° 713, Bogotá, Banco de la República, 2012.

Garay, A. *Diccionario crítico de empresas trasnacionales.* Disponible en: http://omal.info/spip.php?article4822

Harvey, D. A *Brief History of Neoliberalism*, oup, 2007.

Informe Ejecutivo Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador –caitisa, 2017.

Ireland, Paddy. Financialization and Corporate Governance, *Northern Ireland Law Quarterly*, vol. 60, n.º 1, 2010, p. 5.

Kentikelenis, A. & S. Babb. "The Making of Neoliberal Globalization: Norm Substitution and the Politics of Clandestine Institutional Change." *American Journal of Sociology*. 124(6), 2019, pp. 1.720-1.762.

Krippner, Greta. "The financialization of the American Society", Socio-Economic.

Loungani, P. y Razin, A. *¿Qué beneficios aporta la inversión extranjera directa?*, Finanzas y Desarrollo – Revista del fmi, Volumen 38, n.°2, junio de 2001.

M. Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*, cup, 2010.

M. Sornarajah. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, cup, 2015.

Martínez, M.; Hoyos, M.; Cortés, D.; Sánchez, J. y Coronado, J. *Estudio económico comparado de Colombia, Perú, Chile, Corea del Sur y Singapur*, 2020.

Martti Koskenniemi. 'International Law in the World of Ideas' in James Crawford and Martti Koskenniemi (eds), *The Cambridge Companion to International Law*, cup, 2012.

Oglietti, G. y Navarro, F. *Análisis de la Inversión Extranjera Directa en América Latina 1990-2016*. Disponible en: https://www.celag.org/analisis-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-1990-2016/

Oglietti, G. "La relación de causalidad entre el crecimiento y la ied en Argentina. ¿Pan para hoy, hambre para mañana?", *El Trimestre económico*. Vol. lxxiv (2) Núm. 294, abril-junio de 2007, Fondo de Cultura Académica.

Oliva Pérez, N.; Serrano Mancilla, A. y Oglietti, G. *¡Sí hay alternativas en Ecuador! Propuestas de políticas Económicas Heterodoxas*, Unidad de Debates Económicos – Celag.org, 24 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.celag.org/politicas-economicas-heterodoxas-alternativas-ecuador/

Olivet, C. & Eberhardt, P. *Cuando la injusticia es negocio*, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012.

Olivet, C.; Müller, B. y Ghiotto, L. *Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*, Amsterdam, 2020.

Panorama Social de América Latina, cepal, 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf

Pérez Ludeña, M. *The rise of fdi income, and what it means for the balance of payments of developing countries*, Columbia fdi Perspectives, n°122, May 2014.

Piketty, Thomas, Capital en the Twenty-First Century, Translated by Arthur Goldhammer, Belknap, Harvard, 2013.

Rueda García, J.A. "Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende C. República de chile): sin *exequátur*", *Cuadernos de Derecho Transnacional* - CDT, Vol. 6, n.° 1, Universidad Carlos Tercero, 2014.

Schneiderman, David. *Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy´s Promise*, CUP, 2008.

Schultz, T. & Dupont, C. "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or OverEmpowering Investors? A Quantitative Empirical Study", *European Journal of International Law*, 2014, 25(4).

Stephan W. Schil. *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009.

Suárez Ricaurte, Federico. Judgment C-252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of precedent on the control of BITS (IISD, September 19 2019. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-courtof-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/

Suárez Ricaurte, Federico. Rethinking the Hegemonic Notion of Foreign Investment: Examining the Empirical Evidence of the International Investment System in the Global South, January 20, 2020. Disponible en: SSRN: https://ssrn.com/abstract=3522479 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3522479

Suárez Ricaurte, F. y Otero Suárez, I. *Minería transnacional en los departamentos de La Guajira y el Cesar: los casos de Cerrejón y Drurnmond frente a los DESCA* en El Estado Constitucional Colombiano en la Periferia, Tomo II. Eds Magdalena Correa Henao y Alfonso Palacios Torres. Universidad Externado de Colombia, 2019.

Standing, Guy. *The corruption of capitalism*. Biteback Publishing, 2016.

Tienhaara, Kyla. *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, CUP, 2009.

United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD, World Investment Report 2016 Investor Nationality: Policy Challenges. Disponible en: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf. Consultado el 4 de agosto de 2016.

United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD. World Investment report: Investment and new industrial policies, 2018. Disponible en: UNCTAD: Geneva.https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf

Van Harten, G. & Malysheuski, P. "Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants", *Osgoode Legal Studies Research Paper* n.° 14 Vol. 12/ Issue. 3/, 2016.

Weigel, D. Gregory, N. y Wagle, D. *Inversión Extranjera Directa*, Experiencias de la cfi, Washington, 1997.

Wolfgang Alschner & Dmitriy Skougarevskiy. "The New Gold Standard? Empirically Situating the Trans-Pacific Partnership in the Investment Treaty Universe", *The Journal of World Investment & Trade*, 2016, 9. Volume 17, Issue 3, pp. 339-373.

Zachary, Douglas. *The International Law of Investment Claims*, cup, 2009.

https://instagram.com/retinabifocal?igshid=5aurt1mfabh3

CAPÍTULO X

Intervención del Estado en el sistema financiero: entre la corrección de fallas de mercado y las funciones del Estado Social de Derecho

State intervention in the financial system: Between the correction of market failures and the functions of the Estado Social de Derecho

CONSTANZA BLANCO BARÓN*

RESUMEN

La Constitución ordena la intervención del Estado en las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, intervención que se realiza mayoritariamente mediante regulación, que, a la vez que cumple estándares internacionales, pretende corregir fallas de mercado. Al mismo tiempo, se disponen en la Carta política diversos asuntos de la órbita de las funciones del Estado Social de Derecho, como es el caso de la democratización del crédito y el acceso a la vivienda digna, entre otros. Así, se presenta una dicotomía entre la política económica, basada en la eficiencia para el desarrollo del sector financiero, y la política pública por la que se pretende el cumplimiento de los objetivos del Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentra la superación de la pobreza. Este artículo pretende discutir dicha dicotomía, y proponer fórmulas de solución para resolverla.

PALABRAS CLAVE

Política económica; Regulación financiera; Fallas de mercado; Pobreza; Estado Social de Derecho.

ABASTRACT

The Constitution of Colombia establishes state intervention in the management, utilization and investment of savings of the public. This state intervention is exercised by regulation, which complies with international standards, in order to correct market failures. At the same time, various issues of the scope of the social rule of law are available in the Constitution, such as the democratization of credit and access to appropriate housing to have a dignified life, among others. This article aims to discuss the dicho-

* Economista de la Pontificia Universidad Javeriana; Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia; Magíster en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Javeriana; Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es profesora titular e investigadora del Departamento de Derecho Económico y miembro del grupo de investigación en Derecho y Economía de la Universidad Externado de Colombia. Código ORCID: 0000-0001-6016-1576. Correo-e: constanza.blanco@uexternado.edu.co.

tomy presented between an economic policy based on efficiency for the development of the financial sector, and social policy that seeks to meet the objectives of the *Estado social de derecho*, including overcoming poverty, and propose solutions to solve it.

KEYWORDS

Financial Regulation; Market Failures; Poverty; *Estado Social De Derecho.*

INTRODUCCIÓN

Antes de que la pandemia causada por la gripe Covid-19 hiciera su aparición en el mundo con sus devastadores efectos, uno de los temas de mayor preocupación era el empeoramiento de las condiciones de desigualdad entre los países[1]. Además, existía la incertidumbre respecto de si se alcanzarían los objetivos de disminución de los altos niveles de pobreza dentro de las metas del milenio de las Naciones Unidas, habida cuenta de que más de mil millones de personas alrededor del mundo (el 25% de la población) tenía la condición de sobrevivir con menos de un dólar y cuarto al día o menos, a lo que se sumaban otras dos mil millones de personas que sufrían una pobreza moderada, dado que tienen ingresos de menos de dos dólares y medio al día[2]. Por supuesto, esta situación, que afecta especialmente a la gran mayoría de población pobre que vive en los países menos desarrollados, afecta en forma negativa el ejercicio de los derechos de los grupos de población más vulnerables, entre ellos los que se encuentran en condiciones de pobreza.

La presencia del nuevo coronavirus SARS-Cov-2, que causa la mortífera gripe Covid-19, que obligó a la declaración de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud desde el primer trimestre de 2020, puso sobre la mesa que, a los graves problemas sociales de carácter estructural no resueltos, se venían a sumar nuevas necesidades en materia de contención de la pandemia por parte de sistemas sanitarios mal preparados, al tiempo con los efectos demoledores del cierre de las economías que se requirió realizar

---

1 PIKETTY, T. *El capital en el siglo XXI.* Primera edición en español ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.

2 HALL, JASON & BASS, LORETTA. *The Effects of Global Interaction on Poverty in Developing Countries.* 2, 2012, American Sociological Association, Vol. 18, pp. 236-265.

para controlar la propagación del virus. Esto puso al Estado colombiano, como a otros Estados alrededor del mundo, ante la necesidad, no solo de apropiar ingentes recursos actuales y futuros para la atención de la crisis y, al mismo tiempo que trataba de no dejar totalmente de lado las agendas de política social en curso. Triple objetivo, a cuál más importante, que se enfrenta a la consuetudinaria restricción presupuestal.

En ese marco, un tema que reviste el mayor interés es el de la forma como se ha asumido el desarrollo de un país como Colombia, considerado de ingresos medios, y el papel que le corresponde jugar al sistema financiero bancario.

La Constitución de 1991 cambió radicalmente el modelo económico y político del país, dando fin a un Estado del bienestar con economía protegida, para encaminarlo a la apertura de la economía y a un Estado regulador. Así, la política económica establecida con el modelo de apertura, soportada por la mayor expansión fiscal y monetaria de que se tuviera memoria, y acompañada por la también apertura del sistema financiero al mercado, tuvo como resultado un "colosal" aumento de las importaciones, la disminución de la inflación, y aumentos importantes del crédito, la inversión y el consumo, entre otros[3].

Después de cumplirse treinta años de la promulgación de la Carta Política, hoy en día, incluso desde antes de la pandemia, resurgen los sempiternos problemas estructurales de atraso, y se revive la discusión por el enfrentamiento que se habría suscitado entre dos posiciones contrapuestas: de un lado, la imposición de un modelo de base, de economía de mercado capitalista de acumulación, en el que el criterio valorador, sin duda, es la eficiencia, y, de otro, una concepción de Estado Social, que actúa bajo un presupuesto de racionalidad valorativa, dado que busca la protección de los derechos, la equidad y la justicia. En el primer caso, se está en el campo de la Economía, mientras que, en el segundo, se pasa a los ámbitos de la Política (*Polity),* con, por supuesto, el poder vinculante del Derecho.

En este contexto, es necesario diferenciar los conceptos de desarrollo válidos para una y otra visión. En el primer caso, el teorema del bienestar de la economía del bienestar, en particular el inicial, presupone que los precios se forman por oferta y demanda en un mercado perfectamente competitivo

---

3 Fernández, Javier. *Modelos Clásico y Keynesiano.* Primera edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp, 153-160.

en el sentido *walrasiano*, ocasionando el logro de la eficiencia de Pareto[4]. En consecuencia, se maximiza el crecimiento de la riqueza de la sociedad, basado en una racionalidad instrumental (de medios, a fines), con lo que se tendría mayor cantidad de producto para repartir, lo que implica mejoras en empleo e ingresos de los individuos, y, por lo tanto, menor pobreza. En el segundo, el Estado Social, bajo presupuestos de equidad y justicia, persigue el bienestar integral de la sociedad como bien público, lo cual involucra, de suyo, la eliminación de carencias, no solo referidas a recursos económicos, sino también en materia de libertad, dignidad y derechos como personas y ciudadanos, entre otras.

Es posible plantear que el modelo que tradicionalmente ha predominado en Colombia, tanto para los gobiernos, como, para las agencias internacionales, ha sido el primero, el de crecimiento del PIB[5], que se ha sobrepuesto al segundo, el de bienestar medido por indicadores como el de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, que pondera indicadores de esperanza de vida al nacer, nivel educativo y valor del producto de la economía que se pondera por poder adquisitivo, tal como se puede ver en informe de la Organización de Naciones Unidas - ONU[6]. Al respecto, autores como Okun, plantean que los modelos de crecimiento basado en la eficiencia son concentradores[7], por lo que, en principio, estarían en contravía de propósitos de disminución de la desigualdad, de manera que la opción en favor de esta última postura debería dejársele a la política social, que es el núcleo de los modelos de búsqueda del bienestar de tipo GALA, como el que se podría estructurar con base en los postulados de Sen[8].

---

4 LEVIN, JOHNATAN. *General Equilibrium.* [En línea] 2006. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20202/General%20Equilibrium.pdf.

5 FERNÁNDEZ, JAVIER. *Modelos Clásico y Keynesiano.* Primera edición. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2007. Pp 19.

6 ONU. Human Development Report, United Nations Development Programme. [En línea] 2020. [Citado el: 20 de jun. de 2020.]. Disponible en: http://hdr.undp.org/en/.

7 OKUN, ARTHUR. *Igualdad y Eficiencia. La gran disyuntiva*. [trad.] María Esperanza Clavell. Buenos Aires: Editorial Suramericana, 1982. Original en inglés Equality and Efficiency. The Big Tradeoff Pr. Ed. 1975.

8 Los modelos GALA que se basan en una racionalidad de colaboración, solidaridad y ayuda mutua, se oponen a los de tipo BLAST, que exigen el sacrificio de los derechos en aras de la eficiencia. Ver en: SEN, AMARTYA. Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. [aut. libro] Banco Interamericano de Desarrollo. [ed.] EMMERIJ y NÚÑEZ. *El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI.* Washington, D.C.: BID, 1998 (SEN, 1998, pp. 78-79). GALA significa *Getting by, with A Little Asistance*, (*lo estoy consiguiendo con la ayuda de mis amigos)*, el nombre de una canción de los

Es de anotar que otra definición de interés es la del desarrollo sostenible, que se entiende como aquel que puede satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de futuras generaciones, de manera que se garantizan, al tiempo, el crecimiento del producto de la economía, el cuidado del medioambiente y el bienestar de la sociedad[9]. En ese marco, surge la versión más reciente, que enfatiza en la sostenibilidad en la explotación de los recursos naturales, optando por el *crecimiento verde*[10]. Esta, que puede entenderse más como una posición política, fue adoptada por Colombia en las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en que se consideró el *crecimiento verde* como una estrategia envolvente[11].

El sistema financiero amplio SFA es parte fundamental para el logro de los objetivos de crecimiento de la riqueza en la economía. Está conformado, de un lado, por los bancos comerciales y otros establecimientos de crédito y sociedades de servicios financieros (el segmento intermediado) y, de otro, por el mercado público de valores o de instrumentos (el segmento desintermediado), mediante los cuales se realiza el traslado del ahorro de la economía a la inversión, que efectúan las empresas, que son las capacitadas para actuar como agentes de acumulación. En el primer caso, dicho traslado se realiza principalmente a través de un intermediario financiero bancario que coloca los depósitos de los ahorradores en crédito a las empresas, mediante la operación bancaria, y en el segundo caso, en forma directa de los inversionistas a los emisores, a través de la oferta pública de valores (bonos, acciones, entre otros) en mercado primario.

El segmento más importante del sistema financiero, por volumen de activos, es el primero, el bancario, que actúa dentro de la economía de mercado, en cumplimiento de sus funciones de aglomerar el ahorro, asignar dichos

---

Beatles, mientras que BLAST es *Blood, Sweat and Tears* (*sangre, sudor y lágrimas*), acepción tomada del célebre discurso de Winston Churchill a los británicos, en el que les pidió a sus compatriotas abnegación y coraje ante la arremetida de la aviación alemana en la Segunda Guerra Mundial.

9 REVÉIZ, EDGAR. *El Estado Regulador de Riesgos. Versión de la Nueva Economía Institucional sobre la Globalización*. Bogotá, D. C.: Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Centro Colombiano de Responsabilidad, Pontificia Universidad Javeriana, 2007. Vol. II.

10 OECD. Toward Green Growth? Traking Progress. [En línea] 2017. [Citado el: 8 de jun. de 2020]. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/environment/towards-green-growth_9789264234437-en#page4.

11 DNP. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. [En línea] 2014. [Citado el: 24 de jun. de 2020]. . Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf.

recursos a crédito, y monitorear el avance de los proyectos financiados[12]. De hecho, la correlación entre el crecimiento del sistema financiero y el del PIB, es significativa, según lo establecen tanto investigaciones de vieja data como la evidencia empírica[13].

No obstante, la necesidad de corregir fallas de mercado, en particular las asimetrías de información, con sus consecuencias de selección adversa y riesgo moral, y que implican pérdida de eficiencia, hace necesario la intervención del Estado, la cual se realiza principalmente mediante regulación y supervisión. En ese sentido, la regulación financiera es puntal de la regulación económica, que persigue el desarrollo como crecimiento de la riqueza, una inflación baja y estable, la disminución del desempleo y una tasa de cambio que refleje competitividad de la economía, entre otros indicadores.

A esa óptica económica se le suma el requerimiento jurídico establecido en la Constitución, que en su artículo 335 señala la intervención del Estado en "todas aquellas actividades en las que haya manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, en el sistema financiero (bancario), bursátil (mercado de valores)...". Dicha intervención es realizada mayoritariamente en forma pasiva, mediante regulación y supervisión, por parte, en su orden, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Superintendencia Financiera de Colombia, en cumplimiento de lo estipulado en la Ley marco para el sistema financiero, Ley 35 de 1993, subsumida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por diversas leyes de reforma financiera. Así, la justificación de la regulación financiera, diseñada en seguimiento de estándares internacionales, es la necesidad de salvaguardar el ahorro del público como interés jurídico protegido, buscando la solidez y solvencia de las entidades financieras, y la estabilidad de todo el sistema.

La pregunta que surge es si, teniendo en cuenta que el sistema financiero bancario es puntal de la generación y crecimiento de la riqueza en un modelo basado en la eficiencia, existe un divorcio entre su función fundamental de proveer de recursos financieros a la economía, y las que le corresponden al Estado Social de Derecho. Para visualizar una respuesta es necesario, en

---

12 STIGLITZ, JOSEPH. The Role of the Financial System in Development. [En línea] 1998. [Citado el: 21 de jun. de 2020]. Disponible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&type=pdf.

13 AVGOULEAS, EMILIOS. *Governance of the Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, NY, 2013. Versión original de 2012.

primera instancia, verificar, tanto el alcance de la regulación financiera, como los objetivos de política pública, o social, del Estado Social de Derecho, y en segunda instancia, establecer el alcance de la participación del sistema financiero en la consecución de los fines sociales del Estado.

Así, se encuentra en materia de la *policy* varios principios establecidos en la Constitución de 1991, que están alineados con los derechos de cuarta generación (derechos económicos, sociales y culturales), orientados a la búsqueda del bienestar de la sociedad[14]. Estos valores constitucionales son la democratización del crédito, el acceso a la vivienda digna, la protección del consumidor de bienes y servicios, el medioambiente sostenible y la libre competencia como derecho de todos, en cuyo alcance juega algún rol el sistema financiero[15]. De estos, al menos en el primero, la democratización del crédito, están directamente involucrados los establecimientos bancarios, al paso que estos apoyan el desarrollo de otros principios de la Carta Política como el acceso a la vivienda digna y la protección del consumidor de productos y servicios financieros, e igualmente, cumplen una importante función en la financiación de la actividad en el ámbito rural y la persecución del crimen financiero, entre otros. La regulación financiera es consecuente con estos valores constitucionales, de manera que su alcance se cuenta dentro de los objetivos de las normas, como se puede ver en Allen *et al.*[16].

Es de anotar que, en la búsqueda de irrigar recursos a la economía con objetivos sociales, el Gobierno utiliza las redes bancarias, entre otras, para ejecutar proyectos que algunos denominan asistencialistas, mediante los cuales transfiere a los beneficiarios, esto es, familias de bajos ingresos o en condición de pobreza, ayudas monetarias condicionadas[17], que para el caso de Colombia corresponde a programas como *Familias en Acción*, mediante

---

14 ONU. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. [En línea] 1966. [Citado el: 18 de jun. de 2020.]. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

15 Blanco, Constanza y Corredor, Jorge. *Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia*. 41, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Julio de 2019, *Revista Cuestiones Constitucionales Universidad Nacional Autónoma de México*, pp. 277-312.

16 Allen, Franklin & Herring, Richard. Banking Regulation versus Securities Market Regulation. *The Warton School of University of Pennsylvania*. [En línea] 11 de Jul. de 2001. [Citado el: 22 de jun. de 2020]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf.

17 Maldonado, Jorge *et al. Los programas de transferencias condicionadas: ¿hacia la inclusión financiera de los pobres en América Latina?* Lima : Instituto de Estudios Peruanos – Fundación Capital, 2011.

el cual se atienden problemas de nutrición y educación de las familias más pobres. Igualmente, está la posibilidad de utilizar una herramienta de intervención activa o directa, proveniente del Estado del bienestar, como es el caso de la banca pública, que para el caso colombiano se trata del Banco Agrario. A esto se suma otra herramienta con la que se cuenta, como es la participación de los bancos en políticas de microfinanzas, que hacen parte de la Banca de las Oportunidades, por las que se pretende el acceso a crédito por parte de micro y pequeñas empresas, entre otros objetivos sociales[18].

Ahora bien, una definición de bienestar inevitablemente lleva a la necesidad de resolver el problema de la pobreza, lo cual no está establecido directamente como un principio constitucional. Sin embargo, sí hay menciones en la Carta Política que se refieren a esta condición como indicador para la asignación de recursos del Sistema General de Participaciones, tal como lo establecen los artículos 356 literal b y 357 tercer inciso, además de lo concerniente a la distribución de las regalías, indicado en el artículo 361. El Sistema General de Participaciones está regulado por la Ley 715 de 2001, que en su artículo 76 dispone que, en cumplimiento de los artículos citados de la Constitución, la Nación debe proveer recursos a las entidades territoriales, esto es, departamentos, municipios y distritos, para la financiación de servicios de salud y educación, además de una partida de propósito general que cubre agua y saneamiento básico.

En este marco, utilizando una metodología descriptivo-analítica para el análisis interdisciplinario del problema de investigación desde la Economía, el Derecho y la Política, el objetivo de este artículo es discutir la dicotomía entre la política económica basada en la eficiencia para el desarrollo del sector financiero, presupuesto para su regulación, y la política pública por la que se pretende el cumplimiento de los objetivos del Estado Social de Derecho, dentro de los cuales se encuentra la superación de la pobreza, el papel que juega dicho sistema en el alcance de tal propósito, y las implicaciones que esto tiene en la regulación financiera.

---

18 La Banca de las Oportunidades es un programa de política pública adoptado en 2006 por el Gobierno nacional, con el objetivo de promover el acceso a los servicios financieros por parte de la población más vulnerable, entre ellos el crédito. Ver en: DNP. Documento CONPES 3424 La banca de las oportunidades, una política para promover el acceso a crédito y a los demás servicios financieros en busca de equidad social. [En línea] 2006. Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2017-03/conpes_3424_banca_oportunidades.pdf.

Al efecto, el artículo estará conformado por cinco secciones, incluyendo esta introducción. En la segunda sección se describirán las condiciones socioeconómicas de la población colombiana y el avance en las políticas para la erradicación de la pobreza en los últimos años. La tercera parte se ocupa de revisar la relación entre el desarrollo del sistema financiero, el desarrollo económico y la mitigación de la pobreza; la cuarta sección se divide en dos subsecciones: en la primera, se analizarán los fundamentos de la regulación financiera por la que se pretende corregir fallas de mercado, en busca de la eficiencia; la segunda subsección se dedicará a analizar la función social del sistema financiero en la búsqueda de valores constitucionales que permitan el cumplimiento de las funciones del ESD, teniendo como mira la solución del problema de pobreza, que se contrapone a la búsqueda de eficiencia de la regulación. Finalmente, se establecen conclusiones, en las que se hace un balance entre las posiciones contrapuestas entre eficiencia y equidad en la regulación financiera

I. POBREZA Y DESIGUALDAD EN COLOMBIA

El punto de partida del análisis es la definición de pobreza y de pobreza extrema. Para el Comisión de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe, CEPAL, pobreza total es "la situación en que los ingresos son inferiores al valor de una canasta básica de bienes y servicios, tanto alimentarios como no alimentarios", al paso que pobreza extrema, o indigencia, se entiende como "la situación en que no se dispone de los recursos que permitan satisfacer al menos las necesidades básicas de alimentación", o sea que se trata de familias cuyos ingresos totales son insuficientes para adquirir, al menos, una canasta básica solamente de alimentos[19].

Los indicadores de pobreza y de indigencia en el mundo son abrumadores, tal como se documenta en Hall *et al*.[20]. Así, una de las metas de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas fue disminuir ambas cate-

---

19 ONU-CEPAL. *El progreso de América Latina y el Caribe hacia los objetivos de desarrollo del milenio. Desafíos para lograrlos con igualdad*. [En línea] 2010. [Citado el: 20 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/static/files/indicadores_de_pobreza_y_pobreza_extrema_utilizadas_para_el_monitoreo_de_los_odm_en_america_latina.pdf.

20 HALL, J. &. B. L. The Effects of Global Interaction on Poverty in Developing Countries. *American Sociological Association,* 18(2), 2012, pp. 236-265.

gorías para 2015, así como los niveles de desigualdad entre los países[21]. De esta forma, los líderes de más de 150 naciones asumieron compromisos en este sentido, en el año 2000[22].

Según la CEPAL, en general los países de América Latina y, por supuesto, Colombia, registraron importantes avances en la erradicación de la pobreza y en la mejora de la inclusión social en el período 2002-2014, en ambientes económicos y políticos que favorecieron el alcance de dichos objetivos[23]. De esta forma, en el período mencionado se produjo una disminución de la pobreza a nivel regional, del 45,4% al 27,8% de la población, en cuanto a pobreza total, y del 12,2% al 7,8% en lo que se refiere a pobreza extrema[24]. En este análisis, a Colombia se le clasifica dentro de los países que lograron una reducción moderada de la pobreza, junto con Perú, Paraguay, México y Costa Rica, al sumar ingresos laborales, transferencias públicas y privadas y otros ingresos de las familias involucradas[25].

Estos resultados son similares a los alcanzados a nivel global, dados los logros significativos en la reducción de la pobreza extrema. En efecto, según el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, UNDP por su sigla en inglés, de 2015, la cantidad de personas en tal condición cayó de 1.900 millones a 836 millones, caída que tuvo mayor énfasis entre 2000 y 2015[26]. Así, la tasa de pobreza extrema se redujo en forma importante en la mayoría de las regiones en desarrollo, entre ellas América Latina y el Caribe, pero tal situación no conllevó una mejora en los indicadores de desigualdad entre regiones[27]. De hecho, más del 60% de la población

---

21 ONU-UNDP. Objetivos de Desarrollo del Milenio, Informe de 2015. [En línea] 2015. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015/.

22 HALL, J. &. B. L. The Effects of Global Interaction on Poverty in Developing Countries. *American Sociological Association,* 18(2), 2012, pp. 236-265.

23 CEPAL. Panorama social de América Latina. [En línea] 2019. [Citado el: 20 de jun. de 2020]. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf. Pp 16-17.

24 *Ibíd*.

25 *Ibíd*.

26 ONU-UNDP. *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Informe de 2015*. [En línea] 2015, p. 4. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015/.

27 ONU-UNDP. *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Informe de 2015*. [En línea] 2015, p. 14-15. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015/..

en extrema pobreza vivía en 2011 en 5 países de Asia meridional y África subsahariana[28].

El escenario cambió drásticamente en 2014 con la crisis mundial que significó la caída de los precios internacionales de las materias primas, y la generación de un escenario de bajo crecimiento económico, desempleo y estrecheces fiscales, en un contexto de revolución tecnológica, y relocalización y reconfiguración de las cadenas de valor de la producción en un ambiente globalizado[29]. De esta forma, a partir de 2015 se produjo una inflexión en la tendencia de mejora que se traía, llegando el indicador de pobreza total para 2018 al 30,1% de la población de la región latinoamericana (185 millones de personas), al paso que, en dicho año, el 10,7% estaba en pobreza extrema (66 millones de personas)[30]. Además, es de considerar que en esta medición juega un papel importante el valor de las remesas, de manera que, según cálculos de dicha Comisión, la población en pobreza total en Colombia para 2017 correspondía al 29,8%, pero si se les restan a los ingresos los correspondientes a los envíos desde el exterior, se registraba un aumento del indicador para dicho año, al 30,0%[31].

Por su parte, siguiendo con el informe de la CEPAL, se observan altas desigualdades en los ingresos promedio en América Latina, medidas por el índice de Gini para ingresos (según encuestas de hogares). Esto, aunque con una mejoría en el período 2014-2018, comparado con el período 2002-2014, al hacer un promedio para 15 países, entre ellos Colombia. Es así como dicho índice Gini, según ingresos para la región pasó de 0,538 en 2002 a 0,477 en 2014 y a 0,465 en 2018[32]. No obstante, las diferencias entre países son significativas: mientras que Argentina y Uruguay tienen un indicador de

---

28 *Ibíd*., p. 15.

29 SANAHUJA, JOSÉ. Introducción. *América Latina en un cambio de escenario: de la bonanza de los commodities a la crisis de la globalización*. Madrid : Pensamiento Propio, 2016, pp. 1-13. Disponible en:https://eprints.ucm.es/42571/2/Introduccion%20America_Latina_de_la_bonanza_a_la_crisis-15-27.pdf.

30 CEPAL. *Panorama social de América Latina*. [En línea] 2019, p. 17. [Citado el: 20 de jun. de 2020]. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf.

31 *Ibíd*.

32 CEPAL. Panorama social de América Latina. [En línea] 2019, pp. 21-25. [Citado el: 20 de jun. de 2020]. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf.

desigualdad menor a 0,400, Brasil y Colombia están por encima de 0,520[33]. Al respecto, es conveniente anotar que Brasil fue el único país de la región que vio aumentar la desigualdad en el período[34].

Estos datos son corroborados en esencia en la nota de investigación de Garay y Espitia, en el cual se muestra que, para 2017, el índice Gini para Colombia, medido por ingreso bruto (según las declaraciones de impuestos) era de 0,583[35].

Es de prever que el anterior panorama desmejore significativamente con el choque físico del nuevo coronavirus SARS-Cov-2, que causa la gripe Covid-19. En este caso, se trata no de una crisis financiera, de la deuda o económica originada en desequilibrios en los mercados, como fue el caso de cracs anteriores como del de 2008, tal como están documentadas por Carlos Marichal[36], sino de un *cisne blanco*, como se les denomina en las finanzas a las crisis causadas por choques físicos, que en este caso corresponde a actual pandemia, que tiene origen zoonótico[37].

Para afrontar la urgente solución de la crisis, y ante una gran incertidumbre, el Gobierno nacional declaró, mediante Decreto-Ley 417 de 2020, la emergencia económica, social y ecológica, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, con el objeto de apropiar los recursos requeridos para afrontar la crisis de forma "ágil e inmediata"[38]. Estos recursos se han destinado,

---

33 *Ibíd*.

34 *Ibíd*.

35 Garay, Luis y Espitia, Jorge. *La desigualdad de la riqueza y los ingresos en las personas naturales en Colombia*. Nota de investigación. Bogotá, s.n., 2019.

36 Marichal, Carlos. *Las Grandes Crisis Financieras. Una perspectiva global, 1873-2008*. Buenos Aires: Debate-Ed. Suramericana, 2010.

37 Una pandemia es "la propagación mundial de una nueva enfermedad", sin que la mayoría de los humanos tenga defensas contra la misma. Ver en: HWO-OMSa. Health World Organization. [En línea] 2020. [Citado el: 22 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/. Zoonosis es la transmisión de enfermedades infecciosas de los animales vertebrados a los humanos. Ver en: HWO-OMSb. Health World Organization. [En línea] 2020. [Citado el: 22 de jun. de 2020.] https://www.who.int/foodsafety/areas_work/zoonose/es/. Para los científicos, la zoonosis se produce por la destrucción de los bosques, el calentamiento global, y, en fin, el cambio climático, que ha sacado a las especies salvajes de sus hábitats en busca de sobrevivencia. Ver, entre otros, Oihançabal, W. *et al*. *El cambio climático y su relación con las enfermedades y la producción animal, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de Uruguay*, 2010 [En línea]. Disponible en: https://www.oie.int/doc/ged/D11835.PDF [Último acceso: 22 jun. 2020].

38 Garay, Luis y Espitia, Jorge. Medidas de emergencia para mitigar los efectos económicos de la propagación del virus SARS-Cov-2 en Colombia, Una visión alternativa a la gubernamental. [En

en primera instancia, a dotar y fortalecer el sistema de salud, y, al mismo tiempo, contener la debacle de la economía, con perspectivas de fuerte agravamiento del déficit fiscal, y tratando de anticipar nefastos efectos de aumento de pobreza y desigualdad,

En este sentido, en cuanto al tema de interés de este artículo, entre los frentes a atender está la asistencia a población que ya se encontraba en pobreza y vivía en la informalidad; anteriores desempleados y otra población, que no hace parte del sistema de registro público para las ayudas monetarias condicionadas; trabajadores formales e independientes que perdieron sus trabajos; población en pobreza extrema, migrantes, minorías étnicas y otra población vulnerable. Uno de los aspectos de mayor preocupación es el aumento del desempleo, que prácticamente se duplicó en el mes de abril de 2020, al pasar del 10,2% al 19,8% de la población económicamente activa[39]. Esto, dado que, como lo expone Garay, el 59% de la población empleada se concentra en actividades que están siendo fuertemente golpeadas por la pandemia, como son comercio e industria, entre otros, y teniendo en cuenta que más de la mitad de los trabajadores son informales, y dentro de estos, cerca del 50% tiene ingresos correspondientes a un nivel de subsistencia mínima[40]. Esto sin contar a aquellos trabajadores que se vieron incapacitados para trabajar al contraer la peligrosa enfermedad.

Por lo anterior, dentro de los instrumentos utilizados para atender la crisis están, de un lado, el aumento en las ayudas monetarias directas a la población más vulnerable, la más afectada por la crisis y, de otro, subsidios a las empresas, especialmente las pequeñas y medianas, con el objeto de que mantuvieran la nómina y así evitar aumentos en el desempleo. Lo cual, además de programas de refinanciación de créditos y concesión de nuevos préstamos, tanto en forma directa por parte de los bancos, como en la modalidad de redescuento, así como aportación de recursos públicos para

---

línea] 2020, p. 3. [Citado el: 10 de May. de 2020]. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/garay.pdf.

39 DANE. dane, Información para todos. [En línea] 2020. [Citado el: 24 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/.

40 GARAY, LUIS y ESPITIA, JORGE. Medidas de emergencia para mitigar los efectos económicos de la propagación del virus SARS-Cov-2 en Colombia, Una visión alternativa a la gubernamental. [En línea] 2020, pp. 5-6.. [Citado el: 10 de May. de 2020]. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/garay.pdf.

fortalecer al Fondo Nacional de Garantías, FNG, en beneficio de las pequeñas y medianas empresas.

Es de anotar que solamente las primeras medidas, en las que se asignaron recursos de la Nación, ocasionaron un incremento notable del déficit fiscal, sin contar con dineros provenientes de las entidades territoriales, en una suerte de lo que se llamó un esquema de *Robin Hood* a la inversa[41]. Además, gran parte de las medidas estuvieron destinadas a contener la crisis de las pequeñas y medianas empresas y a las instituciones financieras, por lo que se calculó que se requerirían muchos más recursos para atender a la población más vulnerable[42].

Esta utilización intensiva de recursos públicos para la imperativa atención de este choque físico ha puesto el foco de atención en paliar el impacto en la economía de la pandemia, para evitar el empeoramiento emergente de un problema social no resuelto. Sin embargo, es previsible pensar que algunos efectos colaterales de tal situación van a ser, además del aumento del desempleo, retrocesos en los avances que venían ganando las clases medias, incapacidad de atender a la población en riesgo, posible ralentización en la ejecución de proyectos en curso, entre ellos los correspondientes a la agenda del postconflicto, y, consecuentemente, aumentos de la pobreza total y de la pobreza extrema, acelerando así el deterioro en estos dos indicadores, que se venía presentando desde 2015.

Así las cosas, en la siguiente sección se muestra un panorama de la relación entre el desarrollo del sistema financiero y el crecimiento de la economía, y a partir de este, en la reducción de la pobreza, de acuerdo con los postulados del primer teorema del bienestar.

2. EL SISTEMA FINANCIERO BANCARIO Y EL DESARROLLO

Existe una amplia literatura en la que se ilustra la relación entre el sistema financiero y el desarrollo entendido como maximización en la generación de

---

41 GARAY, LUIS y ESPITIA, JORGE. Medidas de emergencia para mitigar los efectos económicos de la propagación del virus SARS-Cov-2 en Colombia, Una visión alternativa a la gubernamental. [En línea] 2020, p. 4. [Citado el: 10 de May. de 2020]. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/garay.pdf.

42 *Ibíd.*

riqueza, tal como lo indica Zhuang [43]. Entre ellos está el artículo clásico de Stiglitz de fines de los años 1990, en el cual plantea que el buen funcionamiento del sistema financiero bancario amplio, al seleccionar los proyectos más productivos y generar eficiencia, y, consecuentemente, crecimiento de la economía[44].

Esta postura es apoyada por Avgouleas, quien plantea que es ampliamente aceptado que los mercados financieros son un eficiente instrumento de asignación de recursos a los usos más productivos, al cumplir funciones de producción de información *exante* acerca de posibles inversiones; monitoreo de dichas inversiones, administración del riesgo, movilización del ahorro y facilitación de las transacciones[45]. Para este autor, el desarrollo se produce cuando los instrumentos e intermediarios financieros reducen los efectos de la búsqueda de información sobre nuevas inversiones y acerca de los riesgos, y disminuyen los costos de transacción[46].

En ese contexto, bajo las premisas del primer teorema del bienestar, se logra eficiencia de Pareto, no requiriéndose la interferencia de los gobiernos[47]. Sin embargo, ante la incertidumbre respecto de las transacciones inter-temporales, y especialmente por el riesgo de quiebras, y la existencia de información imperfecta o incompleta acerca de estos riesgos, se justifica que el Estado regule el mercado[48].

Más recientemente, Zhuang *et al*. propusieron en un trabajo para el Banco Asiático de Desarrollo, que existen convincentes argumentos, basados en amplia evidencia empírica, que avalan una posición de desarrollo del sistema financiero como un jugador vital en facilitar el crecimiento económico de los países[49]. Según este trabajo, la mayoría de los estudios muestran la positiva

---

43 Zhuang, Jushong *et al*. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction. *A Literature Review*. *ADB Economic Working Paper Series* n.° 173. [En línea] 2009. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

44 Stiglitz, Joseph. *The Role of the Financial System in Development*. [En línea] 1998. [Citado el: 21 de jun. de 2020]. Disponible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&type=pdf.

45 Avgouleas, Emilios. *Governance of the Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, NY, 2013. Versión original de 2012, pp. 23-24.

46 *Ibíd*., p. 30.

47 Stiglitz, Joseph. The Role of the Financial System in Development. [En línea] 1998. [Citado el: 21 de jun. de 2020]. Disponible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&type=pdf.

48 *Ibíd*.

49 Zhuang, Jushong, et.al. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduc-

contribución del sector financiero, cuyo desarrollo se mide por la profundidad financiera, al crecimiento económico[50]. Algunos de los indicadores propuestos en dichas investigaciones son, la relación entre las obligaciones líquidas y el PIB; la relación entre el crédito de los bancos comerciales y el otorgado por el banco central; la relación entre el financiamiento otorgado por entidades no financieras y el crédito total; y la relación entre el crédito concedido por entidades no financieras y el PIB[51]. Igualmente, se encuentran estudios que relacionan el desarrollo de los intermediarios financieros y el crecimiento de la productividad, la acumulación de capital físico y el volumen de ahorro privado[52].

No obstante, en el artículo de Zhuang *et al.* se establece que la relación entre desarrollo del sistema financiero puede ser distinta en los países en desarrollo, en particular, por la importancia relativa de los bancos domésticos, así como por la relación entre bancos grandes y pequeños, entre otras[53].

Además, Zhuang *et al*. consideran que el sector financiero juega un importante papel en la reducción de la pobreza en forma indirecta, al promover una eficiente asignación de recursos y facilitar el crecimiento económico[54]. Este efecto se logra a través de dos canales: uno de ellos actúa indirectamente sobre el crecimiento, en tanto que el otro obra directamente a través del acceso a los servicios financieros, en particular al crédito[55]. El presupuesto de esta postura es que el mejor canal para lograr la reducción de la pobreza es a través del crecimiento económico, dado que: (i) el crecimiento económico puede generar trabajo para la población en pobreza; (ii) se ha sugerido que la mayor tasa de crecimiento puede reducir los diferenciales entre trabajo calificado y no calificado; (iii) un alto crecimiento del producto de la economía puede ayudar a conseguir mayores recaudos de impuestos, haciendo posible

---

tion: A Literature Review. *ADB Economic Working Paper Series* n.° 173. [En línea] 2009. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

50 *Ibíd*. p. 15.

51 *Ibíd*.

52 *Ibíd*. p. 16.

53 ZHUANG, JUSHONG *et al*. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction: A Literature Review. *ADB Economic Working Paper Series* n.° 173. [En línea] 2009, p. 16. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

54 ZHUANG, JUSHONG *et al*. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction: A Literature Review. *ADB Economic Working Paper Series* n.° 173. [En línea] 2009, p. 2. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

55 *Ibíd*., p. 10.

asignar mayores recursos a fines sociales como educación, salud y beneficios para los más pobres, y (iv) dado que se logra mayor acumulación de capital, aumenta la disponibilidad de recursos para realizar inversión social[56].

Respecto del primer canal, el que corresponde a la relación directa entre el sector financiero y el desarrollo, e indirectamente en la mitigación de la pobreza, se plantea que el sector financiero: (i) provee información para lograr una adecuada asignación de recursos, (ii) ejerce influencia para mejorar el gobierno corporativo, (iii) facilita la diversificación del comercio y la administración de riesgos, (iv) moviliza los ahorros y (v) facilita el intercambio de bienes y servicios.

En el segundo caso, el que relaciona la participación directa del sistema financiero con la mitigación de la pobreza, en efecto se considera que existe un impacto directo entre la disponibilidad de servicios financieros y la pobreza en el nivel micro, por la afectación a la habilidad de las personas pobres de acumular sumas de dinero con propósitos de precaución o de aprovechar oportunidades de inversión[57]. De esta forma, se considera que el acceso a depósitos de ahorro y a crédito reduce la vulnerabilidad de los pobres a choques externos, así como se establece un canal efectivo, aunque no exclusivo, de superación de la pobreza[58]. Lo anterior es posible por cuanto: (i) se mejora el acceso a los servicios financieros por parte de población excluida, (ii) se expande la creación de empleo y otras formas de ocupación en pequeñas y medianas empresas y en el sector informal, (iii) se facilita mayor inversión en capital humano y (iv) se mejora el consumo[59]. Adicionalmente, un efecto importante de establecer mayor acceso de la población pobre a los servicios financieros es que se constituye en un instrumento de cambio social[60].

Es importante anotar que el desarrollo del sistema financiero no tiene como efecto automático el acceso directo de los más pobres a los servicios financieros, justificándose entonces la intervención del gobierno, mediante

---

56 *Ibíd*., pp. 10-11.

57 Avgouleas, Emilios. *Governance of the Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics.* Cambridge : Cambridge University Press, NY, 2013. Versión original de 2012, pp. 32-33.

58 *Ibíd*., p. 33.

59 Zhuang, Jushong *et al*. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction: A Literature Review. *adb Economic Working Paper Series N. 173*. [En línea] 2009, p. 10. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php

60 Avgouleas, Emilios. *Governance of the Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics.* Cambridge : Cambridge University Press, NY, 2013. Versión original de 2012, pp. 34.

la creación de programas de microfinanzas, establecimiento de planes de garantías y colaterales, tasas más bajas de interés, proyectos de asistencia a los deudores, entre otros, y se reconoce el alto impacto que tienen los programas de microcrédito, dentro de las microfinanzas, en la reducción de la pobreza[61].

Es de anotar que el concepto *microfinanzas* agrupa una serie de servicios financieros, como es el caso de los servicios de crédito, dirigidos a grupos de población pobre, excluida o vulnerable, que, en general, tienen situaciones económicas desfavorables, y que tienen como objetivo la mejora económica de los destinatarios. Para los establecimientos bancarios, este constituye una forma de inclusión financiera, dadas las características de la población que entra en este programa. En cuanto a los proyectos de microfinanzas, diversos estudios han encontrado que su bondad en relación con el desarrollo obedece a que hay mayor crecimiento al contarse con mejor dispersión de recursos de ahorro, dado que es posible un mejor manejo del riesgo, la facilidad de inversiones en proyectos más eficientes, y una mejor competencia en la asignación y uso de los recursos[62].

Así las cosas, en el caso del sistema financiero, se considera que su desarrollo hacer parte de la política económica y, por tanto, se privilegia la eficiencia. A continuación se presentará la dicotomía entre la regulación altamente especializada del sistema financiero, que se materializa en los estándares de capital regulatorio, patrimonio técnico, reservas y control de riesgo propuestos por el Comité de Basilea del Banco Internacional de Pagos, BIS por su sigla en inglés, conocidos como Basilea[63], y la función social de los bancos, que se asocian al cumplimiento de las funciones del Estado Social de Derecho, dirigidas al logro del bienestar de la sociedad y dentro de las cuales se cuenta la superación de la pobreza.

---

61 ZHUANG, JUSHONG *et al*. Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction: A Literature Review. *ADB Economic Working Paper Series N. 173*. [En línea] 2009, p. 13. [Citado el: 23 de jun. de 2020]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?

62 DNP. Documento CONPES 3424 La banca de las oportunidades, una política para promover el acceso a crédito y a los demás servicios financieros en busca de equidad social. [En línea] 2006, p. 3. Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2017-03/conpes_3424_banca_oportunidades.pdf.

63 BIS. Basel Committe - BIS. [En línea] 2020. [Citado el: 24 de jun. de 2020]. Disponible en: https://www.bis.org/.

3. ENTRE LA REGULACIÓN FINANCIERA Y LA FUNCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA BANCARIO

Existen dos ámbitos en los cuales se puede establecer la necesidad de intervención del Estado en el sistema financiero bancario, que tienen relación con la dicotomía que se ha planteado entre la función económica de los bancos y la contribución de los mismos al cumplimiento de los objetivos del Estado Social de Derecho. En el primer ámbito, ante las fallas de mercado se requiere de la intervención del Estado, en tiempos de normalidad, con el objeto de recuperar la eficiencia, y con mayor razón, cuando se presenta una crisis. En el segundo ámbito, se requiere establecer regulación que permita el cumplimiento de políticas de profundización financiera o bancarización, que contribuyan a la reducción de la pobreza.

A continuación, se hace un resumen de los fundamentos de la regulación del sistema financiero amplio, en particular de las instituciones bancarias, que tienen como objetivos principales la mejora de la eficiencia y la estabilidad sistémica.

3.1. REGULACIÓN PARA LA CORRECCIÓN DE FALLAS DE MERCADO

En la regulación financiera se está ante un problema de optimización, Freixas *et al.* proponen que la regulación financiera debe dirigirse a lo normativo, en tanto se trata de elaborar las mejores normas, en aras del desarrollo[64]. Desde lo económico, se busca corregir fallas de mercado en busca de la eficiencia, en tanto que, desde lo jurídico, se debe seguir una racionalidad formal, ya que las normas deben diseñarse conforme a Derecho, e igualmente material, puesto que las mismas persiguen un objetivo concreto[65-66]. Como se

---

64 Freixas, Xavier & Rochet, Jean-Charles. *Microeconomics of Banking.* [trad.] María Esther Rabasco y Luis Toharia. Cambridge - London : The mit Press, 2008. Original en inglés Microeconomics of Banking publicado por mit, 1997, p. 312.

65 Blanco, Constanza. Un marco teórico de la regulación de un sistema complejo: el caso del sistema fianciero amplio. *Colección Enrique Low Murtra de Derecho Económico Tomo xii.* Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 101-226.

66 Morales, Carlos. La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Gunther Teubner (estudio preliminar). [aut. libro] Pierre Bordieu y Gunther Teubner. *La Fuerza del Derecho.* Bogotá : U. De los Andes, Pontificia U. Javeriana, Siglo del Hombre Ed., 2005, pp. 13-80.

ha dicho, dicho objetivo es el de la corrección de fallas de mercado y, por ende, el logro de la eficiencia.

Tal como se ha documentado, la falla de mercado típica en el mercado financiero es la de asimetrías de información, pero también se presentan otras, como posiciones de dominio y barreras de entrada, y mercados incompletos, que generan costos[67]. De otro lado, Stiglitz propone que una falla de mercado que emergió en la anterior crisis, la de 2008, es la de las externalidades sistémicas negativas, causada por las entidades sistémicamente importantes, o *To-Big-To-Fail,* TBTF por su sigla en inglés[68].

En el marco de la regulación prudencial se impone la identificación, clasificación, monitoreo y control de los riesgos de crédito, mercado, operativo, de liquidez y de crimen financiero por parte de las organizaciones del sistema financiero bancario, que hacen parte de la estructura de las normas de Basilea, mejoradas por las de Basilea II, y que tienen como objetivo lograr la solidez, solvencia y profundidad de las entidades bancarias. Igualmente, con miras a prevenir la ocurrencia de otra crisis sistémica como la de 2008, se establecen en Basilea III criterios que llevan a un mejor reconocimiento del capital tangible en el patrimonio técnico de las entidades, a una estructura más estricta de provisiones y al establecimiento de colchones adicionales de liquidez y contracíclico, todo esto con el objeto de prevenir y controlar el riesgo macroprudencial, esto es, el de todo el sistema financiero a nivel global[69].

Así, es claro que la regulación basada en riesgo RBR[70] persigue que los bancos mantengan controlados sus riesgos, de manera que se insiste en la

---

67 Freixas, Xavier & Rochet, Jean-Charles. *Microeconomics of Banking.* [trad.] María Esther Rabasco y Luis Toharia. Cambridge - London : The MIT Press, 2008. Original en inglés Microeconomics of Banking publicado por MIT, 1997, pp. 306, 310.

68 Stiglitz, Joseph. *Regulation and Failure.* [ed.] D. Moss y J. Cisternino. Cambridge : s.n., 2009, New Perspectivas on Regulation The Tobin Project, pp. 11-23. Disponible en: https://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf.

69 Respecto de la evolución de los acuerdos de Basilea se puede ver en Sotelsek, Daniel & Pavón, Lilianne. *Evolución de los acuerdos de Basilea: diagnóstico de los estándares de regulación bancaria internacional.* 25, 2012, Economía UNAM, Vol. 9, pp. 29-50. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2012000100003. Para una comparación de los estándares de Basilea, Basilea II y Basilea III, así como las implicaciones de los ajustes requeridos en Basilea III para Colombia, producto de la crisis de 2008, se puede ver en Clavijo, Sergio, Rojas Carlos y González, Alejandro. *La Crisis Financiera Internacional: el tránsito hacia Basilea III.* 2010, Carta Financiera N. 153 ANIF enero-marzo de 2011, pp. 8-21.

70 Respecto de la regulación basada en riesgo se puede consultar, entre otros, a Baldwin, Robert,

necesidad de identificar, prevenir, monitorear y controlar los riesgos inherentes a la operación bancaria, internos de las organizaciones financieras que prestan dicha actividad, y los correspondientes al ámbito externo a las mismas, por parte de cada intermediario bancario. Esto con miras a lograr la mayor eficiencia y, por ende, rentabilidad, en el ejercicio de su actividad, y dado que deben proteger los recursos de ahorro depositados por el público. Al respecto, es oportuno hacer una referencia particular al riesgo de crédito, que lleva a que estos intermediarios financieros prefieran prestar a aquellas empresas que brinden mayores seguridades de repago de las obligaciones y que estén en capacidad de otorgar mejores garantías.

La intervención del Estado está, en concreto, establecida en la Constitución, que en su artículo 150 numeral 19 literal d) establece que la misma le corresponde al Gobierno nacional, con sujeción a criterios tales como: (i) las actividades deben estar en concordancia con el interés público, (ii) las entidades deben contar con los niveles de patrimonio adecuado que garanticen su solvencia, (iii) las operaciones se deben desarrollar en condiciones adecuadas de seguridad y transparencia, (iv) se debe promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades financieras, (v) las entidades deben poder competir con las demás bajo condiciones de equidad y (vi) se debe evitar la excesiva concentración del riesgo. Algunos de estos criterios están directamente relacionados con la eficiencia en la operación, y / o, en algunos casos, con garantizar la estabilidad sistémica.

De esta forma, el sistema bancario es regulado de acuerdo con lo establecido en la Ley marco del sistema financiero, y las diferentes leyes de reforma que han modificado el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF, así como en el Decreto 2555 de 2010 único financiero y sus diferentes modificaciones, y en las circulares externas únicas Jurídica y Contable 7 de 1995 (actualizada en la 49 de 2014) y Financiera 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia, SFC.

Los instrumentos de intervención con los que cuenta el Gobierno nacional como regulador de la actividad financiera, establecidos en el artículo

---

Cave, Martin, Lodge Martin. *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice.* Oxford : Oxford University Press, 2012, en particular la sección 13 de la parte III, "Rules and enforcement", pp. 281-295. Igualmente, este tema se encuentra desarrollado en Blanco, Constanza. Un marco teórico de la regulación de un sistema complejo: el caso del sistema fianciero amplio. *Colección Enrique Low Murtra de Derecho Económico Tomo XII.* Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 101-226, 126-129.

48 del EOSF, son: (i) autorizar las operaciones de las entidades de acuerdo con su objeto principal; (ii) fijar plazos, montos y garantías requeridas de las operaciones autorizadas; (iii) establecer las normas para que las entidades sujetas a intervención mantengan los niveles de patrimonio adecuados de acuerdo con los riesgos; (iv) limitar el otorgamiento de avales y garantías por razones de seguridad financiera; (v) determinar el patrimonio técnico, el patrimonio adecuado y el régimen de inversiones; (vi) dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial para adecuarla a los estándares internacionales; (vii) determinar, de manera general, relaciones patrimoniales u otros indicadores que hagan posible establecer deterioro de la entidad financiera, para proceder a subsanarlo; (viii) establecer normas de prevención de lavado de activos; (ix) determinar los tipos de crédito cuya tasa de interés deba ser certificada por la SFC, y (x) establecer los niveles adecuados de capital para los conglomerados financieros, teniendo en cuenta sus actividades y los riesgos asociados, entre otros.

De esta forma, las principales normas prudenciales que gobiernan al sistema financiero bancario son las obligaciones de: (i) contar con un capital regulatorio mínimo para constituirse y mantenerse en operación; (ii) tener una relación de patrimonio técnico a activos ponderados por nivel de riesgo superior al 9%; (iii) efectuar reservas o provisiones de acuerdo con el nivel de riesgo de créditos e inversiones, según la clasificación efectuada, para lo cual se utilizan los modelos de valoración de riesgo de que disponga cada entidad; (4) organizar al interno de las organizaciones bancarias, sistemas de administración de riesgo de crédito SARC, mercado SARM, operativo SARO, de liquidez SARL y de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo SARFLAT, entre otras. Algunas de estas normas están dirigidas, en concreto, al logro de mejoras de la eficiencia de las organizaciones, así como a prevenir el riesgo sistémico y a la protección de los clientes y usuarios.

En la siguiente tabla se hace un recuento de la principal regulación para el sistema financiero bancario, que va dirigida al propósito general de mejora de la eficiencia y de alcance y preservación de la estabilidad sistémica. La tabla se basa en la clasificación elaborada por Allen *et al.*[71].

---

71 ALLEN, FRANKLIN & HERRING, RICHARD. Banking Regulation versus Securities Market Regulation. *The Warton School of University of Pennsylvania*. [En línea] 11 de Jul. de 2001, p. 54. [Citado el: 22 de jun. de 2020]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf.

TABLA I
REGULACIÓN FINANCIERA BANCARIA

Tipo y objetivo de la regulación		Normas	Mejora eficiencia
Normas de competencia (*antitrust*)		El artículo 98 del EOSF establece las prohibiciones que sobre conductas que falseen la libre competencia, así como la posibilidad de ordenar la suspensión de las prácticas de competencia desleal. Esta norma tiene una protección constitucional, en tanto el artículo 333 de la Carta Política establece que el Estado impedirá que se restrinja la libertad económica y controlará abusos de posición de dominio en el mercado. Respecto de integraciones, el artículo 55 del EOSF determina las normas a las que se deben sujetar las entidades en el caso de fusión.	X
Estándares de capital adecuado y otras normas prudenciales	Margen de solvencia y requerimientos de patrimonio	En los artículos 2.1.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010 se establecen las normas sobre patrimonio adecuado y relaciones mínimas de solvencia, incluyendo definiciones, niveles, cuándo se realizan en forma individual y consolidada, entre otras.	
	Riesgo de crédito, mercado y operacional para efectos del cálculo del margen de solvencia	En los artículos 2.1.1.3.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010 se encuentran las definiciones y disposiciones respecto de estos riesgos, así como clasificaciones y ponderaciones. Igualmente, en la Circular Externa Básica 100 Contable y Financiera se recogen disposiciones detalladas sobre la gestión de riesgo de crédito, mercado, liquidez, entre otras, como es el caso de la obligación de disponer de sistemas de administración de cada uno de ellos.	
	Capital mínimo	Según el artículo 80 del EOSF, el capital mínimo que deben acreditar los bancos para su constitución, es de Cop $45.085 millones de 2001, ajustado para cada año por el índice de precios al consumidor IPC, establecido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. Este monto solamente podrá ser modificado por ley.	
Requisitos de entrada		Según la Constitución, para el ejercicio de la actividad financiera se requiere de licencia del Estado. En el artículo 53 del EOSF se establecen las condiciones para la constitución, registro y funcionamiento de las entidades bancarias.	X
Requerimientos de liquidez		Uno de los riesgos que debe controlarse en el caso de las entidades bancarias es el de liquidez. De esta forma, En el Decreto 2555 de 2010 y en la Circular Externa Básica 100 Contable y Financiera está definido el riesgo de liquidez, y se establecen las disposiciones detallatas para la gestión de dicho riesgo.	
Reglas sobre conflictos de interés		Según lo establecido en el artículo 98 del EOSF, los directores y funcionarios con acceso a información privilegiada, tienen el deber legal de abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflicto de interés.	X

Fuente: Elaboración propia basada en Allen y Herring[72].

72 Allen, F. &. H. R.,. *Banking Regulation versus Securities Market Regulation,* 2001, p. 54. [En línea]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf [Último acceso: 22 jun. 2020].

Esta carga regulatoria está acompañada por la estructura de estricta inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia sobre los establecimientos bancarios. Así, no sobra anotar que el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones establecidas en la regulación acarreará la intervención de la SFC en procedimientos administrativos dirigidos a sancionar la eventual comisión de infracciones. Tales procedimientos están estipulados en el artículo 208 del EOSF, e igualmente, las correspondientes sanciones, tanto personales como institucionales, se encuentran definidas en los artículos 209 a 212 del EOSF.

Esta regulación, que, como se ha insistido, privilegia la eficiencia y, por tanto, la capacidad de apoyar la generación de riqueza en la economía, se enfrenta a las obligaciones contraídas por el Estado Social de Derecho. Así, la regulación financiera, que está en el ámbito de la regulación económica, se enfrenta a la política pública que persigue objetivos sociales, como se describe a continuación.

3.2. FUNCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA FINANCIERO BANCARIO

Tal como se ha expuesto, la regulación financiera tiene el propósito de corregir fallas de mercado, dentro de un marco de eficiencia y estabilidad sistémica, condiciones para alcanzar el desarrollo medido como crecimiento del producto. No obstante, una tendencia que se ha abierto paso en los últimos años, especialmente después de la crisis de 2008, es la que corresponde al cumplimiento de una función social, que se materializaría dando acceso a los servicios financieros a la población en general, y a las micro, pequeñas y medianas empresas en particular. Dicho acceso a financiación y a otros servicios financieros ha sido catalogado como un instrumento importante de inclusión financiera, que da la oportunidad a los individuos pobres en una sociedad de mejorar su calidad de vida, posición que ha sido avalada por los organismos internacionales.

Así, como lo documentan Blanco y Corredor, organizaciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo, OCDE, y el Banco Mundial, BM, han reconocido que la garantía al acceso a productos financieros apropiados y de calidad a grupos vulnerables, tales como los pobres, a un costo accesible que consulte su capacidad financiera, que es lo que cons-

tituye inclusión financiera, tienen efectos positivos en el desarrollo[73]. Aun cuando es claro que el concepto de desarrollo en tal caso es más amplio que la contabilización del incremento del producto de la economía, llevando a la conceptualización de bienestar integral, no es de desconocer que dar acceso a una mayor población a los servicios financieros, es decir, aumentar la base de ahorradores y deudores, y por ende las tasas de bancarización, también tiene efectos positivos en el desarrollo de las entidades financieras[74].

Es de anotar que existen registros que apoyan a la relación directa entre inclusión financiera y disminución de la pobreza, como es el caso de los documentos de política que dieron lugar a la creación de la Banca de Oportunidades en Colombia, respecto del cual ya se hizo mención. De esta forma, el Departamento Nacional de Planeación, DNP, estableció una relación causal entre el acceso formal al ahorro y el PIB *per cápita*, entre otros indicadores, a la vez que señaló la directa relación entre el acceso a la financiación y a otros servicios financieros y, por ende, mayor profundización financiera o bancarización, y el crecimiento económico, lo que conlleva menor pobreza, dados los postulados del teorema del bienestar[75].

Ahora bien, dada la restricción presupuestal, los gobiernos usan frecuentemente al sistema bancario como una fuente de financiación de algunos sectores, y también como instrumento que le permite canalizar ayudas monetarias a la población vulnerable. En el primer caso, según Allen y Herring, se reglamenta el otorgamiento de recursos por parte de los bancos para la adquisición de viviendas sociales, la financiación de exportaciones, créditos a micro, pequeñas y medianas empresas, e incluso se regula respecto del combate del crimen financiero como es el caso del lavado de activos que

---

73 Blanco, Constanza y Corredor, Jorge. *Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia*. 41, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Julio de 2019, *Revista Cuestiones Constitucionales Universidad Nacional Autónoma de México*, pp. 277-312. Ver pp. 303-304.

74 *Ibíd*. pp. 304.

75 DNP. Documento CONPES 3424 La banca de las oportunidades, una política para promover el acceso a crédito y a los demás servicios financieros en busca de equidad social. [En línea] 2006, pp. 2-3. Disponible en: .http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2017-03/conpes_3424_banca_oportunidades.pdf.

utilice al sistema bancario[76]. Para esto, se otorgan privilegios e incentivos a las entidades financieras[77].

La segunda forma como el Gobierno nacional usa para sus propósitos de inclusión financiera a las entidades bancarias es como canal para distribuir las ayudas monetarias condicionadas, programas mediante los cuales se otorgan a la población vulnerable recursos en dinero para la atención de sus gastos básicos[78]. En el caso de Colombia, el programa en curso desde hace varios años es el de *Familias en Acción*[79], el cual fue complementado recientemente por el de *Jóvenes en Acción*, dirigido a población estudiantil de bajos ingresos.

Así las cosas, dentro de criterios de intervención del Estado que corresponde al Gobierno nacional, tal como está establecido en la Constitución en su artículo 150 numeral 19 literal d), se encuentran algunas relacionadas con la función social de los bancos. Algunos de estos criterios son: (i) tutelar adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios financieros en el ejercicio de la actividad de los bancos; (ii) democratizar el crédito y garantizar el acceso de la población a esta forma de financiación; (iii) proteger y promover el desarrollo de las instituciones de economía solidaria; (iv) promover el acceso a servicios financieros por parte de la población de menores recursos y de la pequeña y mediana empresa y microempresa, y (v) lograr la implementación de mecanismos encaminados a una adecuada educación sobre los productos, servicios y derechos del consumidor financiero.

En ese marco, dentro de los instrumentos normativos que se dirigen al cumplimiento de la función social del sistema bancario, según lo establecido

---

76 Allen, Franklin & Herring, Richard. Banking Regulation versus Securities Market Regulation. *The Warton School of University of Pennsylvania.* [En línea] 11 de Jul. de 2001, pp. 12-13.. [Citado el: 22 de jun. de 2020.] Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf.

77 *Ibíd*.

78 Maldonado, Jorge *et al*. *Los programas de transferencias condicionadas: ¿hacia la inclusión financiera de los pobres en América Latina?* Lima : Instituto de Estudios Peruanos - Fundación Capital, 2011.

79 *Familias en Acción* es un programa del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social DAPS de la Presidencia de la República de Colombia, por el cual se ofrece a familias con niños y adolecentes menores de 18 años un apoyo económico con el fin de que adquieran alimentación, con condición de permanencia en el sistema escolar y atención de salud DAPS. Familias en Acción. [En línea] 2020. [Citado el: 23 de jun. de 2020.]. Disponible en: https://plataformacelac.org/programa/481#:~:text=Familias%20en%20Acci%C3%B3n%20es%20un,permanencia%20en%20el%20sistema%20escolar, (ONU-UNESCO, 2003) ONU-UNESCO. Programa Familias en Acción. [En línea] 2003. [Citado el: 24 de jun. de 2020]. Disponible en: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_intervencion/colombiacct.pdf.

en el artículo 48 del EOSF, están: (i) dictar normas que faciliten el acceso a servicios financieros por parte de la población de menores recursos, la pequeña y mediana empresa y la microempresa, e (ii) incentivar los acuerdos y programas de educación financiera para el ciudadano común, de corta duración y bajo costo, entre otros.

En la siguiente tabla, basada en Allen *et al.*[80], se resume la regulación para el sistema financiero bancario que va en aras del cumplimiento de su función social, y se incluyen aquellas normas que desarrollan los valores constitucionales de acceso a la vivienda digna, democratización del crédito y protección del consumidor financiero.

TABLA 2

REGULACIÓN BANCARIA CON PROPÓSITOS SOCIALES

Tipo y objetivo de la regulación	Normas
Protección del consumidor financiero	La protección del consumidor financiero está establecida en el artículo 78 de la Constitución política, por lo que constituye un valor constitucional, y se encuentra desarrollado en el artículo 98 del EOSF. El régimen especial de protección del consumidor financiero se encuentra en la Ley 1328 de 2009 y la Ley1748 de 2014 de reforma financiera, e igualmente en el Decreto 4759 de 2005 y en la Circular Básica Jurídica de la SFC. Allí se establecen: definición de consumidor financiero, productos y servicios financieros, derechos y obligaciones, principios orientadores que rigen las relaciones entre entidades financieras y consumidores, sistema de atención de los consumidores, información y publicidad, cláusulas y prácticas abusivas, entre otros. De otro lado, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en su artículo 24, establece las funciones jurisdiccionales de la SFC.
Topes a las tasas de interés	Un valor constitucional es el acceso a la vivienda digna, según se establece en el artículo 51 de la Constitución política, y dentro de este concepto, se incluye como criterio de la vivienda adecuada, el acceso a financiamiento. Así, la regulación financiera establece condiciones preferenciales para el acceso al crédito bancario a familias de menores recursos, y dentro de las mismas, el tope a las tasas de interés para la financiación de vivienda de interés social, según lo determinado en el parágrafo del artículo 28 de la Ley 546 de 1999 de financiamiento hipotecario[81].
Requerimientos de inversión	Según lo establecido en el artículo 112 del EOSF, los bancos deben realizar inversiones en títulos de desarrollo agropecuario emitidos por el Fondo de Financiamiento del Sector Agropecuario, FINAGRO, en proporción a las diferentes exigibilidades en moneda legal, según lo que establezca la junta directiva del Banco de la República.

80 ALLEN, FRANKLIN & HERRING, RICHARD. Banking Regulation versus Securities Market Regulation. *The Warton School of University of Pennsylvania*. [En línea] 11 de Jul. de 2001, p. 54. [Citado el: 22 de jun. de 2020]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf.

81 Según lo establecido en los artículos 44 y 83 de la Ley 9ª de 1989, se entiende como vivienda de interés social aquella que reúne las condiciones de habitabilidad, estándares de calidad de diseño urbanístico, arquitectónico y de construcción, y cuyo valor no supera los 135 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El SMLM en Colombia para 2019 es de Cop $828.116.

Tipo y objetivo de la regulación	Normas
Requerimientos en líneas de servicios y productos	En el artículo 49 del EOSF se disponen límites máximos de crédito y de concentración de riesgo, en concordancia con otro valor constitucional, como es la democratización del crédito, que está establecido por el artículo 335 de la Constitución política, segundo inciso. Por su parte, el EOSF, en su artículo 120, establece que los créditos de largo plazo para la adquisición de viviendas no podrán contener exigencias o contraprestaciones; en los seguros que se pacten sobre el bien, el valor asegurado no podrá exceder el de la parte destructible del inmueble; se deberán ofrecer en forma preferente al deudor los bienes recibidos en dación de pago, entre otros. Igualmente, el Capítulo VI de la Ley 546 de 1999 de financiamiento hipotecario establece las condiciones especiales para el crédito para adquisición de viviendas de interés social, además de las generales ya definidas para el crédito de largo plazo determinados en el artículo 17 de dicha ley. En forma consecuente, el Decreto 2555 de 2010 en su artículo 2.1.2.1.1 y siguientes establece límites y cupos para el otorgamiento de créditos.
Requerimientos de reporte de transacciones	En el marco del régimen normativo de prevención de actividades delictivas, en el artículo 102 del EOSF se encuentra la obligación de reportar de forma inmediata y suficiente, a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF del Ministerio de Hacienda y Crédito Público MHCP, información relevante sobre manejo de activos, pasivos y contratos, cuyas características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, entre otras.

Fuente: Elaboración propia, con base en la tabla original de Allen y Herring[82].

Adicionalmente, es de anotar que los bancos participan en el programa Banca de Oportunidades, mediante la concesión de microcréditos, pero también en la recepción de depósitos electrónicos, así como a través de la utilización de otros instrumentos. De esta forma, al inicio del programa de Banca de Oportunidades en 2006, el índice de bancarización en Colombia era del 22%, medida como el porcentaje de la cartera con relación al PIB[83].

Posteriormente, se decidió utilizar la bancarización como una medida de inclusión financiera, y se empezó a entender aquella como la disponibilidad de, al menos, un producto financiero por parte de los adultos. Así, para 2018, tal indicador fue del 81,4%[84]. Pero dado que el hecho de tener un producto financiero no constituye una medida fehaciente de aprovechamiento del

82 Allen, F. &. H. R.,. *Banking Regulation versus Securities Market Regulation,* 2001, p. 54. [En línea]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf [Último acceso: 22 jun. 2020].

83 DNP. Documento CONPES 3424 La banca de las oportunidades, una política para promover el acceso a crédito y a los demás servicios financieros en busca de equidad social. [En línea] 2006, p. 3. Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2017-03/conpes_3424_banca_oportunidades.pdf.

84 SFC. Superintendencia Financiera de Colombia. [En línea] 2020. [Citado el: 24 de jun. de 2020.] Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co.

sistema financiero, se consideró empezar a establecer la intensidad de uso. De esta forma, los administradores del programa Banca de Oportunidades informaron que, en septiembre de 2019, 28,9 millones de adultos tenían, al menos, un producto financiero, pero que solamente 14,6 millones realizaban una real utilización de los mismos[85].

Otra herramienta que lleva a la bancarización, y, por ende, a la inclusión financiera, es la que corresponde a los corresponsales no bancarios. Según la SFC, se trata de terceras personas, como supermercados, droguerías, panaderías, tiendas o misceláneas, que son contratadas por un banco para que presten algunos servicios financieros, como transacciones o pagos, cerca de los hogares de sus clientes[86]. Esta herramienta ha resultado muy útil para permitir el acceso de la población a servicios financieros en zonas rurales y en las localidades urbanas más alejadas de los centros de servicios, que es donde se concentra la población más pobre.

En este ámbito también se encuentra la intervención directa del Estado en el sistema financiero, a través de una herramienta de gran importancia para la prestación de servicios financieros, como es la banca pública, que en el caso de Colombia está representada en el Banco Agrario. Este es una entidad de economía mixta del orden nacional, que es una sociedad por acciones, que funciona con el régimen de una entidad comercial e industrial del Estado, y que tiene como función principal prestar servicios bancarios al sector rural, a través de 749 sucursales. En tal condición, dicho banco combina su propósito de prestación de servicios de depósito y crédito en zonas alejadas, a la vez que debe cumplir con la regulación para la banca comercial, constituyéndose así en una interesante mezcla de racionalidades, la de la equidad y la de la eficiencia. Según sus estatutos, el 70% de su cartera como mínimo deberá dirigirse a la financiación de actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, y como máximo el 30% al financiamiento de entidades territoriales y sus actividades[87].

---

85 Banca de Oportunidades. Reporte de Inclusión Financiera. [En línea] Sep. de 2019. [Citado el: 24 de jun. de 2020] Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2019-12/reporte%20trimestral%20de%20inclusi%c3%93n%20financiera_sept2019.pdf.

86 SFC. Superintendencia Financiera de Colombia. [En línea] 2020. [Citado el: 24 de jun. de 2020] Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co.

87 Banco Agrario [En línea] 2020. [Citado el: 24 de jun. de 2020] Disponible en: https://www.bancoagrario.gov.co/acerca/Paginas/default.aspx.

Por último, las redes bancarias, a través del Banco Agrario, son utilizadas como instrumento indispensable para canalizar las ayudas monetarias de los programas *Familias en Acción* y *Jóvenes en acción*. Este último es una variación del anterior, ya que está dirigido exclusivamente a jóvenes que están adelantando programas educativos técnicos, tecnológicos y profesionales. En ambos casos, los beneficiarios están identificados en un sistema de información como es el Sisbén.

4. BALANCE FINAL A MANERA DE CONCLUSIÓN

La oposición entre la eficiencia que es la base de la regulación financiera, y la equidad que gobierna la función del Estado Social de Derecho está en la base de la dicotomía entre el modelo de desarrollo de una economía de mercado, abierta a la globalización, que se basa en una racionalidad instrumental, y de la cual el sistema financiero bancario es puntal, y las necesidades sociales de búsqueda del bienestar integral de la sociedad por parte del Estado Social de Derecho, que pasa por la erradicación y mitigación de la pobreza que aqueja a buena parte de la sociedad. En cierta forma, es una discusión entre el interés privado, que busca la acumulación de la riqueza y la maximización de la rentabilidad de los negocios, y el bien público, que persigue el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

Una primera respuesta a esta dicotomía es que, tanto la regulación financiera que busca la profundidad, solvencia y solidez de las entidades financieras, con miras a la protección de los recursos del público, como la respuesta del Estado a los problemas de pobreza y desigualdad, parten de la base de un modelo económico de equilibrio general gobernado por la eficiencia. En el primer caso, se regula a los bancos dentro de un marco prudencial y macroprudencial, obligando al control de los riesgos de las diferentes actividades por las que se distribuyen productos y servicios financieros. En el segundo caso, se considera que dar acceso a servicios financieros a la población más pobre, vulnerable o excluida, entre ellos principalmente el crédito, y de esa forma aumentar la inclusión financiera, es una valiosa herramienta, no solo para fortalecer el desarrollo de las entidades financieras, especialmente en países de baja bancarización, con los consabidos efectos de desarrollo económico entendido como crecimiento del producto, sino también porque se contribuiría directamente a la mitigación o disminución de la pobreza y al cambio social, confirmando la teoría.

No obstante, una segunda respuesta tiene que ver con la fortaleza del modelo de economía de mercado, del cual hacen parte los bancos, que sobrepasa las necesidades sociales que incluyen la solución al problema de pobreza. Así, los bancos están fuertemente regulados para que sean eficientes y se logre y mantenga la estabilidad sistémica, y quedaría la inquietud de si realmente mayor inclusión financiera disminuye la pobreza, cuando los indicadores muestran una baja utilización de los servicios financieros, en particular del crédito, por parte de quienes están teóricamente bancarizados, mostrando eventualmente que la mayor eficiencia se contrapone a las necesidades de la sociedad, aun en normalidad, y, con mayor razón, en situaciones de crisis, como es el caso de la actual pandemia.

En este segundo caso, no porque se requieran recursos en forma urgente para reponer la liquidez de las micro, pequeñas y medianas empresas, que son las que más empleo generan, y que están siendo duramente afectadas por el cierre de la economía, se da una respuesta oportuna en el sistema bancario que debe atender a una estricta regulación de control de riesgo, so pena de investigación y sanción en caso de incumplimiento, aun a pesar de las medidas tomadas por el Gobierno nacional de haber aumentado las fuentes de recursos y fortalecido el sistema de garantías. Y ni qué decir de las familias que han visto perder sus empleos o sus fuentes de ingreso, que tampoco encuentran una solución, también pertinente en el sistema financiero.

Tal vez la respuesta pueda estar en dos modalidades de financiamiento que han venido ganando terreno en los últimos meses, pero que pueden estar por fueras del esquema de la regulación actual del sistema financiero: la banca ética, basada en la solidaridad, y los emprendimientos FinTech, fundamentados en tecnologías de la cuarta revolución industrial. Estas dos modalidades podrían contribuir a disminuir el riesgo de cierres, quiebras y mayor desempleo y, por ende, a contener un posible aumento del problema de pobreza. Pero eso será tema de otra investigación.

REFERENCIAS

Allen, F. &. H. R., 2001. *Banking Regulation versus Securities Market Regulation.* [En línea]. Disponible en: http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/01/0129.pdf [Último acceso: 22 jun. 2020].

Avgouleas, E., 2013. *Governance of the Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, NY.

Baldwin, R. C. M. L. M., 2012. *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice.* Oxford: Oxford University Press.

Banca de Oportunidades, 2019. *Reporte de Inclusión Financiera*. [En línea] Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2019-12/reporte%20trimestral%20de%20inclusi%c3%93n%20financierA_sept2019.pdf [Último acceso: 24 jun. 2020].

Banco Agrario, 2020. *Banco Agrario.* [En línea]. Disponible en: https://www.bancoagrario.gov.co/acerca/Paginas/default.aspx [Último acceso: 24 jun. 2020].

bis, 2020. *Basel Committe - bis.* [En línea]. Disponible en: https://www.bis.org/ [Último acceso: 24 jun. 2020].

Blanco, C. y. C. J. "Estándares internacionales de regulación financiera y Estado social de derecho en Colombia", *Revista Cuestiones Constitucionales Universidad Nacional Autónoma de México,* Julio, Issue 41, 2019, pp. 277-312.

Blanco, C. Un marco teórico de la regulación de un sistema complejo: el caso del sistema fianciero amplio. En: *Colección Enrique Low Murtra de Derecho Económico Tomo xii.* Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 101-226.

cepal, 2019. *Panorama social de América Latina*. [En línea]. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf [Último acceso: 20 jun. 2020].

Clavijo, S. R. C. y. G. A., 2010. La Crisis Financiera Internacional: el tránsito hacia Basilea iii. *Carta Financiera N. 153 anif enero-marzo de 2011,* pp. 8-21.

dane, 2020. *dane, Información para todos.* [En línea]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/ [Último acceso: 24 jun. 2020].

daps, 2020. *Familias en Acción.* [En línea]. Disponible en: https://plataformacelac.org/programa/481#:~:text=Familias%20en%20Acci%C3%B3n%20es%20un,permanencia%20en%20el%20sistema%20escolar. [Último acceso: 23 jun. 2020].

dnp. *Documento conpes 3424 La banca de las oportunidades, una política para promover el acceso a crédito y a los demás servicios financieros en busca de equidad social*, 2006. [En línea]. Disponible en: http://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2017-03/conpes_3424_banca_oportunidades.pdf

DNP, 2014. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.* [En línea] Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf [Último acceso: 24 jun. 2020].

FERNÁNDEZ, J. *Modelos Clásico y Keynesiano.* Primera ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FREIXAS, X. &. R. J. C. *Microeconomics of Banking.* Cambridge - London: The MIT Press, 2008.

GARAY, L. &. E. J. *La desigualdad de la riqueza y los ingresos en las personas naturales en Colombia. Nota de investigación.* Bogotá: s.n., 2019

GARAY, L. y E. J. *Medidas de emergencia para mitigar los efectos económicos de la propagación del virus SARS-Cov-2 en Colombia, Una visión alternativa a la gubernamental*, 2020. [En línea]. Disponible en: https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/garay.pdf [Último acceso: 10 may. 2020].

HALL, J. &. B. L. The Effects of Global Interaction on Poverty in Developing Countries. *American Sociological Association,* 18(2), 2012, pp. 236-265.

HWO-OMSa. *Health World Organization*, 2020. [En línea]. Disponible en: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/ [Último acceso: 22 jun. 2020].

HWO-OMSb, 2020. *Health World Organization.* [En línea]. Disponible en: https://www.who.int/foodsafety/areas_work/zoonose/es/ [Último acceso: 22 jun. 2020].

LEVIN, J., 2006. *General Equilibrium.* [En línea]. Disponible en: https://web.stanford.edu/~jdlevin/Econ%20202/General%20Equilibrium.pdf [Último acceso: 23 jun. 2020].

MALDONADO, J. *et al. Los programas de transferencias condicionadas: ¿hacia la inclusión financiera de los pobres en América Latina?.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos - Fundación Capital, 2011.

MARICHAL, C. *Las Grandes Crisis Financieras. Una perspectiva global, 1873-2008.* Buenos Aires: Debate-Ed. Suramericana, 2010.

MORALES, C. La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Gunther Teubner (estudio preliminar). En: *La Fuerza del Derecho.* Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre Ed., 2005, pp. 13-80.

OECD. *Toward Green Growth? Traking Progress*, 2017. [En línea]. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/environment/towards-green-growth_9789264234437-en#page4 [Último acceso: 8 jun. 2020].

Oihançabal, W. *et al. El cambio climático y su relación con las enfermedades y la producción animal, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de Uruguay*, 2010 [En línea]. Disponible en: https://www.oie.int/doc/ged/D11835.PDF [Último acceso: 22 jun. 2020].

Okun, A. *Igualdad y Eficiencia. La gran disyuntiva*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1982.

ONU. *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 1966. [En línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx [Último acceso: 18 jun. 2020].

ONU. *Human Development Report, United Nations Development Programme*, 2020. [En línea]. Disponible en: http://hdr.undp.org/en/ [Último acceso: 20 jun. 2020].

ONU-CEPAL. *El progreso de América Latina y el Caribe hacia los objetivos de desarrollo del milenio. Desafíos para lograrlos con igualdad*, 2010. [En línea]. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/static/files/indicadores_de_pobreza_y_pobreza_extrema_utilizadas_para_el_monitoreo_de_los_odm_en_america_latina.pdf [Último acceso: 20 jun. 2020].

ONU-UNDP. *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Informe de 2015*, 2015. [En línea]. Disponible en: https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015/ [Último acceso: 23 jun. 2020].

ONU-UNESCO, 2003. *Programa Familias en Acción*, 2003. [En línea]. Disponible en: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_intervencion/colombiacct.pdf [Último acceso: 24 jun. 2020].

Piketty, T. *El capital en el siglo XXI.* Primera edición en español ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2014.

Revéiz, E. *El Estado Regulador de Riesgos. Versión de la Nueva Economía Institucional sobre la Globalización*. Bogotá, D. C., Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Centro Colombiano de Responsabilidad, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Sanahuja, J. Introducción. En: *América Latina en un cambio de escenario: de la bonanza de los commodities a la crisis de la globalización*. Madrid: Pensamiento Propio, 2016, pp. 1-13.

Sen, A. Las teorías del desarrollo a principios del siglo xxi. En: E. y. Núñez, ed. *El desarrollo económico y social en los umbrales del siglo xxi.* Washington, D.C.: bid, 1998.

sfc, 2020. *Superintendencia Financiera de Colombia*. [En línea]. Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co [Último acceso: 24 jun. 2020].

Sotelsek, D. y P. L. Evolución de los acuerdos de Basilea: diagnóstico de los estándares de regulación bancaria internacional. *Economía unam,* 9(25) , 2012, pp. 29-50.

Stiglitz, J. *The Role of the Financial System in Development*, 1998. [En línea]. Disponible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.475.9471&rep=rep1&type=pdf [Último acceso: 21 jun. 2020].

Stiglitz, J. Regulation and Failure. *New Perspectivas on Regulation The Tobin Project,* 2009, pp. 11-23.

Zhuang, J. *et al*. "Financial Sector Development, Economic Growth, and Poverty Reduction". *A Literature Review*, 2009. [En línea]. Disponible en: https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php? [Último acceso: 23 jun. 2020].

CAPÍTULO XI

The international intellectual Property Law Regime: An imperial tool

El Derecho internacional de la propiedad intelectual: una herramienta imperial

DAVID ENRIQUE BETANCOURT CRUZ*
FEDERICO SUÁREZ RICAURTE**

RESUMEN

Este artículo examinará la intersección del dogma del libre mercado con el poder corporativo y las modernas herramientas neoliberales de control y dominación existentes en los llamados "Acuerdos Bilaterales de Inversión", el régimen internacional de propiedad intelectual y las "Cadenas Globales de Valor" –Global Value Chains (GVCs) que le permiten a la élite global beneficiarse de la cadena de valor a expensas del "precariado global", perpetuando así la creciente desigualdad global.

La falta de acceso a medicamentos esenciales y que salvan vidas en los países en desarrollo es solo un ejemplo de esta dinámica inequitativa y habla de la necesidad de repensar el actual sistema de patentes e idear diferentes estrategias para regular y reducir los costos de los medicamentos para los países en desarrollo y los menos desarrollados que son más afectados por los Bloques de Interés Transnacionales– Transnational Interest Blocks (TIB) en el contexto de la actual pandemia de alcance internacional por Covid-19. Precisamente en tiempos como estos debemos preguntarnos:

¿Cuál es la función social general del régimen contemporáneo de propiedad intelectual en el contexto de Covid-19? ¿En qué medida se puede lograr esa función dado el diseño existente de las normas de patentes internacionales

---

* Master of Laws, LL.M. specialization in European Law and LL.M in Intellectual Property Law, Stockholm University, Sweden. David Betancourt is a member of the line of research on TWAIL and International Investment Law (*Aproximaciones al Derecho Internacional desde la Perspectiva del Tercer Mundo-TWAIL-Análisis Crítico del Derecho Internacional de las Inversiones)* currently a contributor for Afronomicslaw.Org. He previously worked at ECIPE in Brussels, Belgium on Intellectual Property and International Political Economy. In 2016 he completed an internship at Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Dirección de Inversión Extranjera, Servicios and also at Superintendencia de Industria y Comercio Delegatura del Consumidor. He is the Director of ElitSD.Org, his work focuses on Intellectual Property law reforms, innovation policies and sustainable development projects. He is the advisor of different firms working on Intellectual Property, Access to Medicines and Technology Transfers: david.betancourt@live.com

** International Economic Law and Constitutional Law Professor at Externado de Colombia University. LL.M. in International Commercial Law with International Law, Kent University (Canterbury, England). Master in Human Rights and Democratization, Externado de Colombia University in agreement with Carlos III de Madrid University. Bachelor of Law, Externado de Colombia University. Visiting Fellow Transnational Law Institute, King`s College London. Visiting Fellow at the Nathanson Centre of Osgoode Hall Law School, York University (Toronto, Canada). Worked as a clerk at the Colombian Constitutional Court and as a legal advisor of Dr. Carlos Gaviria Diaz, former President of CAITISA. e-mail: federico.suarez@uexternado.edu.co

y las normas nacionales asociadas con respecto a las patentes farmacéuticas en países en desarrollo?

ABSTRACT

This article will examine the intersection of free market dogma with corporate power and modern neoliberal tools of control and domination existent in the so called "Bilateral Investment Agreements", the International Intellectual Property Regime and "Global Value Chains" (GVC) that enable the global elite to profit from the value chain at the expense of the "global precariat", thereby perpetuating growing global inequality. Lack of access to lifesaving and essential medicines, vaccines and effective treatments for Covid-19 in developing countries and Least Developed Countries (LDCs) is just one example of this inequitable dynamic, and speaks to the need to rethink the current patent system and to devise different strategies to regulate and reduce costs of expensive drug products for developing countries that are most affected by Transnational Interest Blocks (TIB) in the context of the current pandemic of international scope. It is precisely in times like these that we must ask ourselves what is the overarching societal function of the contemporary Intellectual Property Regime in the context of Covid-19? To what extent is that function attainable given the existing design of International Patent rules and associated domestic rules regarding pharmaceutical patents in developing and LDCs?

INTRODUCTION

This new pandemic hearkens back to debates in prior decades about whether certain essential medicines could be declared as *global public goods* through efforts such as compulsory licensing. It is time to reform the international intellectual property system, especially the patent regime, as we are in need of shared research and development (R&D). Most of the pharmaceutical discoveries and advances have been made with state investments, regardless this, several pharmaceutical multinationals in recent years have oriented their strategy towards filing new patents, test data and utility models aimed more at increasing royalties than at saving us from the onslaught of Covid-19.

Many patented inventions are based on publicly subsidized research in public institutions. It is, therefore, the global public that pays taxes that often

finance many research activities. Consumers, in turn, have to pay higher prices for patented products and in this process of increasing profits there is a parallel loss of intellectual commons. This is why it is imperative to de-link R&D from the final cost paid by consumers. The prices of medicines and other health products should be set on the basis of accessibility by all those in need. This improved accessibility is essential in Least Developed Countries (LDCs); to this end, a new legally binding international R&D treaty should include mechanisms to decouple the cost of Research and Development (R&D) for all diseases and pandemic out-breaks from end consumer pricing mechanisms.

The main objective of this piece is to put into perspective the present challenges of the actual Intellectual Property Regime and to demonstrate how patents and Trade Related Aspects of Intellectual Property Agreement[1], from now on the TRIPS Agreement, actually concentrate profits in the hands of Transnational Interest Blocks rather than diffuse and advance health improvements around the world. If the International Community really wants to achieve the third Sustainable Development objective by 2030, international reforms to existent policy incoherence's in International Intellectual Property law must be done. If Developing Countries work together and continue to use TRIPS flexibilities, and follow the example of Brazil regarding Bilateral Trade and Investment Agreements, that may spur the development of local industries and research and development of pharmaceutical products to face current epidemic caused by SARS-Cov2 known as Covid-19. Then, maybe one day Least Developed Countries could reach a balance between the right to health and diffusion and empowerment of their own industry and provide: *"access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all"* and not just for those who can afford it. The central point of this article is to ask about the appropriate balance between the rights of innovators and fair use of the IP system as a whole. Such a balance would strive to protect Global Public Goods and the development of inventions for all, not just for a privileged minority at the top of Forbes 500.[2]

---

1 The TRIPS Agreement, which came into effect on 1 January 1995, is to date the most comprehensive multilateral agreement on intellectual property.

2 5 of the most profitable companies in 2018 are tech companies: http://fortune.com/fortune500/ last accessed on June 2019.

This article is divided into four parts. The first part is concentrated in the international architecture of Intellectual Property rules and Transnational Interest Blocks (TIBs) and the various mechanisms that promote transnational interest, specifically analyzing the pharmaceutical industry as a case study. The second part is dedicated to evaluating different arguments in favor of patents and some empirical evidence against patents. Then, some words are used to explain the Imatinib- Glivec case and the new legal solutions of the Ministry of Health in order to face the high price of certain lifesaving medicines in Colombia.

The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the subsequent decisions of WTO Members accord importance to public health objectives. This recognition is manifested both in the text of the Agreement, as well as in a waiver and in a later amendment to the Agreement adopted by Members. While the text of the TRIPS Agreement specifically Article 8.1 recognizes the right of Members to adopt measures "*necessary to protect public health,*" the subsequent waiver and amendment concern the rules governing compulsory licensing[3].

> "*Principles:*
>
> *1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.*
>
> *2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology."*[4]

---

3 What is compulsory licensing? Compulsory licensing is when a government allows someone else to produce a patented product or process without the consent of the patent owner or plans to use the patent-protected invention itself. It is one of the flexibilities in the field of patent protection included in the WTO's agreement on intellectual property — the TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Agreement. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/public_health_faq_e.htm For further details about the procedure to issue a compulsory licence read. Correa, Carlos M., *Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents*, RESEARCH PAPER 107, April, 2020. South Centre.

4 See more at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm last accessed on 24/11/2020.

It is important to state that these flexibilities of the TRIPS Agreement are not new. In fact, they are in effect since January 1995. Compulsory licensing, it is when the generic copy is produced mainly for the domestic market, not for export. As an example of this, will be examined below the mentioned case of Imatinib- Glivec in Colombia and why the Government did not use the flexibility of article 31 TRIPS to tackle the pricing issue and will make a brief reference to the Indian and Brazilian approach to this problem as well.

I. THE INTERNATIONAL ARCHITECTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY RULES AND TRANSNATIONAL INTEREST BLOCKS (TIBS)

The way in which the main transnational corporations at the global level have diversified the production, commercialization and sale processes has had an important influence on the excessive protection that intellectual property rights have acquired in the WTO, in international investment treaties and in other international treaties such as trade agreements. This phenomenon of segmentation of the various stages of production is known as global supply chains and politically they have had an important influence on the exaggerated protection of intangible assets in the aforementioned treaties.[5] An analysis carried out from 1980 to 1990 of the value of the 500 companies that are part of Standard and Poor's concluded that as a percentage of the value of a transnational company of this rank, intangible assets, such as intellectual property rights, have become more important than tangible assets. By 1998 intangible assets were 85% of the total value of companies, while tangible assets were worth only 15%. This figure shows a fundamental change in the way companies were appreciated in 1982, since in that year tangible assets accounted for 62% of a company, while 38% was the value of intangible assets. At the top of global supply chains are multinationals that have intellectual property rights, especially the high-tech sector[6], which gives these

5 RONALD W. COX y MICHAEL WARTENBE, *The Politics of Global Value Chains* en R. Kiggins (ed.), *The Political Economy of Robots*, International Political Economy Series, (Palgrave Macmillan, Cham, 2018).

6 "The high-tech sector defined broadly as telecommunications, computer software and hardware, semiconductors, electronic components, and information systems, occupies a central strategic location in the creation and maintenance of global supply chains." Ibíd. 21

firms an economic and political advantage that allows them to subordinate the entire chain.[7]

It should be noted that there are different mechanisms of empowerment and development of TIBs in the current neoliberal global market; besides huge lobbying powers of translational corporations influencing decision making processes in the European Union or Washington, Japan or China, there is no doubt that strengthening the current Intellectual Property Regime[8] is very profitable for the countries and interest groups that advocated the very inception of the WTO in 1995. The WTO as we know it is the result of several rounds of trade liberalization culminating in the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

In a paper that studied more than 8.500 pages of declassified documents from the archives of the IMF and former US treasury secretary James Baker, complemented with 10 interviews from IMF officials, Kentikelenis and Babb concluded that neoliberal globalization was leading by the United States. An important international institution to achieve it was the IMF, which was institutionally transformed in the 1980s. The initial purpose of the IMF was to provide assistance for currency stabilization. However, promoting structural adjustment programs in developing countries the IMF spread free markets around the world and modifies internal policies of the states.[9] As an example of that transformation the authors provide the following example, which also indicates the political content of neoliberal policies in that period. After the Baker Plan was launched in 1985, the IMF offered loans for developing countries under the Structural Adjustment Facility (SAF). In that year, Charles Dallara prepared a scheme to the IMF departments and Executive Board to operate this lending's widely. The US proposal stated that low-income countries would have to work with the IMF and the World Bank to develop *"a comprehensive policy framework which would be broad enough to encompass recommendations in such areas as the current account position; fiscal policy; relative prices; money and credit expansion; exchange rate reform; liberaliza-*

---

7 Ibíd. 21-22

8 Not to mention the creation of the World Intellectual Property Organization (WIPO) as the core organ of global capitalism - an organization with more personnel than the WTO and more staff in Geneva than any other international organization besides the UN.

9 KENTIKELENIS, A. and S. BABB. 2019. "*The Making of Neoliberal Globalization: Norm Substitution and the Politics of Clandestine Institutional Change.*" American Journal of Sociology. 124(6): 1720-1762. 1723.

tion of trade, foreign direct investment, and exchange restrictions; privatization of parastatal organizations; deregulation of domestic markets; sectoral policies; investment programs; tax policies; expenditure controls; financial market reforms; labor market reforms; and other areas, as appropriate (IMF 1986c)."[10]

According to Amy Kapczynski the inclusion of intellectual property law into WTO in the 1980s was a result of the lobby that multinational corporations, based in the United States, did together with governments of United States, Europe and Japan to enforce at a global level the economic interest of software, entertainment and pharmaceutical companies. At the time, almost sixty countries in the Global South did not allow patents on medicines, the same as it was for a great deal of developed countries when they did not have such a degree of development. By forcing developing countries to entry on the new trading regime, they were necessarily adopting stronger protection of intellectual property law. Hence, developing countries would be threatened by a powerful adjudicatory mechanism, which was authorized to sanction any violation to IP norms. Multinational corporations and wealthy countries succeeded imposing an stronger protection on intellectual property rights, which allow them to support their research on the production of global public goods, and also fostering one of their main exports and a source of comparative advantage.[11]

Stronger protection of intellectual property (IP) rights is a key component of economic globalization and neoliberalism. It belongs to a core principle of the 'Washington Consensus' and to the agenda of the IMF and the World Bank, and a central element of the trading system originated in the 1990s. A further protection of IP rights entails substantial restrictions in terms on access to medicines, particularly for low-income countries and people.[12] '*Stronger IP rights were adopted around the world not because they were a tool of economic efficiency (though they were promoted as such at the time) but because they gave power to certain elite countries and companies, despite their social and economic costs.*'[13]

---

10 *Ibíd*. 1742

11 KAPCZYNSKI, AMY, "*The right to medicines in an Age of Neoliberalism".* Humanity Journal. April 26, 2019. < http://humanityjournal.org/issue10-1/the-right-to-medicines-in-an-age-of-neoliberalism/>

12 *Ibíd*.

13 *Ibíd*.

According to R.W. Cox and M. Wartenbe: *"transnational corporations have used the acquisition of patents to create quasi-monopoly power within the market. This is made possible by corporate purchase of patents just to keep competitors from accessing particular technologies or to discourage market entry by using patents to drive up the costs for start-up businesses. Corporations acquire patents not simply due to their own innovations, but more often due to the ability to purchase patents from publicly funded institutions at low costs, or the ability to use mergers and acquisitions to acquire control over patent technology held by a competitor or potential competitor. Therefore, the acquisition of patents is not primarily a process to reward corporate innovation. It is instead a political process through which corporate actors acquire patents from other entities, often public institutions, innovative products are socialized while the profits become privatized (Perelman 2003; May and Sell 2005)."*[14]

The segmented global production strategy implies that multinationals in the United States, Japan and Western Europe focus their investments on research, design, and the strategic acquisition of patents, which implies an increase in their dependence on foreign production of intermediate goods, whose assembly and labor is distributed among low and middle income countries. For this reason, from 1991 to 2010, imports from low-income countries have increased to high-income nations as follows: in the United States from 20% to 50%, in Japan from 21% to 52%, in France from 10% to 21%, in Germany from 8% to 23% and in the United Kingdom from 9% to 22%.[15]

Transnational firms based in the USA, the EU, and Japan cooperated in pursuit of a trade-related Intellectual Property Rights (TRIPS) agenda that would form an important part of the Uruguay Round of GATT and would be institutionalized in the creation of the World Trade Organization WTO (Sell 2003). This international framework is what professor Guy Standing called: the Global architecture of rentier capitalism.[16]

---

14 "Corporations acquire ownership of IPRS through a variety of mechanisms, which include research and development; purchasing patents from other inventors; mergers and acquisitions; and reliance on publicly funded research and development programs which privatize innovations at subsidized costs". RONALD W. COX and MICHAEL WARTENBE, "*The Politics of Global Value Chains*", pp. 7-25.

15 *Ibíd*., 22.

16 STANDING, GUY. *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay*. <https://www.goodreads.com/book/show/31945071-the-corruption-of-capitalism> accessed on 23 June 2019.

According to Dr. Guy Standing, a truly free market does not exist, and nor is such an autonomous market possible given that the current global institutions are in fact politically driven. The new liberal ideology and the illusion of unlimited economic growth created a global plutocracy. As stated by COX, Transnational Interest Blocks- concentrate financial capital, and rentiers are running away with most of the generated revenue while the global precariat is growing and inequalities are rising everywhere around the globe.

There is no doubt that all Bretton Woods institutions that shaped the global economy rewarded rent seekers. The Intellectual Property Regime and the strengthening of IPRS beyond WTO Agreements thought Investment Agreements have contributed to the success in transnational production, Global Value Chains that concentrate profits at the top while at the same time putting enormous pressure and risk on those at the bottom of the pyramid. In short, GVCS socialize risk and losses while privatizing profits!

2. RETHINKING THE PATENT BASIS: ARE PATENTS AND IPRS REALLY PROMOTING INNOVATION AND PROGRESS IN TIMES OF COVID-19?

To answer this question, this part shall make reference to the very foundation of the patent system that began with the monarchy in 14th century England. At the time, the English monarchy granted temporary monopolies. Today, knowledge and technology intensive industries utilize the World Intellectual Property Organization (WIPO) system to grant monopolies over knowledge represented in IP. Such ventures constitute about 30 % of global output. Intangible capital accounted, on average, for 30.4 percent of the total value of manufactured goods sold throughout 2000–2014.[17]

Katrina Pistor argues that financial assets and patents are defined as intangible, which means that cannot be touched, but are legally created. Whereas financial assets do not need an official act of state to come into

17 "The intangible capital share rose from 27.8 percent in 2000 to 31.9 percent in 2007, but has remained stable since then. Overall, income from intangibles increased by 75 percent from 2000 to 2014 in real terms, amounting to USD 5.9 trillion in 2014.Three product groups – food products, motor vehicles and textiles – account for close to 50 percent of the total income generated by intangible capital in the manufacturing global value chains": https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2017/article_0012.html

existence, intellectual property rights rely on the law to their existence. Both intellectual property and financial assets are coded in what she calls as the code of capital, *'over which lawyers have much sway subject only to the odd challenge in a court of law. Granted, they still need some domestic legal system to sanction the coding strategy, but lawyers can pick and choose from among a menu of legal systems on offer.'*[18] Pistor states that most inventors, composers and authors receive a very little return for their creativity, and she argues that the beneficiaries of the intellectual property rights are largest corporations that extract profits from their patents. In the United States most patents are filed by corporate entities: from 2002 to 2015 more than 4.6 million patents were given to foreign and US patent holders; from which 43.5% to foreign, 44.1% to US Corporations and just 12% to individuals and less than 1% to government.[19]

Coming back to the historical background, the statue decreed on May 29th, 1624 regarding monopolies in England under the reign of King James I, had the objective of preventing the Crown from extracting money from patents or temporary monopolies to petitioners through letters of patent. The Statute of Monopolies was an Act of the Parliament of England notable as the first statutory expression of English patent law.[20]

The grant of a monopoly was restricted to inventions. Then, even the American Constitution makes reference to patents to promote progress of science and useful arts: *U.S. Constitution Article I Section 8 | Clause 8: –" Patent and Copyright Clause of the Constitution. The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."*

Since 1624, the Intellectual Property Regime has successfully expanded its power around the world and today we have several international instruments, to name a few: the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, done at Berne on September 9, 1886, as revised at Paris on July 24, 1971; the Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme, the Declaration on TRIPS and Public Health (WT/MIN(01)/

---

18 Pistor, Katharina. *The Code of Capital* (pp. 115, 143). Princeton University Press. Kindle Edition.

19 *Ibíd.*, 115.

20 See full statute at: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3> accessed on January 2019.

DEC/2), adopted on November 14, 2001 and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, done at Paris on March 20, 1883 as revised at Stockholm on July 14, 1967. Only in 2014, 2.7 million patent applications were filed around the world, and the estimated value of the global patent stock today would be over 15 trillion USD. In Colombia, when we take a look at the number of patents filed in 2018, we see that non-residents filed 87 %, and 67 % are from the chemical industry. What this tells us is that only 13 % [21], or 142 national patents of invention where filed in 2018.

This landscape makes very difficult to level the playing field for a country that is developing its local industry. When we compare the number of patents filed in the USA by other countries, the statistics stand in stark contrast. The top 10 companies in patents granted in the USA in 2017 are mainly electronics and telecommunications.[22] Worldwide, more than 3 million patent applications were filed in a single year, up 8.3% from 2015. Driving such strong growth was an exceptional number of filings in China, which received about 236,600 or 98% of the additional filings. The next largest contributor was the United States of America (U.S.) with around 16,200 additional filings.[23] Of the top 20 patent offices, 12 were located in high income countries, six in upper middle income countries and two in lower middle income countries. In terms of geographic distribution, eight offices were located in Asia, six in Europe, two in North America, two in Latin America and the Caribbean (LAC), and one each in Africa and Oceania[24].

The patent application of Latin America and the Caribbean represents only 3.0 %, while Asia (mainly China) and the USA represent more than 80 % combined. As it was stated before, most of the patents filed in Colom-

---

21 Available at: <http://www.sic.gov.co/recursos_user/ranking%20de_PI_2015/stattrends.html> accessed on January 2019.

22 See further at: <https://www.ipo.org//wp-content/uploads/2018/06/2017_Top-300-Patent-Owners.pdf> accessed on January 2019.

23 "The State Intellectual Property Office of the People's Republic of China (SIPO) received 1.3 million patent applications in 2016 – more than the combined total for the United States Patent and Trademark Office (USPTO; 605,571), the Japan Patent Office (JPO; 318,381), the Korean Intellectual Property Office (KIPO; 208,830) and the European Patent Office (EPO; 159,358). Together, these top five offices accounted for 84% of the world total in 2016, which is nine percentage points higher than their combined share 10 years Earlier". Available at: < https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2017-chapter2.pdf> accessed on January 2019.

24 Available at: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2017-chapter2.pdf> accessed on January 2019.

bia[25] are non- resident patents, representing Transnational Interest Blocks of pharmaceutical and chemical multinationals.

If Colombia really wants to be competitive and develop its own industry, the number of patents filed by local industries must increase. Furthermore, the number of Colombian firms filing patents abroad should also be higher in order to level the playing field. To these end, Colombia and other developing nations could utilize the flexibilities of the TRIPS Agreement while developing a knowledge-based industrial sector. The Fourth Industrial Revolution it's expanding quickly, and the numbers show that LA is way behind when it comes to protecting innovations while manufacturing loses importance as a value-creating sector.[26]

The balance between IP protection and use is critical. It is not only about patents; in the digital age, Colombia should focus on developing a strategy that take into consideration the importance of trademarks, geographical indications and copyrights in an economy facing new realities such as big data and Artificial Intelligence.

It will be difficult to strike an appropriate balance between inventors' claims that they should be rewarded for what is perceived to be their investment and risky endeavor (and providing financial incentives to innovators) while also promoting anddeveloping access to products such as medicines. This constitutes a legal challenge, yet the International Intellectual Property Regime is in need of legal adjustments take into consideration the reality of our globalized economy in a digital age and the context of a pandemic of international scope. As such, these adjustments to the International Intellectual Property Regime should be made through political processes.

Most technological advances today are built on past inventions that were developed over generations, including many inventions that involved no investment, no costs and no risk, and those that even occurred by accident.[27]

---

25 See more at: <http://www.sic.gov.co/ruta-pi/diciembre6/cifras-de-nuevas-creaciones-en-2017> accessed on June 2019.

26 See more on big data in page 40: <https://www.bfna.org/wp-content/uploads/2017/11/Bertelsmann- Foundation_The-No-Collar-Economy-LQ.pdf> accessed on January 2019.

27 E.g. Michael Faraday (born Sept. 22, 1791) was a British physicist and chemist who is best known for his discoveries of electromagnetic induction and of the laws of electrolysis. His biggest breakthrough in electricity was his invention of the electric motor. He followed inventions of the electromagnet and battery developed by Volta. See more in: STANDING, GUY. The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay.pp.10-280. https://books.google.com.co/books/about/The_Corruption_of_Capitalism.html?id=qgX1DAAAQBAJ&redir_e

The case of Silicon Valley is an example that demonstrates how *start-ups* benefited from public spending on research in universities and defense; for instance, the internet was a publicly funded technology intended for military use, and it is now freely available to all. The internet went from being an obscure research idea to a technology that is used by over 3.2 billion people in less than sixty years! Furthermore, features such as the GPS technology used in smartphones today was developed with government backing.[28]

This process of socializing the costs and privatizing the profits can be seen most clearly in the case of the USA where military spending, funneled heavily through research universities during the Cold War and through private contractors in locations such as Silicon Valley as early as the 1970s, provided the technological innovations and infrastructure that was later developed and patented by dominant high-tech corporate firms (Benner 2002).

The computer and telecommunications sector owes much of its economic success to the ability to "tap into" publicly funded institutions such as the research university, whose ability to enter licensing arrangements with corporations was enhanced in the USA by the passage of the *Bayh-Dole Act of 1980*, which allowed public universities to license and patent technologies that were developed as a result of federal funding.[29]

There is no consensus today on whether patent rights result in more innovation and public access worldwide. On the contrary, monopoly pricing by patent holders has blocked access to innovative products, medicines and technologies to less privileged people in the developing and less developed world. This is because patent systems tend to distort research and development, and Transnational Interest Blocks use different mechanisms to control

---

sc=y>Also, <https://www.theguardian.com/books/2016/oct/26/the-corruption-of-capitalism-guy-standing-review- why-rentiers-thrive-and-work-does-not-pay> accessed on June 2019.

28 February 7, 1958 was the day Secretary of Defense Neil McElroy signed Department of Defense Directive 5105.15. His signature launched the Advanced Research Projects Agency (ARPA), now known as the Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA). The creation of the agency is an important moment in science history because it led to the creation of the internet we recognize today: <https://sciencenode.org/feature/a-brief- history-of-the-internet-.php>

29 The result of the Bayh-Dole Act was an exponential increase in the appropriation by private corporations of federally funded research through exclusive licenses with public universities (Ward 2012: 93–94). Previously, such research was often (though not always) shared freely and widely available to the public through organizations such as the National Institutes of Health, see more at: Ronald W. Cox and Michael Wartenbe, "The Politics of Global Value Chains". pp. 7–25.

the market. Due to this situation, there is no free market and competition is almost non-existent when it comes to pharmaceutical products in LDCs.

It has been suggested that patents may actually prevent further development; for instance, when James Watts patented his invention of the Steam Engine, development and access to the technology was not possible until the expiration of his patent. Just a few patents have real economic value today as more than 90 per cent were filed to ensure a monopoly or granted to block potential litigation for rent seeking purposes. As a consequence, the real value of patented inventions has been falling in OECD countries in 2015 what may be a reflection of defense filing in order to block competitors to enter a particular industry for the benefit of the plutocracy that own and control IPRs.

Transnational Interest Blocks utilize the patent system and the International Intellectual Property Regime for rent seeking purposes. There is a commodification of ideas, knowledge and information through several instruments of control, for instance, the so called 'Patent Trolls', prevent rivals from entering the market. 'Patent trolls' are firms, typically lawyers, who indiscriminately buy up many patents with no intention of using any of them to develop a product or bring a product to market. They are looking for potential targets to sue for intellectual property infringement or patent infringement.[30]

To cite one example of this, there is the patent war between Apple and Samsung[31] who sued each other over various combinations and in different jurisdictions for damage claims amounting to billions of dollars. Patents create short terms monopolies. Some International firms use 'zombie patents'[32], making small changes to drug formulations and claiming new inventions, or paying for delay agreements with generic producers in order to continue to receive rental income beyond the patent term or delaying the entry of generics on the market or extending the terms of protection beyond WTO agreements using Bilateral Investment Agreements like the new USMCA.[33]

---

30 Available at: <https://www.products-liability-insurance.com/patent-trolling-growth-industry/> last accessed on June 2019.

31 Available at: <https://www.theverge.com/2018/6/27/17510908/apple-samsung-settle-patent-battle-over- copying-iphone> accessed on January 2019.

32 See more at: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/06/21/zombie-patents> accessed on June 2019.

33 See Further at: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/171517/

Some regard the spread of IP rules for rent seeking purposes as having benefited developed country governments and owners of IPRs. There is a need to find an appropriate balance between the financial incentives of innovations and access and development of affordable medicines and fair prices in developing countries. Transnational corporations have used the acquisition of patents to create quasi-monopoly power within the market while developing countries spend huge amounts of money in order to cover the cost of many lifesaving medicines. The establishment of a TRIPS Agreement strengthened corporate power and rentier capitalism. In terms of Ronald W. Cox and Michael Wartenbe:

> Patents secured in developed countries were immediately given wider protection within the markets of all WTO member states. Second, whereas countries could previously offer patent protection for short time spans to help spur spin-off research and development and local innovation, now required to extend patent protection for 20-year periods in most cases. Third, governments were now limited in how they regulate patent holders, so that there can be no requirement that patent holders share technology with domestic firms, or disseminate patented technologies for wider domestic policy or societal utilization.[34]

Many patented inventions are based on publicly subsidized research in public institutions. Therefore, it is the global public that pays taxes that finance some research. Consumers have to pay higher prices for patented products and in the process there is a loss of intellectual commons. Governments of developing countries face international pressures not to use flexibilities in the areas of health and safety due to political or economic coercion from international investors, and because trade agreements that are negotiated outside the boundaries of the WTO often resulting in primarily agreements that are primarily oriented toward "investment" rather than trade agreements in provisions that go beyond the jurisdiction of WTO.

In conclusion, Transnational Interest Blocks have enormous political and economic power in order to determine the international legal instruments that will in turn enable them to continue securing patents by tapping into publicly funded sources of innovation. TIBs will also allow international

---

strengthened-ip- protection-under-the-usmca-extensions-to-data-protection-and-patent-term-restoration-headline> last consulted on June 20, 2020.

34 RONALD W. COX and MICHAEL WARTENBE, "*The Politics of Global Value Chains"*, pp. 7-25.

corporations to purchasing patents from other firms, or to acquire them through mergers. As a result, the least-developed countries face big challenges when it comes to developing their own industry and in being able to compete equally in the world market.

An important phase of the protection of intellectual property was the inclusion of this concept under the notion and scope of the term investment in the contemporary international investment law regime. There was concern on the part of developed countries about the widespread copying of their inventions. Similarly, foreign investment is also related to new developments in intellectual property, and vice versa, major movements of foreign investment are made with new developments in mind that are ultimately safeguarded by intellectual property regulations. When joint venture contracts are developed, foreign investors seek protection for the technology that would be transferred by them to the local national partner with whom they would develop the business. The types of intellectual property that would be covered by international investment treaties would be patents and copyrights, which are rights technically recognized by the law of the State receiving the investment, as well as other rights such as know-how.[35]

The copyright rules for music, painting, sculpture, photography, videos, movies, television shows, computer programs, and databases have been strengthened over time. In the European Union the term of protection for sound recordings has been extended to 70 years from the time they are published.[36] And in the United States it was extended to 95 years, which gives it similar protection to movies made in the studios of that country. The protection of intellectual property rights has also been carried out through these investment protection treaties due to the high global figures that this business drives. In 2014, cross-border payments of royalties and licensing costs for the use of all forms of intellectual property, excluding profits from domestic exploitation, were estimated by the WTO to be close to US $ 300 billion, a figure that was three times greater than that reached in the year 2000 and ten times the amount in 1990. This figure does not include audio-visual trade in services for movies, music, videos, or television programs, which amounted to US $ 19 billion in 2013.[37]

---

35 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment Second Edition* (CUP, 2004) 12-13

36 Guy Standing, *The Corruption of Capitalism* (Biteback Publishing, 2016) 62.

37 *Ibíd*.

International investment treaties and international trade regulation, among others, internationalize intellectual property rights that are protected locally by the States of origin of the investment. In the area of international trade, TRIPS, Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, an international treaty that is part of the fundamental treaties of the WTO, operates in a similar way to what investment treaties would work. While these treaties also include intellectual property rights within the definition of investment, they internationalize the protection of this property in such a way that any violation of intellectual property is a violation of local intellectual property law, and empowers the investor to request redress for violating an international obligation under a bilateral investment or multilateral trade agreement. However, the recourse that may be filed will be different in light of the investment law from that of international trade, since in the former the investor may request direct reparation in investment arbitration, while for the violation of international trade regulations only States parties may go to the WTO dispute settlement body.[38]

As a result of the excessive protection that the intellectual property regime has at the international level, there is a high risk that states must compensate multinationals when they impose limits or restrictions on the exploitation of intellectual property. For example, in cases of compulsory licensing or parallel imports, it may trigger pharmaceutical multinationals that produce the drugs subject to the measure, to request reparation in light of violated international obligations, in particular for violating the term "foreign investment" and the notion of "expropriation" contained in international investment treaties.[39] The Imatinib case will illustrate this contradiction in part three of this text.

To the extent that it is a multilateral scenario that has a greater participation of all types of States, the WTO gives developing countries a margin of freedom regarding the regulation of patents that they can choose according to their interests. This is called the "dynamic" patent regime, which is designed to improve the conditions in which these countries can benefit from the technology, such as achieving the due transfer or adjusting it to their development objectives. This prerogative of the global patent regime in favor of developing countries has led developed countries and transna-

---

38 M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment Second Edition* (CUP, 2004) 12-13
39 *Ibíd*.

tional companies, such as those in the high-tech sector, to push for a more robust patent regime in investment agreements or trade agreements, which are perfected at the regional or bilateral level.

This means that trade agreements negotiated outside the terms and limits of the WTO are mainly investment protection treaties, and that they seek greater political, legal and economic protection than the WTO's multilateral terms on intellectual property. To the extent that patents constitute a quasi-monopoly to their holders, extending this regime globally means that international treaties extend privileges to transnational corporations whose political and economic influence has allowed them to obtain such patents. The global institutionalization of patent rights has embodied the growing instrumental and structural power of transnational corporations and developed country governments to draft rules, inside and outside the WTO, that disproportionately privilege the benefits associated with ownership and exploitation of intellectual property rights.[40]

For instance, analysing the definition of investment in a multilateral trade and economic treaties that are currently being negotiated, in the process of ratification or soon to enter into force, it can be seen how some States develop their foreign policy. Starting with the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP, which maintains the same essence of the TPP when the US was part of it, they have an extensive list of physical assets, intangible rights, administrative rights, intellectual property rights and it also has a general reference to protecting other tangible and intangibles assets.[41]

---

40 RONALD W. COX & MICHAEL WARTENBE, *The Politics of Global Value Chains* en R. KIGGINS (ed.), *The Political Economy of Robots*, International Political Economy Series, (Palgrave Macmillan, Cham, 2018) 28

41 "*Investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments and loans; (d) futures, options and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licences, authorisations, permits and similar rights conferred pursuant to the Party's law; and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges, but investment does not mean an order or judgment entered in a judicial or administrative action.*" Consolidated TPP Text – Chapter 9 – Investment, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/09.aspx?lang=eng> accessed December 25 of 2018

New instruments of empowerment of transnational firms like ISDS clauses in Bilateral Investment Agreements are very effective for developed countries, despite the fact that some developing countries like Brazil or China[42] have developed a different strategy regarding ISDS and have used them only in recent years. There is no empirical evidence that demonstrates that ISDS clauses bring new and more Foreign Direct Investment to host countries. The system is biased towards protecting corporations and big firms against states and there is no strong evidence of more sustainable development or protection of global public goods in developing countries. The international structure of global capitalism, IP and International Investment Agreements must be revised, renegotiated, denounced or withdrawn consent as a whole if country members want to be coherent with the development objectives of the WTO and major international instruments such as the TRIPS Agreement itself.[43]

---

42 "Only in late 1990s China changed its approach more deeply, by providing foreign investors with unobstructed access to international arbitration. Treaties such as the 1998 China–Barbados BIT allow foreign investors recourse to international arbitration to resolve any investment dispute that could not be amicably settled within six months. Since then, the liberal approach has continued, and most of China's recent BITs, such as the 2011 China–Uzbekistan BIT and the 2013 China–Tanzania BIT, include comprehensive dispute settlement clauses": <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/a-look-into-chinas-slowly-increasing-appearance-in-isds-cases-dilini-pathirana/?fbclid=IwAR0GDlxd3Vx7nfVzKEQMUWOBezdnAWZSogocBzhTEofAv6IEmKC3haO2DXc> accessed on January 2020.

43 "The outcomes that these provisions seek to achieve reflect a balance of interests arising from an extensive period of negotiations and to ignore them makes it "very hard to make a good faith argument that the TRIPS Agreement was a legitimate bargain between developed and less-developed countries. Articles 7 and 8 also reflect intellectual property policy that has long been a staple of national regimes. Whether as expressing legal principles, legitimate expectations or defining the outcomes of an optimized intellectual property regime, these two provisions provide important interpretative guidance to all members and institutions of the WTO": <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3042&context=ohlj> accessed on June 2019.

Also, regarding ISDS implications for developing countries in the context of Covid-19. ISDS clauses in various forms written into many trade and investment agreements. ISDS clauses allow foreign investors – and foreign investors alone – to sue governments in secretive tribunals outside of the national legal system for amounts far higher than are likely to be available to them in domestic courts. Bilateral Investment Agreements for developing countries and the implications of "regulatory chilling" effect, in which governments water down, postpone or withdraw actions to tackle the pandemic as the State is deprived of different regulatory mechanisms for the protection of global public goods such as the environment, and public health: http://s2bnetwork.org/sign-the-pen-letter-to-governments-on-isds-and-covid-19/ see also: "*Withdrawing Consent to Investor–State Arbitration Until a Multilateral Solution Is Found Multilateral emergency options,*

The International Intellectual Property Regime should spur innovation and development not just for a few developed countries and big firms, but should contribute to the advancement and diffusion of knowledge and technological advances at reasonable costs for all countries involved. This could be a way of challenging the most controlled market in history in the context of a pandemic of international scope. The true wealth of countries should now be measured in their ability to respond effectively to the pandemic and to safeguard the life and health of all inhabitants without exception or exclusion. All lives have the same intrinsic value.

There are different proposals in Colombia aimed at directing the policy of the national government to suspend the exclusive effects of patents to respond to this pandemic of international scope. That is, the temporary suspension of intellectual property rights (monopolies) granted by patents, test data and utility models without this implying any infringement since a subsequent mechanism for the payment of royalties can be established.

Also, proposed is the suspension of all patent procedures and other forms of intellectual property, utility models and protection of test data on technologies or information that could be useful to face the pandemic and request companies that have relevant industrial secrets for the development of mechanical ventilators, for example, to disclose such information that is of public interest. This would guarantee the supply of medicines that must be produced in Colombia in order to cover the needs for all citizens and residents in the national territory.

The Global South should use existing TRIPS flexibilities more aggressively combined with competition policy and better international coordination to face and solve this pandemic. There is a need to put life and human rights at the center of the international institutional and regulatory system. Political cooperation is required now more than ever and international aid from the Global North is also essential. Subscribing to the "medicines patent pool of technologies" proposed by Costa Rica with WHO coordination (C-TAP) is the key since representatives from developer companies have welcomed this solution so far. Patent pools significantly reduce the cost of research and it makes licenses available on a non-discriminatory, transparent, proportionate and non-exclusive basis to facilitate the production of an affordable

---

such as suspending the application of investor–state arbitration or issuing joint interpretive statements": https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf

solution vaccine. Other international organizations from the Global South recently proposed to make use of Article 73(b) of the TRIPS Agreement to suspend the enforcement of any intellectual property right including patents, designs and trade secrets on the grounds of the security exception, and other developing countries such as India and South Africa proposed a temporary waiver of TRIPS at the WTO but it has received strong opposition from developed countries[44].

Finally, there is a need to rewrite and reform the basic premises of the present Intellectual Property Law system one that constitutes a major legal tool of control since Covid-19 is a wake-up call that challenges mainstream views about the world economy, efficiency, unlimited growth, knowledge monopolies and market oriented incentives to innovate. The current international, regional and national architecture of Intellectual Property law confers privileges to foreign transitional interest blocks in order to profit from patents by extending, trademarks, copyrights and so on for longer periods of time. This legal enclave diminishes the possibility of developing technologies, including diagnostics, medicines, vaccines and other medical supplies vital to treating patients infected by Covid-19 and it hampers efforts to distribute them in a timely manner to all the countries currently affected by the pandemic. However, the creative elements of a new global system are emerging now, one characterized by coordination between WIPO, WTO and WHO. A new system where R&D is de-linked from costs and prompt access for all the countries of the world is guaranteed since the Sustainable Development Goals shared mandate to work for good health and well-being for all.

3. THE IMATINIB -MARKETED AS GLEVEC™ CASE

In this last section, we will present the real motivations behind issues such as the present lack of democratic legitimacy in International Investment Law, specifically regarding recent lawsuits for alleged violation of the Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments against the Colombian State. This section will provide an overview of the conflicts that have been raised between Colombia and foreign investors as a consequence of the

---

44 Wealthy countries block Covid-19 drugs rights waiver at WTO, available here: https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-wto/wealthy-countries-block-covid-19-drugs-rights-waiver-at-wto-sources-idUSKBN28O211?il=0 accessed on 25/11/2020.

International Investment Law that the Colombian state has ratified. It will also analyze the criteria of patentability used by the national authorities in case of the medicine Imatinib as a case study regarding what has been defined as a tool of neo-colonialism/ imperialism for the materialization of hegemonic interests shaping market forces and Transnational Interest Blocks. Then, a brief reference will be made to the various mechanisms of price regulation regarding drugs products internationally, taking into account the Brazilian and Indian experience in order to propose new ways of facing international pressures and protecting access to lifesaving medicines at low cost.

3.1. OVERVIEW ABOUT COLOMBIAN CONFLICTS WITH FOREIGN INVESTORS

Colombian legislation accords national treatment to foreign investment. Most sectors are open to foreign investment, barring a few in which Colombia maintains limitations or prohibitions.[45] European investment in Latin America has increased dramatically in recent years. In 2007, of the 60 biggest transnationals with a presence in Latin America, 27 were European – more than the 25 with origins in the USA (ECLAC, 2008: 83-84). In the case of Argentina and Brazil and the Andean Community of Nations, Europe is now the principal investor, having surpassed the USA which had traditionally occupied this position. In other Latin American nations, Europe is the second most important investor. It is worth noting that within the European Union the principal investor in Latin America is Spain, whose corporations particularly benefited from the process of privatization in both Europe and Latin America in the 80s and 90s (ECLAC, 2008: 81-82).[46]

The Colombian State may determine areas in which only one company may provide services exclusively for a specified period of time. All foreign investment must be registered with the Bank of the Republic. Registration is necessary to enable investors to repatriate and/or reinvest the profits of

---

45 National treatment can be defined as a principle whereby a host country extends to foreign investors treatment that is at least as favourable as the treatment that it accords to national investors in like circumstances. In this way, the national treatment standard seeks to ensure a degree of competitive equality between national and foreign investors: <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=340> as consulted on 25/07/2017.

46 Available at: <https://www.tni.org/files/download/eula-integration_0.pdf> as consulted on June 2020.

their investment. Foreign investments do not require prior authorization, except for direct investments in the financial, hydrocarbon, and mining sectors, as well as portfolio investments, which fall under a special investment regime. Colombian or foreign direct investors have the possibility to sign a legal stability contract with the State for taxation purposes, which guarantees that the legal provisions under which the investment was made will continue to apply for the duration of the investment regardless of any amendments to those provisions.

However, there is a big challenge for a successful international defense of the interest of the Colombian State in international panels and tribunals. As of July 2017, there are twelve formal intentions of international investment disputes against Colombia in only one working year (contrary to Argentina, which saw 14 cases in 10 years). Some estimate that the Country may be condemned to pay about USD 135.000 million in compensation to international firms acting in the territory. This would seriously compromise the Colombian national budget, resulting in greatly hindered public spending and social investment for many years. Indeed, such a sum exceeds Colombian external debt and represented approximately 38 % of Colombia's GDP from 2017.[47]

A rapid analysis of the sectors in which European companies have expressed an interest in investing shows a clear inclination toward accessing abundant natural resources which are often very poorly protected by national legislation: water, mineral resources, fish stocks, the production of cellulose paste, the generation of electrical energy, etc. In addition to their presence in the telecommunications and banking sectors there are also air, rail and automotive transport companies, oil and fishing and environmental services and insurance. Potential European investors therefore represent a very wide range of interests in the region (Fritz, 2004).

These companies are not subject to the sovereignty or national legislation of the countries where they operate. There are currently at least 23 cases of European companies (it is not always easy to identify the source of major investments) with disputes in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) against states from one or other of the three regions we are analyzing. Ecuador is accused by Repsol (supported by Spanish capital and by Perenco Ecuador Limited a company based on

47 See further at: <https://www.focus-economics.com/country-indicator/colombia/external-debt> accessed on January 2020.

French capital) over a conflict about oil exploration contracts. The Italian ETI Telecom brought a case against Bolivia to the ICSID even though Bolivia had already withdrawn its membership and denounced this secretive World Bank tribunal, it is interesting to note that despite this FDI to Bolivia has continue to grow in the sectors where Transnational Interest have their focus of attention. There are at least 20 cases of litigation by European companies against Argentina.[48]

Currently there are about 1023 know ISDS cases in the world[49], based on 3.284 international treaties.[50] It is important to emphasize that these treaties have historically arisen within a framework of neo-colonial North-South geopolitical relations, where the countries of the North used them as tools to maintain some degree of political, economic and legal control over the colonies that became independent[51]. FDI is expected to rise in 2025 in Latin America up to 60 % however there is a big concern that this new wave of investment would extract natural resources and will not remain in the country as new empirical data is needed in order to demonstrate if this is really a long term investment and if the benefits are higher than the costs that the country has to pay in litigation and compensation for new alleged violations of the investor rights in the BITs as we will explore below.

---

48 "It is not possible to do a case-by-case analysis here, however it is notable that the accusations in ICSID are always from corporations from developed countries against the state of an underdeveloped country. There is only one exception, which is a case against Canada. A second significant element is that there is never a ruling against the corporations. The verdict is always against the state. What the cases all have in common is that the corporations have been affected by the policies of sovereign governments who try to: use their vast resources for the priorities of genuine national development, or to safeguard social, economic or indigenous people's rights and/or make the corporations subject to national legislation and regulations for the public good". <https://www.tni.org/files/download/eula-integration_0.pdf> p. 33 accessed on January 2019.

49 UNCTAD, Investor–State Dispute Settlement Cases Pass The 1,000 Mark: Cases And Outcomes In 2019, July 2020 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d6.pdf>

50 UNCTAD, The Changing IIA Landscape: New Treaties And Recent Policy Developments July 2020 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>

51 See more at: <http://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/10321-el-p%C3%A9simo- acuerdo-comercial-que-colombia-hizo-con-francia.html#.WT68CCwUNJo.facebook> accessed on January 2020.

3.2. THE IMATINIB CASE

In 2006 the Bilateral Investment Treaty (BIT) between Colombia –Switzerland on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments[52] the term "investment" means every kind of asset, particularity, industrial property rights such as patents, utility models, industrial designs or models, trade or service marks, trade names, indications of origins, also know how, goodwill, traditional knowledge and folklore, among others. Article 11 of the Agreement contains the investor state dispute settlement, (ISDS) providing the international investors the possibility of suing any sort of decision adopted by the state that affected the investment in the host state. The treaty allows the investor to choose between two recognized arbitration systems to pursue international responsibility when a presumptive breach of the treaty occurs: The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) created by the Convention of Washington in 1965 under the framework of the World Bank, or an *ad hoc* arbitration tribunal in the context of the United Nations Committee on International Trade Law (UNCITRAL). The Colombian Constitutional Court in the ruling C-150 of 2009 declared the Law 1198 of 2008, by which the BIT between Colombia and Switzerland was ratified, constitutional.[53]

This mechanism in BITS may undermine the regulatory autonomy of Colombia to protect the environment, natural resources, biodiversity or even public health. As an example of this concern, a Swiss pharmaceutical corporation like Novartis used several political and legal mechanisms to avoid a compulsory license and threaten any resulting reduction in the price of its blockbuster drug Imatinib- Glevec.[54]

---

52 See full text of the Agreement at:<https://arbitration.org/sites/default/files/bit/colombia_switzerland_english.pdf>

53 Colombian Constitutional Court C-150 of 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-150-09.htm> accessed on May, 2020.

54 The threat of international investment arbitration (or ISDS) made by Novartis in spring 2016, this letter undoubtedly had a direct influence on the content of the resolution mentioned above. As a result of this pressure, Resolution 2475 issued on 14th June 2016 focused only on price reduction, leaving aside the issue of a compulsory license: <https://www.publiceye.ch/en/news/detail/glivec-in-colombia-new-leaked-letter-from-novartis-attests- to-pressure-at-highest-level> accessed on January, 2019. Information on the Patent granted by the Council of State is available here: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/comentarios- adicionales-novartis-declaratoria-%20imatinib.pdf> also<https://www.minsalud.

A recent case to highlight is Novartis' claim to request reparation from the Colombian State for the violation of its expectations of profit from the intellectual property rights prescribed in the bilateral investment treaty with Switzerland. Just as has been explained, the decision of the states to regulate the prices of medicines, may lead to multinationals demanding in domestic law and in international investment law the administrative resolutions that reduce said price and to request reparation for the income not received as a consequence of the said measures. The Novartis controversy against Colombia over the drug Imatinib is an example of this contradiction.

The patent on the drug Imatinib[55] was granted by means of a judicial decision of the Council of State in 2012. The cost was $330/mg, which is worth $ 4 million per month and $ 48 million per patient per year. In contrast in India, which had denied Novartis a patent for the same drug, the price of the generic version was 20 times lower than the price in Colombia. After governmental regulation, Imatinib that is a cancer drug that the company Novartis marketed under the name of Glevec can be sold at a maximum price of $ 206.42 pesos per milligram, which means an effective reduction of 44% compared to the price per milligram previously authorized.[56]

On November, 2014 civil society organizations such as Information Centre of Medicines of the National University (CIMUN), and others, submitted a request claiming to the National Government for the declaration of public interest for the purposes of compulsory licensing of that specific patent. In their opinion TRIPS, the DOHA Declaration and Chapter VII of CAN Decision 486 not only protect the rights of the patent owner, but such privilege must be interpreted in accordance with the protection of health, dignity and of people's lives. And in fact, countries such as Brazil, India, Thailand and In-

---

gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/Novartis-imatinib.pdf>accessed on June, 2020.

55 Imatinib –marketed as Gleevec™ or Glivec™– is a drug mainly used to treat a condition called Acute myeloid leukemia (AML). Its patent protection in Colombia, as a polymorphic entity of mesylate salt – called Beta polymorphous–, exhibits a divergent procedure due to differences between Colombian Patent Office (SIC) and State Council judgment given in order to deny patent right in 2003 and then revoking such denial and ordering patent grant in 2012, respectively.

56 GERMÁN HOLGUÍN ZAMORANO, ¿Cuáles son los fundamentos de la solicitud de declaratoria de interés público con fines de licencia obligatoria sobre el imatinib? 31 de mayo de 2016. Misión Salud, Entendamos el caso de la declaración de interés público de Imatinib, <https://www.mision-salud.org/actualidad/documentos-para-entender-mejor-el-caso-de-la-declaracion-de-interes-publico-de-imatinib/>

donesia have imposed this type of measures also based on General Comment No. 14 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR.[57]

On April 28 of 2016 the United States Government sent a letter to the Colombian Government to prevent the compulsory license from being imposed. This letter was presented after an opinion by the Finance Committee of the US Senate, which stated that it was due to their judgment that the decision threatened compliance with the provisions agreed in the Free Trade Agreement with the United States, thus such as the possible resources that said country could send to Colombia to carry out the peace process. "*Although Novartis is not an American company, the US pharmaceutical industry is very concerned that this case may become a precedent that could apply to any patent in any industry*."[58]

The National Commission of Prices of Medicines and Medical Devices decided on this maximum price, through Circular 04 from 22 of December of 2016, thereby putting an end to a new chapter of the pharmaceutical policy in the country, and intentionally taking into account that this would be the first medicine declared of public interest. Nonetheless, the government tried to use the flexibilities of the TRIPS agreement in order to advance compulsory licensing[59], something that is authorized by the rules of the World Trade Organization (WTO) and which was given for example in the decree of the Ministry of Health in relation to the drug Imatinib, for the treatment of leukemia, owned by the pharmaceutical company Novartis.

As has been mentioned, due to several political and economic pressures the Colombian government decided to reduce the price in 44 % in order to avoid further tensions with the home countries of the investment and prevent

---

57 Germán Holguín Zamorano, *La concesión de licencias obligatorias ¿Es un Derecho de los Estados o es una Mera Expectativa?* 31 de mayo de 2016. Misión Salud, *Entendamos el caso de la declaración de interés público de Imatinib*, <https://www.mision-salud.org/actualidad/documentos-para-entender-mejor-el-caso-de-la-declaracion-de-interes-publico-de-imatinib/>

58 *El Espectador*, "Las presiones de EE.UU. para que Colombia no regule el precio de imatinib" 10 de mayo de 2016. <https://www.elespectador.com/noticias/salud/presiones-de-eeuu-colombia-no-regule-el-precio-del-imat-articulo-631535> acceso el 1 de febrero de 2019.

59 For further information on compulsory licensing and TRIPS flexibilities, various suggestions on how to facilitate access to medicines have been put forward. These include, inter alia, such measures as excluding some pharmaceutical follow-on inventions from patent protection, utilizing competition law against the strategic use of the patent system, and price regulation: https://www.southcentre.int/wp- content/uploads/2019/04/PB59_The-obvious-to-try-method-of-addressing-strategic-patenting_EN.pdf See PP.2-8 accessed on June, 2019.

a possible lawsuit for an alleged violation of the patent as broadly defined in the BIT Colombia –Switzerland of 2009.

Despite the undue corporate and political pressure, Colombian Health Minister passed the resolution 2475 of 2016 to declare Glivec of public interest.[60] Under Colombian law, a declaration of public interest (DPI) can be a step towards a compulsory license. A compulsory license is a legal and legitimate mechanism laid down in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) of the World Trade Organization (WTO), which was reaffirmed in the ministerial Doha Declaration on TRIPS & Public Health 2001. A compulsory license allows a government to restore competition in a monopoly market despite a patent, without the authorization of the patent-holder. It is part of several policy-space mechanisms also called 'TRIPS flexibilities'.

The controversy unleashed different perspectives and opinions within the Colombian Government itself, who through the Ministry of Commerce issued Decree 670 of 2017, through which the requirements to carry out the compulsory license procedure were aggravated and modified, changing the elements that were related to CAN Decision 486, as well as creating new instances and procedures to be able to make declarations similar to those carried out in the case of Imatinib. [61] On July 9, 2018, the patent that Novartis had on Imatinib expired, at which time the organizations that requested its regulation indicated that due to political and economic pressures the drug was only declared to be in the public interest, reducing its price, but preventing it from being imposed the compulsory license.[62]

The declaration of public interest for this drug became a watershed piece of health news in the year 2018. All on account of the fact that for the first time the government put the interests of patients above those of the pharmaceutical companies. This is indeed a very good step forward in order

---

60 In 2015, a key World Health Organization Expert Committee determined that the drug should be added to the WHO's Model List of Essential Medicines, a list of drugs whose price "are likely to be major barriers to access to these medicines.": <https://isds.bilaterals.org/?investigation-as-colombia-pushes> accessed on January, 2019.

61 Decree 670 of 2017, por el cual se modifica parcialmente el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo 1074 de 2015 <https://diario-oficial.vlex.com.co/vid/decreto-numero-670-2017-678131261>

62 Misión Salud, *Se venció la patente del Imatinib en Colombia*, 13 de julio de 2018. <https://www.mision-salud.org/actualidad/se-vencio-la-patente-del-imatinib-en-colombia/> acceso el 1 de febrero de 2019

to protect public interest and health. It has been pointed out that in relation to testimonial evidence submitted by two experts, one of them directly related to the patent application, guided Colombian State Council in order to grant the polymorphous patent, even when there was no clear evidence of inventive step[63], especially referred to as a compound surprising technical effect. This could be a case of evergreen[64] patents mentioned before and in detriment of consumers. Thus, there is no effective control in Colombia of the economic effects of implementing this type of economic agreements like BITs[65]. The question is if there is a valid justification today, besides possible retaliation or losing attractiveness to foreign investors, to remain signatories to BITs that may impede and affect the regulatory framework of the state in its duty to protect the public interest. On the other hand, such a system may cause millions of dollars of losses for taxpayers in lawsuits abroad as they give away jurisdiction over this matter to international arbitrators from other countries earning in dollars and working for the World Bank system.

In Colombia the majority of patent applications and patents are actually granted to non- residents. Local industry emerges as a consequence of compulsory license and local jobs are created as well. For some, there are also many challenges for developing countries[66], and it is clear that there is a need to reform the International Patent system so that human rights and the right to health is at the top of the international system as profit hoarding and rent seeking objectives should not be at the center of International Intellectual Property regime. The current regime represents many obstacles for

---

63 Further information on patentability criteria can be found at: <https://www.southcentre.int/wp- content/uploads/2019/04/PB59_The-obvious-to-try-method-of-addressing-strategic-patenting_EN.pdf>p.3. regarding an approach that developing nations could take facing strategic patenting. Accessed on June 2019.

64 Evergreening is any of various legal, business and technological strategies by which producers extend their patents over products that are about to expire, in order to retain royalties from them, by either taking out new patents (for example over associated delivery systems, or new pharmaceutical mixtures), or by buying out, or frustrating competitors, for longer periods of time than would normally be permissible under the law.

65 Colombia is a party to eight BITs and eight free trade agreements (FTAs that include investment chapters), for a total of 17 international investment agreements (IIAs). Presidential Order No. 04 limited international arbitration clauses for commercial arbitration in contracts entered into by state-owned companies and state-owned companies are barred from entering into arbitration clauses under International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Rules.

66 See more at: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180664452008000100009&script=sci_arttext&tlng=en> as consulted on 24 January.

access and diffusion of knowledge. Developing countries face international pressures to change their regulatory regime to protect international firms and Transnational Interest Blocks.

There is a need to rethink the approach to BITs as the empirical evidence of neo- colonial instruments or imperial tools of domination and control and to question the way Transnational Interest Blocks act in order to develop and expand their economic agenda for the benefit of rent seeking elites. It is also crucial to understand this new tactics of economic, political and legal control using contracts, unfair trade treaties and the dogma of free trade in order to change and oppose this reality.

The empirical evidence in this piece is an example of existing neo-colonial policies in the 21 century and sophisticated instruments of empowerment and domination like BITs, USMCA and TRIPS-plus pressures through Bilateral Trade Agreements. Latin America, the developing world and international jurist and practitioners from LDC and the so-called 'developed world' should understand that today imperialism[67] is free trade or unfair trade laws and Transnational Interest Blocks shaping market forces and enacting and implementing legislation in order to control the world. That it's not only history but a present reality, it is time to propose and build a new global order that include underserved populations and protects global public goods, heath and the environment. Then, it would be a win- win and International law could indeed change the world for the better.

3.3. FURTHER CONSIDERATIONS ABOUT COMPULSORY LICENSES AND CORPORATE POWER

The United Nation's High-Level Panel on Innovation and Access to Health Technologies released a report encouraging governments to make use of WTO provisions allowing for the issuance of compulsory licenses in order to increase access to medicine when necessary[68]. WTO Members must make full use of

---

67 The intention of the Spanish Government to claim the recently discovered Galeón San José and the argument that is patrimony of the Spanish State it's just another example of how international law can be used as a tool to legalize modern plundering, like the XVI century natural law argument to occupy and utilize force if opposition was encountered in the new lands discovered as Vitoria and Hugo Grocio would suggest in the past. (see, *De iure belli ac pacis,* 1625).

68 This is an independent report prepared by the High-Level Panel on Access to Health Technologies, convened by the UN Secretary-General in November 2015. The report was submitted to

the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) flexibilities as confirmed by the Doha Declaration to promote access to health technologies when necessary. WTO Members should make full use of the policy space available in Article 27 of the TRIPS Agreement by adopting and applying rigorous definitions of invention and patentability that are in the best interests of the public health of the country and its inhabitants. This includes amending laws to curtail the *'evergreening'* of patents and awarding patents only when genuine innovation has occurred.[69]

In this report, it is also recommended that multilateral organizations should strengthen the capacity of patent examiners at both national and regional levels to *apply rigorous public health-sensitive standards of patentability* by taking into account public health needs. Finally, Governments should adopt and implement legislation that facilitates the issuance of compulsory licenses. The high level Panel also calls Governments and the private sector to refrain from explicit or implicit threats, tactics or strategies that undermine the right of WTO Members to use TRIPS flexibilities[70].

---

the Secretary- General on Tuesday 12 September 2016: <http://www.unsgaccessmeds.org/final-report/> consulted on January, 2019.

69 Available at: <https://static1.squarespace.com/static/562094dee4b0d00c1a3ef761/t/57d9c6ebf5e231b2f02cd3d4/1 473890031320/UNSG+HLP+Report+FINAL+12+Sept+2016.pdf> accessed on January, 2019. Some courts in the UK and US have assessed pharmaceutical follow-on inventions using a more rigorous obviousness approach by applying the 'obvious to try with a reasonable expectation of success' test to this type of invention. The application of this test has led to findings of obviousness of follow-ons in these cases, because the skilled person was motivated to pursue the chosen route, and hence it was 'obvious to try', and in light of the prior art, it was reasonable to expect that this route would work: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/04/PB59_The-obvious-to-try-method-of- addressing-strategic-patenting_EN.pdf> p. 3. regarding the reasonable expectation test: "current patentability standards for pharmaceutical inventions, as well as strategic patenting used by pharmaceutical companies, have substantially impacted access to affordable medicines. This has been especially detrimental for developing countries, which are under significant pressure to remain compliant with their international and bilateral obligations, while at the same time have been struggling to provide their people with essential drugs. In order to improve access to medicines developing countries may choose from a range of various mechanisms that may help to facilitate such access, while also allowing them to remain compliant with their international and bilateral obligations. One of such mechanisms is to apply a strict patentability standard for pharmaceutical follow-on inventions. This can be done by relying on the 'obvious to try with a reasonable expectation of success' test to this type of invention."

70 "Instances of undue political and commercial pressure should be reported to by the WTO Secretariat during the Trade Policy Review of Members. WTO Members must register complaints against undue political and economic pressure which includes taking punitive measures against offending WTO Members. Governments engaged in bilateral and regional trade and investment treaties should

Given the features of the intellectual property regimen, there is no balance between the rights of inventors and multinational actors involved in this activity, with the wider interest and needs of society. Protecting Global Public Goods and access to low cost medicines is essential for every country and especially for the world's least developed countries. Taking into account that protecting health and human rights is not the central objective of trade, the highest purpose of investment and IP law should not merely be reducing tariffs and promoting trade liberalization. There is a mandatory need to rethink the international legal system so that human rights, human health, biodiversity protection and sustainable development is at the center of all regulatory regimes. If this is done, policy incoherence would disappear and human health objectives would prevail over economic, corporate and Translational Interest Blocks for instance.

The TRIPS Agreement also included 'flexibilities' that enable signatories to tailor and employ national intellectual property law, competition law, medical regulations and procurement laws to fulfill their human rights and public health obligations. Article 31 of TRIPS Agreement tell us what a compulsory license is: a *non-voluntary license may be granted by a duly authorized administrative, quasi-judicial or judicial body to a third party to use a patented invention without the consent of the patent holder, subject to the payment of adequate remuneration in the circumstances of each case.*

Regarding the Imatinib case, it is also clear that a compulsory license was a reasonable and less trade-restrictive measure than price control itself, but due to the above-mentioned pressures, the Colombian government opted not for the compulsory license but for the declaration of public interest of Glevec. It is important to clarify that contrary to what most defenders of the pharmaceutical industry believe, there is no need for national emergency in

---

ensure that these agreements do not include provisions that interfere with their obligations to fulfil the right to health": <https://static1.squarespace.com/static/562094dee4b0d00c1a3ef761/t/57d9c6ebf5e231b2f02cd3d4/1 473890031320/UNSG+HLP+Report+FINAL+12+Sept+2016.pdf> accessed on June, 2019. See also, CARLOS M. CORREA, 'Guidelines for Pharmaceutical Patent Examination: ExaminingPharmaceuticalPatentsfromaPublicHealthPerspective' UNDP (2015) <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/UNDP_patents_final_web_2.pdf> consulted on June 2019. FREDERICK M. Abbott and others "Using Competition Law to Promote Access to Health Technologies: A Guidebook for Low-and Middle-Income Countries" United Nations Development Program <https://ssrn.com/abstract=2439416> remedies available to address anti-competitive behaviour may permit a broader range of remedial action than some other public health-related flexibilities associated solely with patents. Accessed on June, 2019.

order to justify compulsory licensing. Furthermore, the patent owner still has the right over the patent and to be paid for copies of the products under the compulsory license.

The DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health 2001 stresses that *TRIPS "can and should be interpreted and implemented" to support the "right to protect public health [and] promote access to medicines for all,"* including the sovereign determination of the grounds under which a compulsory license may be issued.[71]

It is important to declare that those human rights and flexibilities are currently undermined by Transnational Interest Blocks or corporate power, as most BITS and FTAs include TRIPS-plus provisions that reduce the scope of measures that national governments can take in order to protect public health or include ISDS clauses. Such clauses, allow private firms to sue government for loss of future profits for regulatory measures taken to protect public commons. Therefore, there is policy incoherence between new trade agreements and the human rights to health and environmental protection. Such incoherence affects mainly developing and least developed countries as they lack necessary infrastructure, research and development and technological innovation to develop new medicines, technologies or treatments in the context of Covid-19 or to be able to use competition law more effectively. On top of this, inequality of bargaining power between developing countries and their developed global competitors deepen existent incoherence between international policy and law and also domestic policy and national law.

International pressures faced by less-wealthy states can be avoided as the international community finds the appropriate balance between the IP rights of innovators and existent policy, and concerns over human rights and public health. Harmony between these issuesis compatible with the spur of

---

71 "Accordingly, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include: a. In applying the customary rules of interpretation of public international law, each provision of the TRIPS Agreement shall be read in the light of the object and purpose of the Agreement as expressed, in particular, in its objectives and principles.
b. Each member has the right to grant compulsory licenses and the freedom to determine the grounds upon which such licenses are granted.
c. Each member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency".

innovation and access to technologies and medicines that contribute to the advancement of society.

Finally, as an example of incoherence at the EU level, it is useful to add the recent opinion of the Court of Justice of the EU (CJEU) in *Opinion C284-16* (Slovak Republic v Achmea BV) has held that ISDS provisions in bilateral investment treaties (BITS) between EU Member States (intra-EU BITS) are incompatible with EU law[72].

The CJEU reasoned that such tribunals therefore undermine the principle of autonomy of EU law and threaten the uniform application of EU law across the EU, concluding that ISDS provisions in intra- EU BITS are incompatible with EU law. For the Luxembourg Court, only the national Member States and the CJEU itself have competence to interpret European Union law and investor protection.[73] Also, the Energy Charter has no scope for lawsuits related to renewables according to the CJUE. Spain is facing several lawsuits related to renewables and this could be an escape window for these allegations. If the CJEU recognizes that ISDS clauses undermine autonomy and uniform application of EU law and several BITS with the rest of the world include such provisions. Why to keep including these provisions in its own BITS with third nations?

3. 4. THE BRAZILIAN AND INDIAN COMPULSORY LICENSE OF DRUGS PRODUCTS

Compulsory licenses have been given in many countries like Thailand, Brazil [74], Mozambique, Zimbabwe, Zambia, Rwanda, Malaysia, Indonesia and

---

72 The CJEU concluded that the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) "must be interpreted as precluding" provisions in international agreements between EU Member States that allow investors to bring proceedings against an EU Member State before arbitral tribunals. The CJEU's primary objection was to arbitral tribunals ruling on matters of the interpretation or application of EU law or treaties – the CJEU is granted primacy in that regard by the TFEU and it acts as ultimate guardian of the uniformity of EU law across the EU: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/165616/eu-court-rejects-isds-provisions-in-intra- eu-bits-mdashbronce-bitten-twice-shy> accessed on January, 2019.

73 Available at: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/procesos-de-arbitraje-para-conflictos-en-la- union-europea-316782> last accessed on June, 24, 2019.

74 Available at:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180664452008000100009&script=sci_arttext&tlng=en> accessed on January 2020.

recently India[75]. Also, developed countries in Europe and the USA have used compulsory licenses before.[76] According to estimates from the World Health Organization (WHO), nearly 6.5 million people in low- and middle-income countries are in urgent need of ARV treatment. However, due primarily to patent protection and high prices charged by drug companies, only 1.3 million people actually receive treatment. Nearly 80% of the 3 million people who die each year from AIDS have no access to the available medicines.[77] Brazil had to comply with the TRIPS Agreement in order to protect foreign technology and recognize minimum standards for the protection of pharmaceuticals and patents and modify its domestic legislation even though the costs were too high for the Brazilian health budget.[78]

The compulsory license mechanism was used for the first time in Brazil in 2007, for the drug efavirenz. The cost per patient per year in Brazil had stood at US$580 since 2003, while on the international market prices could be found that were twice as low. After lengthy negotiations with Merck, the only offer the company made was to reduce prices by 2%. To put it in perspective, this price was twice as high as the one Merck offered Thailand after that country issued a compulsory license for the same medicine. Brazil declared efavirenz to be of public interest in April and the compulsory license was issued in May 2007.[79]

This is a successful example in the region of use of compulsory license by national governments of article 31 TRIPS in order to lower the cost and assure the sustainability of the budget. Brazil started to import a generic drug from India since July 2007 for a third of the price offered previously

---

75 See further at: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/174113431350382 7> also regarding the South African Case:< https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/12/RP90_Compulsory-Licensing- Jurisprudence-in-South-Africa-Do-We-Have-Our-Priorities-Right_EN-1.pdf> accessed on January 25, 2020.

76 See more at: <http://www.keionline.org/misc-docs/recent_cls.pdf> accessed on January, 2020.

77 World Health Organization (WHO), Progress on global access to HIV antiretroviral therapy: a report on '3 by 5' and beyond, Geneva, 2006. Available at: < http://www.who.int/hiv/fullreport_en_highres.pdf> consulted on January 2020.

78 Least-developed countries were granted a further extension until 2016, in accordance with the provisions of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, signed in 2001.

79 CHAVES, G.C. Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento Efavirez no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA, 2007. Available at: <http://www.abiaids.org.br/cedoc/publicacoes/artigos.aspx?lang=pt&mid=6&smid=2&siid=7&fg=MateriasInfor mativos> accessed on January, 2019.

by Merck.[80] Brazil has been very clever to not accept the TRIPS-plus pressures in bilateral trade deals that intended to expand and protect foreign Intellectual Property to the detriment of TRIPS flexibilities and access to knowledge and pharmaceutical drugs for AIDS and other illnesses.

The role of local patent offices to analyze and not grant undue patents on life-saving drugs its essential. The examination on novelty, inventive step (non-obviousness for a person skilled in the art) and industrial application should be done seriously at a high scientific level of expertise so that patent offices can make informed and well-documented decisions on patentability. Also, the Brazilian case proves that the role of civil society in mobilizing and putting pressure on governments and Transnational Interest Blocks can be very successful at protecting Global Public Goods.

Now, regarding India[81], the country issued a compulsory license over Bayer's anticancer drug Naxaver (Sorafenib) to generic company Natco Pharma Ltd. The branded drug makers spend billion dollars to patent a drug product. It is claimed by the pharmaceutical majors that the royalty of 5–10% given by generic drug makers to these companies is not enough to recoup their loss.[82] On March 9, 2012, a patent office in India issued its first compulsory license to Natco Pharma Ltd for the purpose of producing a generic version of Bayer's Corporation's Patented Medicine Nexavar which is used in the treatment of liver and kidney cancer.[83]

---

80 At the time, Merck was charging $1.59 per pill, while in India the same medicine cost $0.45. Only about 40% of patients living with HIV were accessing the medicine in Brazil: < https://www.ictsd.org/bridges- news/bridges/news/brazil-grants-compulsory-license> and <https://blog.ipleaders.in/compulsory-licensing- patent/> consulted on January 2020.

81 India is a member to TRIPS, it may be noted that India has a well-established TRIPS compliant legislative, administrative and judicial framework to safeguard IPRS: <https://www.researchgate.net/publication/228173575_The_'Compulsory_Licence'_Regime_in_India_Past_Present_and_Future> accessed on January, 2019.

82 Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/174113431350382 7> accessed on June, 2019.

83 "All the three grounds that were listed in the Patents Act were taken into consideration by the Controller for deciding against the Bayer for the purpose of grant of Compulsory License which is as follows:

1. Unsatisfied reasonable requirements of the Public
2. When it is not available to the public at a reasonable, affordable price
3. When the Patented Invention was not being worked in the Indian territory": available at: <https://blog.ipleaders.in/overview-compulsory-licensing-india/>

There are many advantages of compulsory licenses for developing countries.[84] The main benefit for society as a whole is making the drug product available at a reasonable cost and as a consequence, saving more lives as developing countries are able to access medicines that have become more affordable. At the same time, knowledge cartels and Transnational Interest Blocks are challenged as the government controls dominant positions of firms. The elite in developed countries owns more than 80 % of patents in least developed countries and developing countries.[85]

There is a need to alternative means of stimulating new drug developments that do not necessarily involve intellectual appropriation or IPRs, so that the rights of individuals in developing and least developed countries are not neglected, as mentioned before, competition law could help if properly used. It is imperative that all human lives are regarded as having equal value. To that end, international lawyers and domestic lawyers should contribute to a more balanced discussion of the interest behind the Patent system and the vulnerabilities, costs and risks of international Intellectual Property and Investment law for developing countries. The judiciary and academia should contribute to find new solutions to current asymmetries of power and access and diffusion of knowledge and technological advances.

Regarding the Imatinib case in Colombia, the government did not use the mechanism of article 31 TRIPS and decided to declare the Glevec of Public Interest[86] due to several international pressures and despite strong support of the International Community of Experts on compulsory license. The National Commission on the Price of Medicaments[87] decided to reduce the price of 902 drugs, including Imatinib. Starting on 1st of January 2019, has been a significant reduction of prices by about 50 percent – a statistic that constitutes savings of about 366.000 Millions of Col pesos.[88] In this

---

84 See more at: <https://blog.ipleaders.in/compulsory-licensing-patent/ > as consulted on 24 January 2020.

85 See more at: <https://blog.ipleaders.in/compulsory-licensing-patent/ > as consulted on 24 January 2019.

86 Available at: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Declaratoria-de-interes-publico-de-imatinib-se- mantiene-en-firme.aspx>

87 See more at:<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/MET/circular-04-de- 2018.pdf> consulted on January 2020.

88 Circular 07 de 2018 "Por la cual se incorporan unos medicamentos al régimen de control directo con fundamento en la metodología de la Circular 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, se fija su Precio Máximo de Venta y se dictan otras

Circular, the direct control of drug prices is made taking into account the International Reference Pricing.[89]

The (UN) Sustainable Development Goals, which include, under the third goal to ensure healthy lives and promote well-being for all, a target to provide *"access to safe, effective, quality and affordable essential medicines and vaccines for all".*[90] A vital method of boosting access to safe and affordable medicines is forming coherent national pricing policies that best serve the health of a country's population, as acknowledged by the World Health Organization: "*Strategies for measuring, monitoring and managing prices are essential for promoting access to medicines*," *"There is not one single approach that suits all systems. But all systems need to promote equity in access to new products, by ensuring that medical advances are affordable and working with a viable pharmaceutical industry that responds to public health needs".*[91]

CLOSING REMARKS

Developing countries should use existent TRIPS– flexibilities more aggressively if they want to reach the goal of reducing medicine prices, promote the human right to health and tackle social inequality and extreme poverty. This must be combined with competition policy and better international strategies to face actual and potential pressures from International Interest Bocks. To face one of the most unequal market systems controlled by hegemonic interest of metropolitan centers and to put life and human rights at the center of the International Trading System, there is a need of political co-operation and resistance between LDCs and Developing Countries.

The International Intellectual Property Law system and the neoliberal policies that the regime reinforces tend to privilege developed countries, rent seekers, largest corporations, firms and investors at the expense of original innovators, consumers and developing countries. LDCs would be better off adopting less protection to foreign IPRs and, instead they should

---

disposiciones". <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Circular-no-007-de-2018.pdf> accessed on January 2019.

89 Available at: <https://www.healthaffairs.org/doi/full/10.1377/hlthaff.22.3.16> consulted on June, 2020.

90 See more at:< https://www.un.org/sustainabledevelopment/health/> accessed on June, 2019.

91 As consulted in: <https://www.pharmaceutical-technology.com/features/cost-control-drug-pricing-policies- around-world/> last accessed on June 2019.

focus on fostering their own domestic industry as developed countries did in their early stage of development.

There is a need to rewrite and challenge the basic premises of the current Intellectual Property Law system because it is conceived as a new and sophisticated legal and non-legal mechanism of domination and subordination of the northern countries over global south nations. In this sense, International Investment Agreements should be revised in accordance with international law and should be the second best option, reinforcing multilateralism, regional trade and a rule-based rather than a power-oriented system by Transnational Interest Groups. There is a need to build new, effective institutions and tools to reach the sustainable development goals we all share in 2030, for this, critical thinking and cooperation between experts, activists and academics from developed countries is a key component to raise the discussion and find alternative responses.

The current crisis of Covid-19 should aid to reflect on the components of IP system. TRIPS-plus measures, FTAs and IIAs are shaped and developed by Transnational Interest Blocks of metropolitan countries and Global Value Chains. The IP system is also based on distrust of other actors and monopolistic interests as it strengthens international protection of patents and IPRs in host states. The main objective of the IP system is to protect rent seekers and allow them to make profit as long as possible even in times of present pandemic of international scope, without considerations such as universal access to medicines, treatments and technologies to tackle the onslaught of Covid-19.

Finally, the international architecture of Intellectual Property law confers privileges to foreign Transitional Interest Blocks in order to profit from patents, trade secrets, trademarks, copyrights for longer periods of time, this legal enclave, diminishes the possibility of developing strong local industries as prices for local consumer rise to the benefit of metropolis countries where the rules are designed, imposed and implemented in the Global-South.

REFERENCES

DOCTRINAL SOURCES

ANGHIE, ANTONY. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*, Cambridge University Press, 2005.

Anghie, Antony. *Koskenniemi, Marti. Orford, Anne. Imperialismo y derecho Internacional,* Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C. 2016.

Brad R. Roth. "Governmental Illegitimacy and Neo-colonialism. Response to Review by James Thuo Gathii." *Michigan Law Review,* 2000, pp. 2056-2065.

Britton-Purdy, Jedediah; David Singh Grewal, Amy Kapczynski & *K.* Sabeel Rahman. "Building a Law and Political Economy Framework: Beyond the Twentieth-Century Synthesis." *The Yale Law Journal*, Volume 129 2019-2020 number 6, April 2020.

Correa, Carlos M. *Can the TRIPS Agreement Foster Technology Transfer to Developing Countries, in Keith Maskus and J. H. Reichman (eds), International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime.* Cambridge University Press.

Correa, Carlos M. "Guide for the Granting of Compulsory Licenses and Government Use of Pharmaceutical Patents." *Research Paper* 107, April 2020. South Centre.

Cox, Ronald W. & Wartenbe, Michael. *The Politics of Global Value Chains.*

Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, OUP, 2008.

Holguín Zamorano, Germán. *¿Cuáles son los fundamentos de la solicitud de declaratoria de interés público con fines de licencia obligatoria sobre el imatinib?* 31 de mayo de 2016.

Holguín Zamorano, Germán. *"La Guerra contra los medicamentos genéricos un crimen silencioso".* Aguilar, 2014.

Holguín Zamorano, Germán. *La concesión de licencias obligatorias ¿Es un Derecho de los Estados o es una Mera Expectativa?* 31 de mayo de 2016.

Kapczynski, Amy. "Government Patent Use': A Legal Approach to Reducing Drug Spending." *Health Affairs,* Mar. 2, 2016

Kapczynski, Amy. "A Prescription for Excessive Drug Pricing: Leveraging Government Patent Use for Health." *Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 18 (with Hannah Brennan, Christine H. Monahan, and Zain Rizvi).

Kapczynski, Amy. "Order without Intellectual Property Law: Open Science in Influenza." *Cornell Law Review,* Vol. 102, Issue 6.

Kapczynski, Amy. "The right to medicines in an Age of Neoliberalism." *Humanity Journal. April 26, 2019.* Available in: < *http://humanityjournal.org/issue10-1/the-right-to-medicines-in-an-age-of-neoliberalism/*>

Kapczynski, Amy. "The Trans-Pacific Partnership - Is it Bad for Your Health?." *New England Journal of Medicine* (July 16, 2015).

Kentikelenis, A. & S. Babb. "The Making of Neoliberal Globalization: Norm Substitution and the Politics of Clandestine Institutional Change." *American Journal of Sociology. 124(6):* 2019, 1720-1762. 1723.

Klabbers, Jan. *International Law*, cup, 2013.

Koskenniemi, Martti. "International Law in the World of Ideas" in James Crawford and Martti Koskenniemi (eds), *The Cambridge Companion to International Law,* cup, 2012.

Malbon, Justin & Lawson, Charles. *Interpreting and implementing the trips Agreement, is it fair?*

Malik, Mahnaz. *Recent Developments in the Definition of Investment in International Investment Agreements, International Institute for Sustainable Development. 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators. iisd, 2008.*

Marrakech, Morocco. *https://www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev.pdf*

Miles, Kate. *The origins of International Investment Law,* cup, 2013.

Muta, Makua & Anghie, Antony. *"What is twail?." Third World Approaches to International Law (twail),* 2000.

Ostergard, Robert L. *Development Dilemma: The Political Economy of Intellectual Property Rights in the International System.* New York, ny, usa: lfb Scholarly Publishing llc, 2002, p. 154.

Pistor, Katharina. *The Code of Capital,* Princeton University Press. Kindle Edition, 2019.

Reichman, J. H. & Uhlir, Paul. "A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment." *Law & Contemp. Probs.,* 2003, p. 66.

Schil, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law,* cup, 2009.

Schneiderman, David. *Constitutionalizing Economic Globalization Investment Rules and Democracy´s Promise, CUP, 2008.*

Schneiderman, David. *Resisting Economic Globalization Critical Theory and International Investment Law*, *Palgrave Macmillan Socio-Legal Studies,* 2013.

Sornarajah, M. *"Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment",* CUP, 2015.

Sornarajah, M. *"The International Law on Foreign Investment"* Second Edition, CUP, 2004.

Standing, Guy. *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay.*

Stiglitz, Joseph E. *"Globalization and Its Discontents"* is a book published in 2002 by the 2001 Nobel laureate.

OTHER SOURCES

Consolidated TPP Text – Chapter 9 – Investment, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/09.aspx?lang=eng> accessed December 25 of 2018.

Cremona, *"neutrality or discrimination". The WTO, EU and eternal trade*, pp. 152-184.

De Mey. "The effect of WTO Dispute Settlement Rulings in the EU legal order." *German Law Journal,* 2005.

G de Burca*:* "The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order" *Jean Monet Working paper,* 2003, p. 373.

Kant, Immanuel. *Kant's Principles of Politics, including his essay on Perpetual Peace. A Contribution to Political Science.* 1784.

Kuiper, W.E. *The new WTO dispute settlement mechanism- the impact of the European Community,* 1995.

Petersmann, Ernst- Ulrich. *European and International Constitutional Law.*

Petersmann, Ernst- Ulrich. *European and International Constitutional Law: time for promoting Cosmopolitan Democracy in the WTO.* Hart Publishing, Oxford, 2003.

Zahrnt, Valentin. *Public money for public goods: winners and losers from CAP reforms,* ecipe, 2009.

Zahrnt, Valentin. *A blue print for reforming the WTO agreement on agriculture.* 2009.

ONLINE SOURCES

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3392034> accessed on June 21, 2019.

Caracol Radio. *Tratamientos con Glivec para pacientes con cáncer bajarían a la mitad*. Available at: <http://caracol.com.co/radio/2016/10/21/salud/1477067008_479118.html> acceso el 1 de febrero de 2019.

Casos de Solución de Controversias Inversionista – Estado. Tobie Mining and Energy y otros contra la República de Colombia. Available at: :<http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/35985/casos_de_solu cion_de_controversias_inversionista_-_estado >as consulted on December, 2016.

Colombia - External Debt: Available at: <https://www.focus- economics.com/country-indicator/colombia/external-debt> as consulted on 14/01/2018.

eclac - Project documents Collection, Intellectual Property Rights and sustainable development. *A survey of major issues*, p. 35. Available at: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_23/wipo_gr tkf_ic_23_5.pd> as consulted on 14/01/2018.

El Espectador. "Las presiones de ee.uu. para que Colombia no regule el precio de imatinib" 10 de mayo de 2016. Available at: <https://www.elespectador.com/noticias/salud/presiones-de-eeuu-colombia-no-regule-el-precio-del-imat-articulo-631535> acceso el 1 de febrero de 2019.

Eslava, Luis. *Sundhya Pahuja. Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law. Trade, Law and Development.* Vol. 3, n.º 1. pp. 103-130. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876682> accessed on January, 2019.

Hickel, Jason. *Aid in reverse: how poor countries develop rich countries.* Available at: <https://www.theguardian.com/global-development- professionals-network/2017/jan/14/aid-in-reverse-how-poor-countries- develop-rich-countries> Sat 14 Jan 2017.

Misión Salud. *Entendamos el caso de la declaración de interés público de Imatinib*. Available at: <https://www.mision-salud.org/actualidad/documentos-para-entender-mejor-el-caso-de-la-declaracion-de-interes-publico-de-imatinib/>

Misión Salud. *Imatinib: precio baja a pesar de demanda en curso*, 13 de enero de 2017. Available at: <https://www.mision-salud.org/actualidad/pronunciamiento-de-la-sociedad-civil-sobre-fijacion-de-precio-al-medicamento-imatinib/> acceso el 1 de febrero de 2019.

Misión Salud. *Se venció la patente del Imatinib en Colombia*, 13 de julio de 2018. Available at: <https://www.mision-salud.org/actualidad/se-vencio-la-patente-del-imatinib-en-colombia/> acceso el 1 de febrero de 2019.

Nations Begin Signing Protocol on Biodiversity Access and Benefit- Sharing. Available at: <http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations- begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing> as consulted on September 29,2017 at 5:25p.m.

Schneiderman, David. *The Coloniality of Investment Law.* University of Toronto Faculty of Law. May 21, 2019. Available at:

Shaffer, Gregory. *The Challenges of wto Law. Strategies for Developing Country Adaptation*. Available at: <http://law.wisc.edu/gls/gstco.pdf> consulted on December 2018.

The Doha mandate. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/art27_3b_backgroun d_e.htm> as consulted on 13/01/2018 at 17:00 p.m.

The European Union. *Promoter of regional integration in Latin America? Rhetoric and Reality.* Available at: <https://www.tni.org/files/download/eula-integration_0.pdf> consulted on April 2019.

Thinking Aloud on Disclosure of Origin. Available at: <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/Disclosure_Dutfield.pdf> as consulted on September 30th 2017 at 11 a.m.

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. *Investor–State Dispute Settlement Cases Pass The 1,000 Mark: Cases And Outcomes In 2019.* July 2020. Available at: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d6.pdf>

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. Scope and definition. unctad Series on Issues in International Investment. Agreements II. United Nations. New York and Geneva, 2011. isbn 978-92-1-112815-4. 113

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. *The Changing iia Landscape: New Treaties And Recent Policy Developments.* July 2020. Available at: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d4.pdf>

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. *Trade and Development Report 2017 Beyond Austerity: Towards a Global New Deal* (United Nations Publications, 2018.

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. *World Investment Report 2018 Investment and New Industrial Policies*. (United Nations Publications, 2018. Ix.

United Nations Conference on Trade and Development, unctad. *World Investment Report 2016 Investor Nationality: Policy Challenges.* Available at: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf>

CUARTA PARTE
POLÍTICAS DE DESARROLLO COMO RESPUESTA FRENTE A ESCENARIOS DE POBREZA Y DESIGUALDAD

CAPÍTULO XII

El papel de las regiones en la Agenda 2030

The role of regions in the sustainable development agenda

PAULA ROBLEDO SILVA*

RESUMEN

El Gobierno colombiano, al igual que la mayoría de los países que se comprometieron con la Agenda 2030, ha incluido los Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS– (y, por tanto, las metas establecidas a nivel internacional para alcanzarlos) en sus políticas públicas como estrategia para conseguir desarrollarse sosteniblemente. En el caso colombiano, esta transversalización de los ODS cobró especial a partir del año 2018, cuando se incluyeron dentro del nuevo Plan Nacional de Desarrollo y se diseñaron diferentes mecanismos y estrategias para que se trabajase a favor de ellos en los diferentes niveles y sectores del país. Partiendo de ese contexto, este capítulo tiene el propósito de analizar cómo la figura de las regiones puede ser utilizada como una herramienta para alcanzar el desarrollo sostenible y la Agenda 2030. Para ello, estudia los diferentes aspectos jurídicos de las regiones en Colombia, el papel que les fue atribuido en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y, por último, las razones por las cuales pueden ser estratégicas para los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

PALABRAS CLAVE

Colombia; Agenda 2030; Objetivos de Desarrollo Sostenible; Regiones; Regiones Administrativas de Planificación; Regiones Entidades Territoriales; Regionalización.

ABSTRACT

The Colombian Government, like most of the countries that committed to the Sustainable Development Agenda, has included the Sustainable Development Goals –SDG– within its public policies as a strategy to manage to develop sustainably. In the Colombian case, this initiative on the SDGs has been more evident since 2018, when they were included in the new National Development Plan –NDP–. The NDP included different mechanisms and strategies

---

* Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid (España). Docente-investigadora de los Departamentos de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo-e: paula.robledo@uexternado.edu.co. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-7950-5233

to work on the SDGs, at different levels and sectors of the country. Based on this context, this chapter aims to analyze how the figure of the regions can be used as a tool to achieve the Sustainable Development Agenda. In first place, we study the different legal aspects of the regions in Colombia. Then, we revise the role that has been attributed to them within the framework of the National Development Plan and, lastly, the reasons that support their strategic nature on the Sustainable Development Goals scenario.

KEYWORDS

Colombia; Sustainable Development Agenda; Sustainable Development Goals; Regions; Administrative Regions for Planification; Regional Territorial Bodies; Regionalization.

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2015, los Estados miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a trabajar conjuntamente para alcanzar diecisiete objetivos tendientes a reducir la pobreza y aumentar la prosperidad para el año 2030. Estas metas, conocidas como los Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS–, incluyen, entre otras, garantizar la salud y el bienestar, la educación de calidad, la igualdad de género, el agua limpia y saneamiento básico, la energía accesible y no contaminante, el trabajo decente, la reducción de desigualdades, la sostenibilidad de las ciudades, el crecimiento económico, la industria y la infraestructura y la justicia.

Por su parte, Colombia ha venido incluyendo transversalmente la Agenda 2030 dentro de sus políticas públicas, hasta tal punto de hacer de ella uno de los pilares básicos del último Plan Nacional de Desarrollo. Ahora bien, pese a que desde los últimos gobiernos nacionales se ha desplegado un importante esfuerzo por hacer realidad los diecisiete objetivos de desarrollo sostenible, para que dicha Agenda pueda ser completada se requiere de la participación activa de todos los niveles y, en particular, de la administración a nivel territorial. En realidad, corresponde a las diferentes entidades territoriales materializar las acciones necesarias para alcanzar dichas metas. En ese sentido, los diferentes esquemas asociativos territoriales tienen un importante potencial en lo que respecta a articular el trabajo de los territorios de cara a la Agenda 2030.

Tomando esto último como punto de partida, este artículo tiene por objeto evidenciar cuál es el potencial que tienen en Colombia las regiones como mecanismo para alcanzar los diferentes Objetivos de Desarrollo Sostenible. Así las cosas, en primer lugar, se hará una breve conceptualización sobre lo que son las regiones en Colombia y cuál es su verdadero alcance. Posteriormente, se realizará un análisis sobre cómo la legislación y las políticas públicas que desarrollan los ODS a nivel nacional tienen que ver con las regiones y cómo estas tienen responsabilidad directa en su cumplimiento. Por último, se realizará un análisis teórico sobre cómo las regiones pueden aportar al desarrollo sostenible en el contexto colombiano.

1. LAS REGIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

La historia constitucional del ordenamiento territorial colombiano ha estado caracterizada preponderantemente por fórmulas centralistas. Sin embargo, como resultado de la insistencia de algunos sectores por el federalismo, en la actualidad contamos con un modelo territorial híbrido amparado en la figura del Estado unitario descentralizado. En términos generales, esto supone que en realidad, en el marco del diseño territorial del Estado colombiano previsto en la Constitución de 1991, coexisten y operan armónicamente los principios unitario y de autonomía territorial[1]. En ese sentido, encontramos varios ejemplos de rasgos e instituciones de corte federalista que quedaron impresos en el texto constitucional, como es el caso del artículo 287, que reconoce el núcleo esencial de la autonomía territorial de los departamentos, los municipios, las entidades territoriales indígenas y los distritos; el cual ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la ley[2].

---

1 Robledo Silva, Paula. "La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado unitario" en *Las transformaciones de la administración pública y del Derecho administrativo. Tomo 1. Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa,* editado por Jorge Iván Rincón Córdoba. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 395.

2 Al respecto, ver entre otros: Robledo Silva, Paula. "Pasado, presente y futuro de la organización territorial colombiana" en *Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica,* editado por José Tudela y Mario Köelling. Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016, pp. 81-128.

Otra de las características de talante federalista, que ha sido menos estudiada y desarrollada dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es la que está inmersa en la posibilidad que prevé la Constitución de que puedan constituirse provincias y regiones, e incluso, otorgárseles carácter de entidades territoriales[3]. En concreto, se trata de una alternativa que dejó abierta el constituyente para conformar nuevas entidades territoriales intermedias que permitiesen promover el desarrollo integral territorial a través de la integración y cooperación de otras entidades territoriales de mayor tamaño y nivel.

En nuestra historia constitucional reciente, desde 1975 se venían presentando iniciativas que buscaban permitir y fomentar la regionalización del país para propiciar una mayor unidad territorial y, con ello, el incremento de la participación ciudadana en el gobierno territorial. Sin embargo, fue solo hasta 1980 que con el Decreto 2348 se logró empezar (en cierta medida) este proceso a través de la creación de los Consejos Regionales para la Descentralización, que tenían la función de apoyar los procesos de descentralización y la supervisión de planes, proyectos, programas y organismos que se implementaran en el territorio[4]; iniciativa que tendría una corta vida.

Algunos años después, la Ley 76 de 1985 instauró la figura de las *regiones de planificación* al crear la de la Costa Atlántica y, con ella, la institución de los Consejos Regionales de Planificación (Corpes). Fue a raíz de ella que la idea de la regionalización pasó de ser una herramienta de nivel intermedio para la descentralización a convertirse en un mecanismo de desconcentración[5]. En concreto, redujo el objeto de las regiones a la planificación e integración económica y social al incluir una cláusula de coordinación interinstitucional que obligaba a las regiones a trabajar, en términos de planificación, con el poder central[6]; reafirmando al nivel municipal como célula básica del ordenamiento territorial colombiano. Fue así como a través del ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por la ley 76 al presidente Virgilio Barco que se crearon también las regiones de planificación de la Amazonía (a través del Decreto 3083 de 1987), la Orinoquía (a través

---

3 Artículos 286, 306 y 321, Constitución Política de Colombia.

4 Lapach del Castillo, Catalina Ana. "Regiones y provincias en Colombia: ¿entes territoriales o administrativos?" en *Derecho de las entidades territoriales,* editado por Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero y Juan Carlos Covilla Martínez. Bogotá, Universidad Externado, 2018, p. 180.

5 Lapach del Castillo, "Regiones y provincias en Colombia", p. 181.

6 Al respecto, ver, a partir de una interpretación sistemática, el artículo 2 de la Ley 76 de 1985.

del Decreto 3084), del Occidente (a través del Decreto 3085) y del Centro Oriente (a través del Decreto 3086).

Entre 1987 y 1991, las regiones y los CORPES correspondientes se limitaron a adecuarse organizacionalmente y fortalecer sus capacidades técnicas en la medida en la que el Gobierno no había dado las condiciones para que, dentro de los términos de sus atribuciones legales, pudiesen participar en la formulación de los Planes Nacionales de Desarrollo ni en diseño de su presupuesto[7]. Sin embargo, años después, con la exaltación a rango constitucional de las Regiones Administrativas de Planeación (RAP), se promulgó la Ley Orgánica de Planeación (152 de 1994), mediante la cual se empezaron a crear dichas condiciones al incluirlas materialmente dentro del esquema de planeación[8], invitarlas a la presentación ante el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)[9], y lo que es más importante, poner en su cabeza la responsabilidad de contribuir a garantizar la coherencia y articulación entre la planeación nacional y las entidades territoriales[10].

Fue así como desde 1994, las regiones de planificación y los CORPES se convirtieron en una herramienta clave para la intermediación entre la Nación y los territorios. En concreto, fueron uno de los mecanismos que el Gobierno empleó para garantizar la consulta y participación regional en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo 1994-1998. Así mismo, concentraron sus esfuerzos en apoyar los diferentes programas de gobierno de los Gobernadores de todo el país[11]. Sin embargo, este rol activo que venían desempeñando desde ese año se puso también en jaque en la medida en la que la misma Ley 152 estableció que los CORPES solo durarían hasta 1996 para dar paso a la constitución de las Regiones Administrativas y de Planificación de las que hablaba la Constitución en el artículo 307[12]; plazo que fue ampliado hasta el año 2000 por la Ley 290 de 1996[13].

Pese a la extensión de la subsistencia de los CORPES hasta el año 2000, el desarrollo normativo que se iba generando en diferentes materias a raíz

---

7 CHAMORRO, LUZ HELENA. "Balance del proceso de conformación de regiones en Colombia". *Planeación – Desarrollo,* Vol. 28, n.º 4, 1997, p. 121.

8 Artículo 15, Ley 152 de 1994.

9 Artículo 17, Ley 152 de 1994.

10 Artículo 47, Ley 152 de 1994.

11 CHAMORRO, "Balance del proceso de conformación de regiones en Colombia", p. 122.

12 Artículo 51, Ley 152 de 1994.

13 Artículo 1, Ley 290 de 1996.

de la nueva carta constitucional llevó a que estas instituciones entraran en un estado de indeterminación jurídica. Más concretamente, la expedición de las leyes 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Pública), 179 de 1994 y el Decreto 111 de 1996 dejaron a la vista los problemas prácticos y el alcance limitado de los CORPES al no contar con personería jurídica, autonomía ni patrimonio; cuestión que se fue exacerbada una vez el Consejo de Estado aclarara que los fondos de inversión regional que administraban hasta entonces los CORPES en realidad pertenecían a la Nación[14].

Los CORPES empezaron su desmonte a mediados del año 2000, gracias al Decreto 1234, con el que se estableció un régimen para el traspaso de sus recursos financieros y los de los Fondos de Inversión Regional al tesoro nacional; así como también una prohibición general para el inicio de nuevas actividades por parte de ellos. Pese a que la razón de fondo que llevó al Congreso a no volver a extender la vigencia de los CORPES fue el propósito de hacer realidad las Regiones Administrativas y de Planificación, esto no ocurrió hasta que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial fue promulgada.

En paralelo a los CORPES, con la Ley 99 de 1993 se recuperaron otras dos instituciones con las que el legislador buscó articular en términos regionales al nivel nacional con el territorio, esta vez, en temas ambientales. Las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y las Corporaciones para el Desarrollo Sostenible (CDS) fueron previstas como un organismo intermedio entre el Ministerio del Medio Ambiente (creado por esa misma ley) y los departamentos. Análogamente a las atribuciones que tenían los CORPES, el objeto de las CAR y las CDS es el de ejecutar políticas, planes, programas y proyectos sobre el medioambiente y los recursos no renovables, su administración en la jurisdicción correspondiente y promover la participación de las comunidades en los temas relacionados con la protección medio ambiental[15]. Pero, a diferencia de lo que ocurría con los CORPES, las CAR y las CDS fueron creadas como entes corporativos de carácter público y por tanto, si están dotadas de personería jurídica, con un patrimonio propio y con autonomía administrativa y financiera[16], lo que en gran medida ha permitido su subsistencia ininterrumpida hasta el día de hoy[17].

---

14 CHAMORRO, "Balance del proceso de conformación de regiones en Colombia", pp. 123-124.
15 Artículo 31, Ley 99 de 1993.
16 Artículo 23, Ley 99 de 1993.
17 Originalmente se mantuvieron siete (7) Corporaciones Autónomas Regionales a partir de las

Ahora bien, no fue sino hasta el año 2011 cuando por fin se expidió la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT o ley 1454 del 2011) y, con ella, los primeros pasos para la consolidación de las Regiones Administrativas y de Planificación. Para empezar, esta ley reconoció como un principio rector del Ordenamiento Territorial el de la regionalización, al promover la creación de Regiones de Planeación y Gestión (RAP) y Regiones Territoriales (RET) en el marco de una visión del desarrollo hacia la complementariedad, al reconocer las brechas y asimetrías económicas, sociales y ambientales en el territorio nacional[18]. Como herramienta para materializar este principio, previó la figura de los Esquemas Asociativos Territoriales, dentro de los que incluyó a las RAP, las RPG, las Provincias Administrativas y de Planificación (PAP), las Áreas Metropolitanas (AM) y las entidades territoriales económicamente desarrolladas, entre otros[19]. Una pluralidad de figuras, que pese a estar fundamentadas en la búsqueda de mayores beneficios económicos, mayor cobertura territorial y promover el desarrollo autónomo y autosostenible de los territorios y ser una forma de administración estatal, es difícil de caracterizarlos conjuntamente[20].

En lo que respecta a las regiones propiamente dichas, a través de la LOOT se pudo decantar la diferencia entre las RAP, las RAP Especiales y las

---

que venían siendo creadas desde 1954, correspondientes a las "regiones" de Risaralda (CARDER), Nariño (CORPONARIÑO), la Frontera Nororiental (CORPONOR), Tolima (CORTOLIMA), Quindío (CRQ), las Cuencas de los Ríos Rionegro y Nare (CORNARE) y los valles del Sinú y San Jorge (CVS) que existían con anterioridad; y se crearon la de Orinoquía (CORPORINOQUÍA), Sucre (CARSUCRE), Alto Magdalena (CAN), Centro de Antioquia (CORPANTIOQUIA) Atlántico (CRA), Santander (CAS), Boyacá (CORPOBOYACÁ), Chivor (CORPOVICHOR), Guavio (CORPOGUAVIO), Canal del Dique (CARDIQUE), Magdalena (CORPAMAG), Cesar (CORPOCESAR), la Guajira (CORPOGUAJIRA), Caldas (CORPOCALDAS), Cauca (CRC), Cundinamarca (CAR) y Meseta de Bucaramanga (CDMB). Dicha distribución del territorio se mantuvo hasta el año 2018, cuando la Ley 1938 modificó la jurisdicción de CORPORINOQUÍA frente a la Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Macarena (CORPOMACARENA). Por otra parte, la Ley 99 de 1993 previó la necesidad de crear un régimen especial para algunas regiones del país, para lo que previó las Corporaciones para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (CORPOAMAZONÍA), la Sierra Nevada (CSN), el Archipiélago de San Andrés (CORALINA), la Macarena (CORPOMACARENA), el Chocó (CODECHOCO), el Urabá (CORPOURABA) y la Mojana y el San Jorge (CORPOMOJANA). Sin embargo, la Ley 344 de 1996 suprimió la CSN.

18 Artículo 5, Ley 1454 del 2011.

19 Artículo 9, Ley 1454 del 2011.

20 COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. "Caracterización de los esquemas asociativos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial", en *Derecho de las entidades territoriales,* editado por PAULA ROBLEDO SILVA, HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO y JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ. Bogotá, Universidad Externado, 2018, p. 236.

RPG. Las primeras tienen como propósito promover el desarrollo regional, el desarrollo económico de sus territorios, mejorar en términos sociales la vida de sus habitantes y promover la inversión y la competitividad de estos territorios[21]. Las RAP Especiales también buscan promover el desarrollo económico y social de la región, pero en el caso de la región que se integre junto con Bogotá como Distrito Capital[22]. Finalmente, las Regiones de Planeación y Gestión tienen dentro de sus atributos la conformación de bancos de proyectos de inversión estratégicos que puedan tener impacto regional, promover y aplicar de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y la ejecución de las entidades territoriales que las integran y planear y ejecutar los recursos propios del Fondo de Desarrollo Regional[23].

Como podemos ver, la LOOT se limitó a abordar la figura de las regiones como un instrumento de planificación y gestión para promover el desarrollo económico y social, dejando de lado la dimensión territorial y geográfica de las mismas[24]. Es decir, que solo previó los presupuestos fácticos para la creación y el funcionamiento de las RAP y de las RPG, pero no para las Regiones como Entidades Territoriales. En realidad, esta fue una de las características generales de esta ley orgánica en la medida en la que el Legislador solo se ocupó de desarrollar esquemas asociativos territoriales y prever la creación de aquellas entidades territoriales que ya estuviesen en funcionamiento (como los departamentos) y no abordó cuestiones medulares en las que se estaba en mora desde la expedición de la carta de 1991 como la creación de las Entidades Territoriales Indígenas y, como ya hemos señalado, de las Regiones como Entidades Territoriales[25].

---

21 Artículo 30, Ley 1454 del 2011.

22 Parágrafo 3º del Artículo 30, Ley 1454 del 2011.

23 Artículo 19, Ley 1454 del 2011; Naidú Duque Cante (2012) "Particularidades de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial". *Análisis Político,* Vol. 25, n.º 76, p. 184-185. Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43501/44784

24 Robledo Silva, Paula (2018) "El régimen territorial en la Constitución" en *Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo II,* editado por Magdalena Correa, Nestor Osuna y Gonzalo Ramírez. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 617.

25 Sobre los grandes vacíos que dejó la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y más concretamente, sobre el caso de las Entidades Territoriales Indígenas ver, entre otros: Baena Carrillo, Samuel. "Problemas antropológicas y jurídicos de la territorialidad indígena en Colombia" en *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina,* editado por Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva. Bogotá, Universidad Externado, 2018, pp. 175-198.

En el caso de esta última, solo fue hasta finales del año 2019 cuando finalmente se incluyeron las regiones dentro de la agenda legislativa; en gran medida por el enfoque regional que se adoptó en el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 al establecer un *pacto por la descentralización* y un *pacto por la productividad y la equidad en las regiones*[26]. Más concretamente, la Ley 1955 estableció un procedimiento más claro para la conformación y el registro de los esquemas asociativos territoriales y, con ello, de las RGP, con el que les habilitaría la posibilidad de prestar servicios públicos, desempeñar funciones administrativas propias o delegadas, ejecutar obras de interés regional y cumplir funciones de planificación o ejecución de proyectos de desarrollo integral[27].

Meses más tarde, fue expedida la Ley 1962 de 2019 con la que finalmente se definieron los principales elementos para garantizar el correcto funcionamiento de las RAP y, aún más importante en términos del ordenamiento territorial, los requisitos y el procedimiento para transformar una Región Administrativa de Planificación en una Región como Entidad Territorial. Así las cosas, esta ley, más conocida como la Ley de Regiones, definió el hecho regional como un fenómeno que por razones poblacionales y espaciales trasciende a los gobiernos locales y departamentales en términos de competencias, inversión y planeación y ejecución de proyectos para el desarrollo de la región[28].

Por otra parte, enlistó las funciones que podrían desempeñar las RAP, reafirmó que, en ninguna circunstancia, estas regiones podrían constituir una circunscripción electoral dentro de la división políticoadministrativa del país y previó que un departamento podría pertenecer a más de una Región Administrativa y de Planificación[29]. En el siguiente cuadro se resumen las principales funciones de este tipo de regiones.

---

26 Artículo 3, Ley 1955 del 2019.
27 Artículo 249, Ley 1955 del 2019.
28 Artículo 3, Ley 1962 del 2019.
29 Artículo 4, Ley 1962 del 2019.

CUADRO 1

FUNCIONES DE LAS RAP Y LA RAP-E

Promoción de acciones para concretar el enfoque de desarrollo regional.
Propender por la coherencia y articulación de la planeación entre las entidades que las integran.
Diseñar e impulsar planes, programas y proyectos que conduzcan al desarrollo integral sostenible.
Asesorar técnicamente en cuestiones de carácter regional y prestación de servicios subregionales.
Generar capacidades institucionales para la gestión del desarrollo regional.
Incorporar el enfoque regional en los POTs, PODs, planes de desarrollo y demás instrumentos de planificación.
Participar en la ordenación y planificación de los recursos naturales y ambientales de la región.
Gestionar los recursos de cofinanciación y promover APPs para el desarrollo de proyectos estratégicos.
Promover la adopción de mecanismos de integración y asociatividad y la conformación de espacios de concertación regional.
Ejecutar proyectos de interés regional.
Contratar o convenir con otras entidades territoriales o nacionales para la ejecución de proyectos estratégicos y programas del PND.
Promover la participación ciudadana en el desarrollo regional.
Impulsar la investigación y producción del conocimiento regional.
Apoyar en la prestación y desarrollo de proyectos subregionales y metropolitanos para la articulación de la planificación.

Fuente: Elaboración propia.

Adicionalmente, la Ley de Regiones definió, principalmente, cuatro fuentes de financiación para el funcionamiento de las RAP: los recursos propios de las entidades territoriales de acuerdo con los indicadores de sostenibilidad fiscal, los recursos del crédito público, la cofinanciación del Presupuesto General de la Nación y, por último, las donaciones que se hagan a favor de las regiones. Sin embargo, también deja abierta la puerta para que más adelante, por medio de una ley, se establezcan nuevas fuentes de financiación[30]. También previó la participación de los proyectos de inversión de las RAP en el Sistema General de Regalías[31].

Con relación al proceso de conversión de las RAP a Regiones Entidades Territoriales, la Ley 1962 no solo estableció el procedimiento que deben surtir, sino también una serie de requisitos sustanciales para poder hacerlo.

30 Artículo 5, Ley 1962 del 2019.
31 Artículo 6, Ley 1962 del 2019.

En ese sentido, fijó que será necesario que la RAP que quiera transformarse en entidad territorial deberá haber funcionado al menos durante cinco (5) años, deberá contar con un diagnóstico técnico y orgánico sobre su conveniencia, el concepto favorable de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Congreso y, lo que es más importante, la aprobación por parte de los ciudadanos de los territorios que integran la región[32]. A continuación, se presenta un breve esquema del procedimiento que solo podrá llevarse a cabo a partir del año 2022 para lograr la conversión de las RAP en RET, en la medida en la que el legislador restringió la aparición de las RET durante los tres años siguientes a la expedición de esta ley.

FIGURA 1
PROCEDIMIENTO PARA LA CONVERSIÓN DE UNA RAP A UNA RET

1	2	3	4	5
Solicitud	Proyecto de ley	Concepto de la COT	Referendo	Conversión
Avalada mediante ordenanza por las asambleas departamentales y firmada por gobernadores y alcaldes. Debe ir además acompañada por un documento teórico soporte que además presente una propuesta sobre el proceso de conversión.	Debe presentarse la solicitud ante el Congreso de la República, acompañada por el proyecto de ley correspondiente.	La Comisión de Ordenamiento Territorial debe proferir un concepto favorable sobre la conversión de la RAP en RET.	Debe realizarse un referendo en el que se consulte a la población de los territorios que comprende la región si están de acuerdo con la conversión de una región en una RET.	Una vez aprobado el referendo se expedirá la ley que convierte la RAP en RET.

Fuente: Elaboración propia.

En términos funcionales, previó que las RET desempeñarían una serie de funciones, definidas por esta misma ley, en el marco de los principios de conveniencia pacífica, sostenibilidad, inclusión, equidad y cierre de brechas intra e interregionales y urbano rurales, orientándose al desarrollo económico y social del territorio[33]. Sumado a estos principios, también se incluyeron los de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en la medida en la que a

32 Artículo 9, Ley 1962 del 2019.
33 Artículo 10, Ley 1962 del 2019.

partir de la conversión de las RAP en RET, las regiones entrarían a ser objeto del régimen general de las entidades territoriales. Ahora bien, las funciones o atribuciones originalmente establecidas para las regiones son las siguientes.

CUADRO 2
FUNCIONES DE LAS RET

Realizar las gestiones para cumplir con las competencias legales y constitucionales atribuidas.
Administrar los recursos que le sean asignados y aquellos que requieran para el cumplimiento de sus funciones legales, constitucionales y ordenanzales.
Formular, adoptar e implementar políticas, planes, programas y proyectos para el desarrollo integral sostenible, el ordenamiento territorial y los ecosistemas estratégicos.
Ejercer las funciones a las Regiones Administrativas y de Planificación.
Participar en los órganos colegiados de dirección y decisión de las entidades de orden nacional que intervengan en la región.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede ver, en realidad las funciones atribuidas a las RET no distan mucho de las de las RAP, en especial en la medida en la que, en esencia, se deja en manos de ellas las mismas que venían desempeñando las Regiones Administrativas y de Planificación y se deja abierto el desarrollo de otras funciones que puedan atribuirse por vía legal o constitucional. Sin embargo, es de resaltar que, a la hora de enlistar las funciones, el artículo 10 de la ley es muy enfático en que estas serán desempeñadas desde la autonomía territorial y con la suficiencia financiera técnica e institucional. Por otra parte, también se habilita la posibilidad de que la Nación les traslade a las RET competencias específicas con un enfoque diferencial a través de programas de regionalización de las políticas, recursos, acciones y estructura de las entidades nacionales con impacto regional[34].

En tercer lugar, la Ley 1962 también previó algunas disposiciones en términos orgánicos de las RET. En concreto, estableció que funcionarían a partir de una junta regional compuesta por todos los gobernadores de los departamentos que los integrasen, encabezados por un gerente regional elegido por ellos. Aclaró también que la aparición de estas dos nuevas figuras no supondría una modificación o un menoscabo a las competencias y

34 Parágrafo 2, Ley 1962 del 2019.

atribuciones constitucionales de los gobernadores y alcaldes. Por otra parte, fijo la importancia de que cada RET fijara un Estatuto Especial, a través del cual adoptara los principios de paz integral, reconocimiento de la pluralidad y la diversidad territorial, participación ciudadana, responsabilidad y transparencia, cierre de brechas socioeconómicas, sostenibilidad ambiental, enfoque de derechos y de género y respeto por la diversidad étnica, cultural y de orientación sexual[35].

Por último, vale la pena señalar que, en términos financieros, se dejaron las mismas fuentes de financiación de las RAP y se dejó en manos del Gobierno desarrollar en un plazo máximo de 24 meses para presentar iniciativas constitucionales y legislativas para definir la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, tras la aparición de las RET en el ordenamiento territorial; así como la expedición de los nuevos códigos municipal y departamental[36]. Sobre este último aspecto, vale la pena señalar que, a la fecha de finalización de este documento, ya han transcurrido once (11) meses desde la expedición de la norma, pero no se han presentado avances por parte del Gobierno en esta materia, más allá de la publicación de un proyecto de decreto para reglamentar las RAP[37] y otro para la creación de la Misión de Descentralización que se encargará de estos asuntos[38].

En este contexto, solo se han creado cinco Regiones Administrativas de Planeación en el país, pese a que el Plan Nacional de Desarrollo prevea para este periodo la consolidación de un total de nueve regiones. Así las cosas, hasta el momento solo se han consolidado la RAP Caribe, conformada por los departamentos de Atlántico, Bolívar, Córdoba, Cesar, La guajira, Magdalena, San Andrés y Sucre[39]; la RAP Pacífico, compuesta por los depar-

---

35 Artículo 14, Ley 1962 del 2019.

36 Parágrafo 4 del Artículo 10 y Artículo 16, Ley 1962 del 2019.

37 El proyecto de decreto publicado por el Ministerio del Interior en diciembre del 2019 se limita a caracterizar los hechos regionales, los criterios y el procedimiento para declararlos. Adicionalmente, propone crear la figura de los Planes Estratégicos Regionales como instrumentos estratégicos de largo plazo para promover la planeación integral para el desarrollo regional y la articulación sectorial al interior de las regiones. El proyecto de decreto se encuentra disponible en la página del Ministerio del Interior: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/decreto_rap_y_rap-e_pdf.pdf

38 Comisión de Ordenamiento Territorial. *Acta Sesión Ordinaria No. 16*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación y Ministerio del Interior, 2020, p. 10.

39 Constituida el 19 de octubre del 2017, en una cumbre de Gobernadores celebrada en la Universidad del Atlántico en Barranquilla, Atlántico.

tamentos de Nariño, Cauca, Valle del Cauca y Chocó[40]; la Región Central RAP-E, compuesta por los departamentos de Cundinamarca, Boyacá, Meta, Tolima y el distrito capital, Bogotá[41]; la RAP Eje Cafetero, conformada por Caldas, Risaralda y Quindío, y la RAP para la Amazonía, compuesta por los departamentos de Caquetá, Guaviare, Guainía y Putumayo[42].

Como hemos visto, hasta el momento, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la posibilidad de que se constituyan cuatro tipos de regiones: las RPG, las RAP y las RAP-E y las RET. En términos generales, tanto unas como otras han tenido un desarrollo normativo históricamente precario y estancado en la medida en la que solo hasta el año 2011 se intentó desarrollar los artículos 306 y 307 de la Constitución y solo hasta el año 2019 se empezaron a sentar unas verdaderas bases para el funcionamiento de las RAP, las RAP-E y las RET. A modo de síntesis, a continuación, ofrecemos un cuadro que compara estas cuatro instituciones en cuanto a su fundamento normativo, su naturaleza jurídica, su propósito, su forma de creación, su alcance espacial, sus funciones y su financiación.

CUADRO 3
COMPARATIVO ENTRE LAS RGP, LAS RAP, LAS RAP-E Y LAS RET

	Regiones de Planificación y Gestión	Regiones Administrativas y de Planificación	RAP Especial	Regiones Entidades Territoriales
Fundamento normativo	Art. 19, Ley 1454 del 2011	Art. 306 de la Constitución / Arts. 4 - 8, Ley 1962 del 2019	Arts. 306 y 325 de la Constitución / Arts. 4 - 8, Ley 1962 del 2019	Arts. 286 y 307 de la Constitución / Arts. 9-14 de la Ley 1962 del 2019
Naturaleza jurídica	Asociación entre entidades territoriales	Persona jurídica de Derecho público con autonomía (administrativa) y patrimonio propio		Entidad territorial con autonomía territorial (en los términos de los artículos 286 y 287)

40 Constituida en diciembre del año 2016 mediante el Convenio Marco de creación de la RAP Pacífico.

41 Constituida el 25 de septiembre del 2014 mediante el Convenio n.º 1676, suscrito por los Gobernadores de Boyacá, Cundinamarca, Meta y Tolima y el Alcalde Mayor de Bogotá.

42 Aprobada por la Comisión de Ordenamiento Territorial el 4 de diciembre del 2019. Federación Nacional de Departamentos. *Se aprueba la creación de la RAP Amazonía,* 4 de diciembre del 2019. Disponible en: https://www.fnd.org.co/sala-de-prensa/noticias-federacion/4617-se-aprueba-creaci%C3%B3n-de-la-rap-amazon%C3%ADa.html

	Regiones de Planificación y Gestión	Regiones Administrativas y de Planificación	rap Especial	Regiones Entidades Territoriales
Objeto	Promover y aplicar armónica y sosteniblemente los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad	Promoción del desarrollo económico y social, la inversión y la competitividad regional		Desarrollo económico y social
Creación	Libre asociación entre entidades territoriales	Autorización por parte de Asambleas Departamentales y previo concepto favorable de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado	Autorización por parte de las corporaciones de las entidades territoriales (Asambleas y Concejo) y previo concepto favorable de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado	Procedimiento legislativo, acompañado de referendo
Tipo de instrumento que la crea	Acuerdo de voluntades	Convenio		Ley
Entidades integrantes	Cualquier tipo de entidades territoriales	Departamentos	Departamentos y Distrito Capital	Departamentos (y eventualmente el Distrito Capital)
Alcance de las funciones y atribuciones	Fungir como bancos de proyectos de inversión y planear y ejecutar la designación de recursos del Fondo de Desarrollo Regional	Administración de recursos, ejecución de proyectos y ejercicio de competencias delegadas expresamente por las entidades territoriales		Ejercicio de la funciones de las rap y de las competencias territoriales que le sean atribuidas
Financiación	No determinada por la ley	Recursos propios de las entidades territoriales, crédito público, donaciones y cofinanciación del Presupuesto General de la Nación		

Fuente: Elaboración propia.

En suma, podemos concluir que, pese a las diferentes variaciones de la idea de región, en términos generales, el ordenamiento jurídico colombiano ha empezado a incorporarla como una herramienta para potencializar las condiciones locales del territorio y se espera que pueda servir para corregir algunas debilidades propias del diseño institucional de nuestro actual ordenamiento territorial. También es importante señalar que se trata de una herramienta que, pese a estar aún en proceso de consolidación e implementación, fue

pensada desde la Constitución como un mecanismo para fortalecer a los territorios y, con ello, promover el desarrollo del país; razón por la cual ha sido utilizada en el Plan Nacional de Desarrollo como una herramienta clave para alcanzar las metas nacionales de la Agenda 2030.

2. LAS REGIONES EN COLOMBIA Y LA AGENDA 2030

La Agenda 2030, también conocida como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2015 como un llamado universal para terminar con la pobreza, proteger al planeta y mejorar la calidad de vida de las personas en todo el mundo. Para tales efectos, se identificaron diecisiete objetivos generales y 169 metas específicas con el propósito de que los Estados los adoptasen como propios y los incorporaran internamente dentro de sus ordenamientos jurídicos nacionales. En términos generales, los ODS buscan: poner fin a la pobreza; eliminar la hambruna mundial; garantizar la salud y el bienestar de las personas, la educación de calidad, la igualdad de género, el agua limpia y el saneamiento básico, el acceso a la energía asequible y no contaminante y el trabajo decente; promover el crecimiento económico, la industria, la innovación y la infraestructura, las ciudades y las comunidades sostenibles, la producción y el consumo responsables, la paz, la justicia y las instituciones sólidas; reducir las desigualdades y el cambio climático, y proteger la vida submarina y los ecosistemas terrestres.

Con base en el último informe que publicaron las Naciones Unidas sobre los ODS, se concluyó que, pese a que se han presentado avances respecto a algunas de las metas, aún persisten grandes desafíos para alcanzar la Agenda 2030. En concreto, se destaca que áreas como el cambio climático, la desigualdad nacional e internacional, la pobreza, el hambre y la salud aún están extremadamente lejos de conseguir las metas, por lo que es particularmente importante que los Estados tomen acciones inmediatas para cambiar el panorama[43]. Por ejemplo, en el caso de América Latina, solo el 56% de los niños, niñas y adolescentes están amparados por los sistemas de protección social[44]; el incremento de productividad laboral en la región

---

43 Naciones Unidas. *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2019*. Nueva York, Naciones Unidas, 2019, p. 3.

44 Ídem, p. 23.

reportó un crecimiento de apenas del 0,5%[45]; y la tasa de desempleo de las mujeres fue casi 3 puntos porcentuales por encima que la de los hombres[46].

El contexto colombiano no es muy alejado al del resto de la región. Para el año 2017, el índice de Gini en Colombia tenía un valor del 49,70, el cual denotaba que, pese a registrar uno de los niveles de desigualdad más bajos en la historia del país, aún presentaba grandes desafíos para alcanzar el desarrollo sostenible en términos de la desaparición de las desigualdades sociales y económicas de su población. Para el 2018, el 36% de la población del país vivía en condiciones de pobreza monetaria y el 15,4% en situación de pobreza monetaria extrema[47]. En lo que respecta a los servicios públicos, un 14,6% de la población no tenía acceso a acueducto, un 24,4% a alcantarillado, un 34,2% a gas natural; un 14,3% aún tenía Necesidades Básicas Insatisfechas y el 5,19% todavía era analfabeta[48]. Ante este panorama, la incorporación de los ODS se convirtió en una prioridad del Gobierno actual, lo que llevó a que se diseñara y publicara la Estrategia para la Implementación de los ODS en Colombia a través del Documento CONPES 3918 del 2018 en la que se priorizaron 147 metas y se establecieron 156 indicadores para medir el cumplimiento de estas metas y que posteriormente, se incluyeran de manera transversal en el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

El CONPES sobre los ODS parte de la premisa que reconoce que la estrategia utilizada años antes para la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio a partir de una fórmula centralizada no fue la más indicada en la medida en la que en lugar de disminuir las brechas regionales, las mantuvo intactas[49]. Con ello en mente, el Consejo Nacional de Política Económica y Social interpretó la máxima de los ODS de "no dejar a nadie atrás" en clave regional, estableciendo a la regionalización de metas como principio rector de la política pública[50]. En ese sentido, la política de los ODS en Colombia se caracteriza por trazar una estrategia en la que se realiza una desagregación

---

45 *Ídem,* p. 38.

46 *Ídem,* p. 39.

47 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Agenda 2030 Transformando Colombia*. Bogotá, PNUD, BID & Minambiente, 2018, p. 3.

48 DANE. Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. Bogotá, DANE, 2019.

49 Consejo Nacional de Política Económica y Social. *Documento Conpes 3918. Estrategia para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en Colombia*. Bogotá, Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2018, p. 26.

50 *Ídem*, p. 35.

territorial de la información para identificar los puntos críticos de trabajo y con ello, hacer una ponderación más idónea y pertinente en cada región[51].

Ahora bien, el primer paso para concretar este CONPES fue la expedición de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo a través de la cual se adoptó formalmente el enfoque transversal de los ODS en el plan de Gobierno para el periodo 2018-2022. Como hemos señalado antes, esta ley acogió el proyecto de regionalización en tres sentidos. Por un lado, propuso de manera explícita la división del país en nueve regiones y estableció pactos específicos con cada una de ellas para fomentar el desarrollo y la consecución de los ODS a nivel territorial; por el otro, incluyó un pacto por la descentralización que promueve el esquema regional y finalmente, acogió y desarrolló la figura de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial como niveles subregionales[52].

A grandes rasgos, los pactos regionales (los cuales reemplazan a los antiguos Contratos Plan) pretenden fomentar la productividad y la equidad al interior de las regiones a partir de la focalización de las inversiones y las políticas relacionadas con la transformación social y la productividad regional. Para dichos efectos, con base en los esfuerzos que se habían realizado hasta ese momento para la constitución de las primeras cinco RAP en el país, el Plan Nacional de Desarrollo previó nueve pactos regionales respecto a las regiones: Amazonía, Caribe, Central, Eje Cafetero-Antioquia, Llanos-Orinoquía, Pacífico, Océanos, Santanderes y Seaflower[53], las cuales se pueden apreciar en el Mapa 1.

---

51 *Ídem*, p. 36. Para un ejemplo concreto sobre cómo podrá verse materializada esta regionalización de metas y desagregación territorial de la información ver: ESTRADA, JOHANN JULIO; PADRÓN PARDO, FLORALBA y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. "El Índice de Acceso Efectivo a la Justicia como una herramienta para políticas públicas de cara al ODS 16" en *Constitucionalismo en transformación: Prospectiva 2030 – Tomo XX,* editado por MAGDALENA CORREA HENAO, MARIO OSPINA RAMÍREZ y FEDERICO SUÁREZ RICAURTE. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

52 En este artículo no nos referiremos a esta figura ni sus implicaciones en el desarrollo territorial al tratarse de un supuesto específico, sin embargo, para ello se puede consultar, entre otros: JOHANN JULIO ESTRADA, FLORALBA PADRÓN PARDO y CAROLINA RICO MARULANDA. "Programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET): un nuevo reto para las entidades territoriales que han vivido con mayor intensidad el conflicto colombiano" en *El Estado constitucional colombiano en la periferia – Tomo I,* editado por MAGDALENA CORREA HENAO y ALFONSO PALACIOS TORRES. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 99-138.

53 Artículo 3, Ley 1955 del 2019.

MAPA 1
REGIONALIZACIÓN DEL PAÍS DE ACUERDO
CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022

Fuente: Departamento Nacional de Planeación. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2019, p. 1.164.

En concreto, cada uno de los nueve pactos regionales prioriza, de acuerdo con las condiciones de cada región, una serie de temas concretos a través de los cuales se espera lograr propiciar una mayor productividad, toda vez que, a los ojos del Plan Nacional de Desarrollo, la ausencia de esta es la culpable de las brechas en oportunidades sociales para la población[54]. Con base en una lectura transversal de estos pactos regionales, se puede identificar de manera clara que se priorizan, en términos generalizados, las cuestiones relacionadas con infraestructura, servicios públicos, protección del medioambiente, y, en especial, la productividad de los territorios. Esta última preocupación, que es constante en los todos los pactos, se explica en la medida en la que, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo, solo a través del fortalecimiento de la productividad de las regiones y las economías territoriales a escala será posible afrontar la principal causa del subdesarrollo territorial: la pobreza de la población.

54 Departamento Nacional de Planeación. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2019, p. 1.166.

CUADRO 4
PRIORIZACIÓN DE TEMAS SEGÚN PACTOS REGIONALES
DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

Región	Adaptación al cambio climático	Construcción del conocimiento	Desarrollo del ordenamiento y el control territorial	Explotación económica de recursos	Gestión ambiental	Gobernanza y planificación	Inclusión social	Infraestructura	Internacionalización	Productividad regional	Protección del medio ambiente	Servicios Públicos	Transformación digital
Amazonía								X		X	X		
Caribe							X	X		X		X	
Central				X						X	X		
Eje Cafetero–Antioquia								X	X	X			
Llanos-Orinoquía				X						X	X		X
Océanos					X	X		X			X		
Pacífico					X			X		X		X	
Santanderes				X				X			X		
Seaflower	X	X	X	X							X	X	

Fuente: Elaboración propia.

Al respecto, es muy importante destacar que a lo largo de las Bases del Plan Nacional de Desarrollo y en particular cuando se aborda el tema del desarrollo asimétrico y desigual del territorio, se hace énfasis en su relación con la pobreza de la población. Esto en gran medida tiene que ver con la adopción y la transversalización del primer ODS, sobre la desaparición de la pobreza en el mundo, en todo el Plan. Después de todo, Colombia estableció dentro de sus metas nacionales sacar a 1,5 millones de personas de la pobreza extrema, 2,9 millones de la pobreza monetaria y 2,5 millones de la pobreza multidimensional[55]. Así las cosas, el Gobierno propone una lógica en la que, al promover mayor riqueza monetaria para las personas, menores

55 Ídem, p. 40.

serán las brechas sociales y mayor será el desarrollo de los territorios. En otras palabras, propone un modelo cuyo sustrato está en una lógica eminentemente económica.

En consecuencia, el enfoque que adopta el Plan Nacional de Desarrollo respecto a las regiones se concentra en comprenderlas y utilizarlas como niveles de planeación a través de los cuales se puedan gestionar las inversiones para el desarrollo respecto de determinados temas. Esto además se reafirma al ver que el *pacto por la descentralización* acoge el modelo de desarrollo regional de la OCDE, a través del cual se supera el antiguo paradigma de las asimetrías y desigualdades regionales y se fija uno nuevo, basado en la competitividad regional. En ese sentido, entiende a las regiones como áreas funcionales y no propiamente como divisiones políticoadministrativas del territorio; esto supone que, en lugar de trazar una estrategia para fortalecer las competencias institucionales autónomas de los territorios, se ocupa de estrategias para promover el desarrollo a través del fomento de mercados y de las regiones como nodos de desarrollo. A partir de esta aproximación, el Plan Nacional de Desarrollo identificó cinco ejes estratégicos sobre los que se debe trabajar para alcanzar la efectiva descentralización y el enfoque regional, en un contexto de desarticulación territorial y de duplicidad de procesos en planeación y desarrollo que caracteriza a Colombia[56].

El primero de estos ejes está enfocado hacia las políticas y las inversiones para el desarrollo y el ordenamiento territorial en la medida que pretende resolver la falta de coordinación entre planeación e inversión territorial, la necesidad de armonizar la planeación con el ordenamiento territorial y fomentar la creación de regiones administrativas de planificación. Más concretamente, esta primera estrategia busca establecer incentivos para la inversión territorial, la creación de una Política General de Ordenamiento Territorial (que establezca un sistema de armonización de competencias territoriales), la actualización de los Planes de Ordenamiento Territorial y la reglamentación de los Esquemas de Asociatividad Territorial[57]. Un producto preliminar de esta estrategia es la Ley de Regiones, de la que ya hemos hablado.

La segunda línea estratégica busca estimular la productividad y la conectividad de los territorios para resolver las asimetrías productivas y

---

56 *Ídem*, p. 1.095.
57 *Ídem*, p. 1.095-1.104.

económicas que existen a lo largo y ancho del país. En concreto, pretende conectar las ciudades con los territorios rurales para desconcentrar las actividades productivas, disminuir la conflictividad en el uso del suelo, nivelar la balanza de la informalidad laboral, reducir la pobreza multidimensional de los territorios y reconocer la naturaleza productiva de las superficies que están legalmente protegidas. Para tales efectos, propone, entre otras cosas, el diseño de una Política Nacional de Logística, la especialización productiva del territorio y la coordinación productiva de las regiones a través de Planes de Desarrollo Económico Locales[58].

La tercera prioridad establecida en el marco de este pacto tiene que ver con el desarrollo urbano y el establecimiento de un sistema de ciudades que se alinee con un modelo de ciudades equilibrado y sostenible[59]. En concreto, busca que a partir de dicho sistema y el desarrollo urbano se lleven a cabo un uso eficiente de los suelos, se garantice la (auto) provisión de bienes y servicios y una sinergia *supra* municipal que permita el crecimiento económico local y la inclusión social[60].

En cuarto lugar, prioriza el fortalecimiento de las capacidades y la efectividad de los gobiernos locales, a partir de un enfoque eminentemente fiscal sobre la descentralización en Colombia. En ese sentido, establece una serie de estrategias que promueven la autonomía, la productividad y la eficiencia de los gobiernos, pero solo en lo que respecta al recaudo local, la inversión y la gestión fiscal, dejando de lado la promoción de las competencias territoriales en términos administrativos y políticos; y con ello, reafirmando la centralización del poder político en el gobierno nacional. Así las cosas, a través del fortalecimiento de la gestión fiscal y el catastro, el desarrollo de incentivos para la conservación ambiental[61], el incremento de la eficiencia

---

58 *Ídem*, pp. 1.105-1.118.

59 Para una aproximación transversal a los desafíos que supone el desarrollo urbano y las regulaciones urbanísticas en el contexto colombiano y por tanto, los obstáculos que esta estrategia afrontará, ver: Rincón Córdoba, Jorge Iván (ed.). *Ordenación del territorio y Derecho urbano.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

60 Departamento Nacional de Planeación. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.* Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2019, pp. 1.119-1.130.

61 Un buen ejemplo sobre la forma en como los incentivos para la conservación ambiental pueden servir para mejorar la eficiencia del gasto público y aportar al desarrollo económico y sostenible de los territorios se encuentra en la figura de las Compras Públicas Sostenibles. Al respecto ver, entre otros: Lozano Villegas, Germán. "Las compras públicas como herramienta para la mitigación del cambio climático" en *Constitucionalismo en transformación: Prospectiva 2030 – Tomo*

del gasto a través de herramientas como el *big data*, el diseño de Acuerdos Marco de Precios con enfoque diferencial territorial y la formación de talento humano para ello, el Gobierno busca disminuir las brechas en términos de capacidades y económicas entre los territorios[62].

Por último, el *pacto por la descentralización* incluye una estrategia relacionada con el fortalecimiento de los procesos de toma de decisiones con enfoque regional, a través de la cual pretende mejorar no solo las decisiones en sí mismas, sino los bases e insumos sobre las que se toman. Para ello, propone acciones que buscan desarrollar y fomentar el uso de diferentes tecnologías de información y comunicación que les permitan a las entidades territoriales contar con información precisa, suficiente e idónea respecto a sus territorios para tomar sus decisiones, diseñar sus proyectos y volverse más productivas[63].

Así las cosas, sumado a los pactos regionales, el *pacto por la descentralización* del Plan Nacional de Desarrollo reafirma la posición del Gobierno respecto a las ideas de desarrollo y regionalización. En concreto, se trata de un enfoque eminentemente económico con el que se pretende fortalecer el papel económico de los territorios al darles herramientas para actuar con mayor autonomía financiera y, con ello, superar de manera independiente las brechas socioeconómicas que experimentan internamente. Así mismo, supone reconocer la importancia de articular los diferentes territorios para efectos de disminuir las asimetrías productivas y de competitividad y fortalecer las regiones y el país en términos productivos. En otras palabras, la noción de productividad se convierte en la clave maestra para el desarrollo local y nacional.

También debemos reconocer que dentro de las diferentes estrategias propuestas para la regionalización y las prioridades establecidas al interior de los diferentes pactos regionales se reconocen otros factores asociados con la sostenibilidad integral como lo son la protección del medio ambiente, la preparación para el cambio climático y el uso adecuado de los recursos. No obstante lo anterior, la inclusión de estos factores está dada en claves

---

xx, editado por Natalia Andrea Castro Niño y Wilfredo Robayo Galvis. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

62 Departamento Nacional de Planeación. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2019, pp. 1.131-1.140.

63 *Ídem*, pp. 1.141-1.151.

económicas y de productividad en la medida en la que siempre los incluye como criterios auxiliares para la implementación de estrategias económicas. Así por ejemplo, en el caso del Pacto Regional de Seaflower se habla de la importancia de hacer un aprovechamiento ecológico de los recursos que permita la productividad económica de la región.

Ahora bien, pese a que este enfoque económico del proceso de regionalización es apropiado en la medida en la que reconoce la utilidad que tienen las regiones para promover el desarrollo económico del territorio, no es suficiente. En realidad, los factores sociales y ambientales del desarrollo no pueden ser entendidos como complementos del criterio económico, sino que deben ser puestos a su mismo nivel. Esto lleva a que para que podamos hablar de las regiones como herramientas para alcanzar la Agenda 2030 es necesario reconocer también su utilidad en términos ambientales y sociales.

3. EL POTENCIAL DE LAS REGIONES EN EL MARCO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

En términos abstractos e interdisciplinares, las regiones pueden ser entendidas como ámbitos en donde se cumplen ciertos criterios de homogeneidad que permiten conducir a algún tipo de agrupación. Partiendo de esta definición y circunscribiéndola a la cuestión territorial, una región corresponde a una porción del espacio territorial definida por razones naturales o geográficas, y la cual puede agrupar uno o varios asentamientos poblacionales[64]. A su vez, en este campo específico las regiones han sido definidas a partir de factores sociales y culturales que permiten concluir que al interior de un mismo país pueden existir múltiples regiones, dentro de las cuales las condiciones de supervivencia y las oportunidades económicas pueden variar[65].

Para autores como Santos, el concepto de región es intrínseca del proyecto nacional de cualquier país en la medida en la que corresponden a espacios funcionales al interior de un espacio mayor[66]. Al reconocer esa diversidad espacial que existe dentro de un mismo país (o un mismo continente), es

---

64 Palacios, Juan José. "El concepto de región: la dimensión espacial de los procesos sociales" *Revista Interamericana de Planificación,* Vol. xvii, n.º 66, 1983, p. 59.

65 Llanos-Hernández, Luis. "El concepto del territorio y la investigación en las ciencias sociales" *Agricultura, Sociedad y Desarrollo,* Vol. 7, n.º 3, 2010, p. 209.

66 Santos, Milton. *Tecnica, espaço, tempo. Globalizaçao e meio tecnic-cientifico informacional.* Sao Paulo, Editora Hucitec, 1997.

posible comprender la diversificación y la complejidad de los objetos y las acciones que ocurren y, con ello, que la interacción interregional permite la construcción de identidades económicas, culturales, sociales y políticas[67]. En otras palabras, el aproximarse a la región desde una perspectiva interdisciplinar abierta conduce a entender que se trata de una categoría que, si bien tiene relación con lo espacial, responde a factores culturales, económicos y sociales.

Tal y como lo hemos sostenido en otras oportunidades, el ordenamiento territorial colombiano se ha caracterizado por haber sido desarrollado por el legislador a partir de una concepción miope del territorio[68]; lo que ha llevado a que las diferentes instituciones relativas al territorio sean restringidas a su definición legal. El caso de las regiones no es la excepción a esta tendencia de nuestro ordenamiento. El legislador, pese a haber replicado la definición de regiones que ofreció el Constituyente en 1991, en donde las caracterizó como una herramienta para el desarrollo socioeconómico del territorio, se ha limitado a desarrollarla en lo relativo al potencial económico, restringiéndolas en la práctica a una herramienta de planificación para el desarrollo económico.

Como hemos visto, los pocos desarrollos normativos que ha tenido esta figura en el ordenamiento jurídico se han limitado a establecer requisitos formales y vicisitudes procedimentales para la creación de las regiones. Además de la definición en clave constitucional, un solo artículo de la Ley de Regiones reconoce, en cierta medida, una aproximación un tanto más amplia al concepto de región. Se trata del artículo 2 que define a las regiones como "marcos de relaciones geográficas, económicas, culturales y funcionales a partir de ecosistemas bióticos y biofísicos, de identidades culturales locales, de equipamientos e infraestructuras económicas y productivas y de relaciones entre las formas de vida rural y urbana que se desarrollan en la sociedad colombiana". Pese a lo anterior, poco o nada es la utilidad práctica de esta apertura en la medida en la que las atribuciones y funciones que

---

67 Montañez Gómez, Gustavo y Delgado Mahecha, Ovidio. "Espacio, territorio y región: conceptos básicos para un proyecto nacional". *Cuadernos de Geografía,* Vol. vii, n.º 1-2, 1998, p. 131.

68 Robledo Silva, Paula. "¿Cómo entender el territorio? Anotaciones sobre cómo ampliar el concepto" en *Ordenación del territorio y Derecho urbano,* editado por Jorge Iván Rincón Córdoba. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

son reconocidas a las regiones no conducen, necesariamente, a reconocer y honrar dichos marcos relacionales, más allá de las virtudes económicas.

Esta concepción del potencial económico de las regiones se fundamenta, principalmente, en la teoría de las economías a escala o de los clústers de producción. Esencialmente se trata de entender al Estado a partir de una lógica empresarial desde la que se pretende optimizar al máximo su productividad. A grandes rasgos, esta propuesta plantea que el fortalecimiento de las regiones permite la consolidación de nodos productivos a través de los cuales se podrían aprovechar mejor las ventajas dinámicas comparativas de cada zona del país. Así, promover la especialización de determinadas zonas respecto a la producción de determinados bienes y/o servicios permite asegurar una mayor continuidad y sustentabilidad de los procesos, facilitar el control territorial y dinamizar las cadenas de valor de cada lugar[69]. Sumado a ello, la utilización de las economías de escala en el marco de los procesos de regionalización supone reconocer que, al optimizar la competitividad de las regiones, se fortalecerán sus finanzas y, con ello, podrán conseguir un mayor desarrollo en términos generales.

Esta visión frente a la regionalización es en cierta medida coherente si se parte desde una lógica interdisciplinar que aprovecha las herramientas de la teoría económica y administrativa para promover el desarrollo. Esto tiene sentido si se tiene en cuenta que el factor económico es fundamental en lo que tiene que ver con el desarrollo sustentable, dado que, a mayor disponibilidad presupuestal, mayor disponibilidad de recursos que contribuyen a disminuir las brechas socioeconómicas y ambientales que existen a nivel local y nacional. No obstante lo anterior, en Estados como el colombiano, los obstáculos que se presentan para alcanzar el desarrollo sostenible son mucho más profundos y se encuentran arraigados al diseño institucional, la cultura política y a las dinámicas sociales. Es en ese sentido que creemos que para que las regiones puedan ser utilizadas de cara a lograr un verdadero desarrollo sostenible y con ello alcanzar las metas de la Agenda 2030, es necesario entenderlas más que como una simple herramienta de planeación e inversión.

Un primer elemento que nos permite comprender el potencial que tienen las regiones en lo que respecta al desarrollo sostenible es el que tiene que ver con la superación de los diferentes vacíos estatales que existen en

---

69 Sanjinés Montán, Freddy; Vargas Biesuz, Bruno y Herrera Dalence, Zulema. *Ventajas comparativas y competitivas del comercio regional orureño.* La Paz, pieb, 2002.

el país. A lo largo de la historia del Estado colombiano, una de sus características permanentes ha sido la de la debilidad institucional[70]; resultado de la ausencia estatal en los territorios periféricos del país que se debe al marcado tinte centralista de nuestro ordenamiento territorial y del lento y paulatino proceso de construcción que ha tenido el Estado. Sumado a lo anterior, también es necesario reconocer que la asimétrica presencia estatal en el territorio también se debe al proceso gradual de población que ha tenido el territorio, el cual, por su crecimiento exponencial, no ha permitido que haya ocurrido un desarrollo proporcional del Estado[71].

Ahora bien, la existencia de esta debilidad estatal, que implica el desarrollo incompleto y deficiente de las instituciones básicas del Estado (como lo son el monopolio de la fuerza, la prestación de servicios públicos domiciliarios, la estabilidad política, la integración efectiva territorial y la sostenibilidad financiera estatal), supone que no todos los ciudadanos viven en las mismas condiciones ni cuentan con las mismas garantías por parte del Estado[72]. En otras palabras, la debilidad o la fragilidad estatal es un factor determinante para la existencia de las diferentes brechas socioeconómicas entre la población. Adicionalmente, esta circunstancia supone también que, al tener una histórica incapacidad para integrar al territorio, su capacidad para conocer, mediar y resolver los conflictos y tensiones sociales es limitada y ello da lugar a la aparición de una *parainstitucionalidad*[73].

En ese contexto y reconociendo esta situación que padece históricamente el Estado colombiano, pensar en las regiones es una alternativa estratégica para no solo lograr un fortalecimiento productivo de los territorios, sino también, consolidar un nuevo esquema asociativo o institucional que permita identificar y posicionar problemáticas sociales, ambientales y culturales que surgen y existen en las diferentes periferias del país. Más concretamente, sea a través de las RAP o las RET, el estrechar los lazos territoriales que existen

---

70 González, Fernán y Rettberg, Angelika. "Pensando la fragilidad estatal en Colombia". *Revista de Estudios Sociales,* n.º 37, 2010, pp. 181-184.

71 González y Rettberg. "Pensando la fragilidad estatal en Colombia, 2010.

72 González y Rettberg. "Pensando la fragilidad estatal en Colombia, 2010; Juan Diego Agudelo Molina. "La debilidad estatal como causa del conflicto armado colombiano. Un estudio conceptual e historiográfico a partir del informe de la CHCAV." *Versiones 2ª época,* n.º 10, 2016, pp. 37-59.

73 Orjuela Escobar, Luis Javier. "La debilidad del Estado colombiano en tiempos del neoliberalismo y el conflicto armado". *Colombia Internacional,* n.º 49-50, 2000, 104.

entre los municipios y departamentos que las integren será un paso para colmar esos vacíos que la Administración central ha dejado a lo largo de la historia y que aún no ha logrado superar. Ejemplos concretos de ello son las constituciones de la RAP Caribe y la RAP Pacífico, en donde, dentro de los objetivos fundacionales, se encuentra la superación de las brechas sociales asociadas con la injusticia social que nace a partir de los excesos del centralismo, la integración social multinivel y la promoción de una cultura de transparencia y participación[74].

Sumado a ello, la regionalización trae consigo un efecto positivo relacionado con el fortalecimiento de las capacidades territoriales. En términos orgánicos y funcionales, el surgimiento de una región trae consigo nuevas competencias, nuevas atribuciones y nuevas asignaciones que les permite a los territorios tener un mayor margen de acción. Así por ejemplo, y como hemos visto en el caso colombiano, la creación de una nueva RAP implica homogenizar preocupaciones y prioridades territoriales a través de la adopción de políticas transversales regionales y el ejercicio de atribuciones relacionadas con la implementación de enfoques regionales que buscan establecer políticas y proyectos de interés regional que pretendan superar obstáculos y brechas socioambientales de la población. En ese mismo sentido, la emergencia de las regiones permite fortalecer capacidades materiales, como la prestación de servicios públicos; aumentando la oferta y cobertura hasta territorios periféricos y aislados que antes pertenecían a departamentos sin capacidades institucionales, presupuestales o de infraestructura. No obstante lo anterior, es importante tener presente que a la hora de implementar la regionalización como estrategia para el desarrollo, se evite incurrir en los mismos errores y problemas que han experimentado otras entidades territoriales intermedias como los departamentos. En ese sentido, es importante cuidar que las regiones no tengan las mismas flaquezas del sistema político seccional, la ausencia de mecanismos participativos, la corrupción administrativa y política, entre otros[75]. Sobre esto último vale la pena señalar que la creación y desarrollo de las regiones permite superar uno de los grandes problemas que han tenido los

---

74 Larach del Castillo. "Regiones y provincias en Colombia", pp. 202-203.

75 Hernández Becerra, Augusto. "Los departamentos de Colombia. Características y problemas de su institucionalidad". En: *Derecho de las entidades territoriales,* editado por Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero y Juan Carlos Covilla Martínez. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 164.

departamentos como entidades intermedias: la falta de facultades jurídicas de coordinación territorial. A diferencia de como ocurre con estos últimos, el diseño institucional de las regiones incluye cláusulas concretas que están orientadas a la coordinación territorial, tanto en términos financieros y de inversión, como también de gestión, por lo que permiten avanzar hacia una verdadera integración territorial.

Ahora bien, los elementos de análisis que hemos expuesto hasta el momento y con los que se pretende ampliar la concepción del potencial de las regiones más allá de las virtudes económicas se encuentran focalizados en las implicaciones institucionales que tiene esta figura. En estricto sentido, esto tiene como punto de partida reconocer que una de las principales causas de las brechas socioeconómicas que existen en el país es la debilidad institucional que tienen el Estado (visto como Estado-nación, es decir, como un todo) y los territorios. Así las cosas, en la medida en la que se logre superar los vacíos institucionales y la debilidad de las instituciones, será posible empezar a superar dichas brechas y, con ello, avanzar hacia los ODS.

CONCLUSIONES

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible corresponden a una agenda que, pese a ser sensata y coherente con las terribles brechas socioeconómicas que existen en el mundo, es realmente ambiciosa. Pese a ello, dado el escenario ideal y maravilloso que pretenden alcanzar, la mayoría de los Estados ha trazado e implementado diferentes estrategias y mecanismos con los que buscan acercarse a las metas acordadas a nivel internacional. En el caso de Colombia, estas estrategias se han venido fortaleciendo en los últimos años y adquirieron un mayor valor con la adopción del nuevo Plan Nacional de Desarrollo que estará vigente hasta el año 2022. Este nuevo programa de Gobierno introdujo a los ODS como un eje transversal y para ello estableció una multiplicidad de acciones, planes y programas para alcanzar una gran porción de las metas derivadas de la Agenda 2030. Dentro de esta estrategia, el Gobierno incluyó, entre otras, la regionalización como una herramienta para territorializar las metas y objetivos y, por tanto, para el desarrollo.

En Colombia, pese a que las regiones tienen origen en el texto constitucional, su desarrollo normativo ha sido tardío y, por ende, el proceso de regionalización solo ha empezado a ocurrir en los últimos años. En términos generales, el ordenamiento jurídico ha previsto cuatro tipos o formas de

regiones: las regiones de gestión y planificación, las regiones administrativas de planificación, las regiones especiales administrativas de planificación y las regiones entidades territoriales; y a grandes rasgos, se concentran en fortalecer las capacidades territoriales en materia de inversión, gestión y coordinación.

La aproximación tradicional que se ha tenido a las regiones en Colombia y en particular, la que se ha impulsado con el Plan Nacional de Desarrollo es la de una herramienta para promover el desarrollo territorial económico en la medida en la que está orientada a fortalecer la competitividad territorial. Sin embargo, esta visión es limitada, ya que el desarrollo y en particular la idea de desarrollo impulsada por los ODS trasciende la dimensión económica. De allí que sea necesario empezar a replantear el alcance que tienen las regiones para efectos del desarrollo integral y sostenible del país.

Las virtudes que trae consigo la regionalización son muchas, en especial, en lo que tiene que ver con el desarrollo; sin embargo, por razones de espacio nos hemos limitado a mencionar algunos elementos relacionados con el fortalecimiento del Estado y de las capacidades institucionales en términos territoriales. En la medida en la que las regiones permiten estrechar los lazos territoriales e institucionales de los municipios y los departamentos, permiten fortalecer la capacidad territorial. De igual manera, la creación de las regiones no solo supone la creación de una nueva institucionalidad, sino también la habilitación para el desarrollo, implementación y ejercicio de nuevas y más amplias competencias y atribuciones para buscar, expresamente, el desarrollo del territorio. En suma, la regionalización tiene un buen potencial para atender y resolver las problemáticas sociales, económicas y ambientales que se presentan en el territorio, por lo que pueden servir como una herramienta adicional para el desarrollo del país.

REFERENCIAS

Agudelo Molina, Juan Diego. "La debilidad estatal como causa del conflicto armado colombiano. Un estudio conceptual e historiográfico a partir del informe de la CHCAV." *Versiones 2ª época,* n.º 10, 2016, pp. 37-59.

Baena Carrillo, Samuel. "Problemas antropológicas y jurídicos de la territorialidad indígena en Colombia" en *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina,* editado por Magdalena Correa Henao y Paula Robledo Silva. Bogotá, Universidad Externado, 2018, pp. 175-198.

Chamorro, Luz Helena. "Balance del proceso de conformación de regiones en Colombia". *Planeación – Desarrollo,* Vol. 28, n.º 4, 1997, pp. 115-150.

Comisión de Ordenamiento Territorial. *Acta Sesión Ordinaria n.° 16*. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación y Ministerio del Interior, 2020.

Congreso de la República. Ley 76 de 1985 "Por la cual se crea la región de planificación de la Costa Atlántica, se dictan otras disposiciones sobre planificación regional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República". *Diario Oficial*, n.º 37186, octubre 1985.

Congreso de la República. Ley 99 de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, sina y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial,* n.º 41.146, diciembre de 1993.

Congreso de la República. Ley 152 de 1994 "Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo". *Diario Oficial*, n.º 41.450, julio de 1994.

Congreso de la República. Ley 299 de 1996 "Por la cual se modifica el parágrafo 1º del artículo 51 de la Ley 152 de 1994". *Diario Oficial,* n.º 42.830, julio 1996.

Congreso de la República. Ley 1454 del 2011 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones". *Diario Oficial*, n.º 48.115, junio de 2011.

Congreso de la República. Ley 1955 de 2019 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad". *Diario Oficial,* n.º 50.964, mayo del 2019.

Congreso de la República. Ley 1962 del 2019 "Por la cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa de planificación, se establecen las condiciones para su conversión en Región Entidad Territorial y se dictan otras disposiciones, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la C. P.". *Diario Oficial*, n.º 50.998, junio de 2019.

Conejo Nacional de Política Económica y Social. *Documento Conpes 3918. Estrategia para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ods) en Colombia*. Bogotá, Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2018.

Covilla Martínez, Juan Carlos. "Caracterización de los esquemas asociativos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial", en *Derecho de las entidades territoriales,*

editado por Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero y Juan Carlos Covilla Martínez. Bogotá, Universidad Externado, 2018, pp. 223-274

Departamento Nacional de Planeación. *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.* Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 2019.

Duque Cante, Naidú. "Particularidades de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial". *Análisis Político,* Vol. 25, n.º 76, 2012, pp. 184-185. Disponible en: https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43501/44784

González, Fernán y Angelika Rettberg. "Pensando la fragilidad estatal en Colombia". *Revista de Estudios Sociales,* n.º 37, 2010, pp. 181-184.

Hernández Becerra, Augusto. "Los departamentos de Colombia. Características y problemas de su institucionalidad". En: *Derecho de las entidades territoriales,* editado por Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero y Juan Carlos Covilla Martínez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 133-170.

Jaramillo, Luz María; Augusto Hernández becerra; Gustavo Zafra Roldán y Ximena Osorio Castillo. "Hacia la consolidación institucional de la región" en *Volumen 2: Estudios y procesos*, 2013, pp. 283-319.

Julio Estrada, Johann; Padrón Pardo, Floralba y Rico Marulanda, Carolina. "Programas de desarrollo con enfoque territorial (pdet): un nuevo reto para las entidades territoriales que han vivido con mayor intensidad el conflicto colombiano" en *El Estado constitucional colombiano en la periferia – Tomo 1,* editado por Magdalena Correa Henao y Alfonso Palacios Torres. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 99-138.

Julio Estrada, Johann; Padrón Pardo, Floralba y Rivas-Ramírez, Daniel. "El Índice de Acceso Efectivo a la Justicia como una herramienta para políticas públicas de cara al ods 16" en *Constitucionalismo en transformación: Prospectiva 2030 – Tomo xx,* editado por xx. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Lapach del Castillo, Catalina Ana. "Regiones y provincias en Colombia: ¿entes territoriales o administrativos?" en *Derecho de las entidades territoriales,* editado por Paula Robledo Silva, Héctor Santaella Quintero y Juan Carlos Covilla Martínez. Bogotá, Universidad Externado, 2018, pp. 171-232.

Llanos-Hernández. "El concepto del territorio y la investigación en las ciencias sociales" *Agricultura, Sociedad y Desarrollo,* Vol. 7, n.º 3, 2010, pp. 207-220.

Lozano Villegas, Germán. "Las compras públicas como herramienta para la mitigación del cambio climático", en *Constitucionalismo en transformación: Prospectiva 2030 – Tomo xx*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Agenda 2030 Transformando Colombia*. Bogotá: pnud, bid y Minambiente, 2018.

Montañez Gómez, Gustavo y Ovidio Delgado Mahecha. "Espacio, territorio y región: conceptos básicos para un proyecto nacional". *Cuadernos de Geografía,* Vol. vii, n.º 12, 1998, pp. 120-134.

Orjuela Escobar, Luis Javier. "La debilidad del Estado colombiano en tiempos del neoliberalismo y el conflicto armado". *Colombia Internacional,* n.º 49-50, 2000, pp. 103-116.

Palacios, Juan José. "El concepto de región: la dimensión espacial de los procesos sociales" *Revista Interamericana de Planificación,* Vol. xvii, n.º 66, 1983, pp. 56-68.

Presidencia de la República (Proyecto de) *Decreto de 2019. "Por el cual se adiciona el Capítulo 5, al Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, para reglamentar parcialmente la Ley 1962 de 2019 en lo relativo a las Regiones Administrativas y de Planificación – rap"*, 2019 Disponible en: https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/decreto_rap_y_rap-e_pdf.pdf

Rehren, Alfredo; Arturo Orellana; Federico Arenas y Rodrigo Hidalgo. *La regionalización en un contexto de urbanización regional: desde los desafíos a las propuestas de nuevos criterios de zonificación para el caso chileno*, 2018.

Rincón Córdoba, Jorge Iván (ed). *Ordenación del territorio y Derecho urbano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

Robledo Silva, Paula. "Pasado, presente y futuro de la organización territorial colombiana" en *Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica,* editado por José Tudela y Mario Köelling. Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016, pp. 81-128.

Robledo Silva, Paula. "El régimen territorial en la Constitución" en *Lecciones de Derecho Constitucional,* editado por Magdalena Correa, Néstor Osuna y Gonzalo Ramírez. *Tomo ii*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 581-630.

Robledo Silva, Paula. "La autonomía territorial como forma de reconocer la existencia de particularidades dentro del Estado unitario" en *Las transformaciones de la administración pública y del Derecho administrativo. Tomo i. Constitucionalización*

de la disciplina y evolución de la actividad administrativa, editado por Jorge Iván Rincón Córdoba. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 389-448.

Robledo Silva, Paula. "¿Cómo entender el territorio? Anotaciones sobre cómo ampliar el concepto" en *Ordenación del territorio y Derecho urbano,* editado por Jorge Iván Rincón Córdoba. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Rubiano-Bríñez, Melba y César Efigio-Triana. "regiones administrativas y de planificación: análisis comparativo de las primicias urbanas en la RAPE Región Central y RAP Pacífico. *Urbe. Revista Brasileira de Gestao Urbana,* nº 11, 2019, pp. 1-20. Disponible en: https://doi.org/10.1590/2175-3369.011.e20180107

Sanjinés Montán, Freddy, Bruno Vargas Biesuz y Zulema Herrera Dalence. *Ventajas comparativas y competitivas del comercio regional orureño.* La Paz, PIEB, 2002.

Santos, Milton. *Tecnica, espaço, tempo. Globalizaçao e meio tecnic-cientifico informacional.* Sao Paulo: Editora Hucitec, 1997.

CAPÍTULO XIII

El derecho al desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

The right to development in the Inter-american Human Rights System

ANDREA LLOREDA FLÓREZ*

"It's not an act of nature that leaves more than one billion people around the world locked in the jaws of poverty. It's a result of the denial of their fundamental human right to development".
Navi Pillay
Alta Comisionada de Naciones Unidas
para los Derechos Humanos, 2011.

RESUMEN

Aunque el derecho al desarrollo ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales, a nivel interamericano aún no se ha llegado a reconocer expresamente como un derecho autónomo. No obstante, de un análisis de las diferentes dimensiones de este derecho es posible sustraer su contenido obligacional, así como los sujetos envueltos en el mismo y concluir que se encuentra establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta las normas sobre desarrollo integral consagradas en la Carta de la Organización de Estados Americanos. Asimismo, es posible encontrar su aplicación jurisdiccional en los casos más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales han comenzado a dar mayor valor normativo tanto al concepto de desarrollo integral como a la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible, acercándose así a la noción de los derechos de tercera generación o derechos de la solidaridad, y en específico al derecho al desarrollo como derecho individual. El reconocimiento de este derecho en la prospectiva 2030 significaría un gran avance para las Américas y un paso determinante en la reducción de la pobreza de nuestros países en desarrollo.

PALABRAS CLAVE

Derecho al desarrollo; Derechos Humanos; Derechos de tercera generación; Justiciabilidad; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Protección internacional de los Derechos Humanos.

---

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Becaria Fulbright. Candidata a LLM (Maestría en Derecho) de Georgetown University. Expasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ganadora del XXII Concurso Interamericano de Derechos Humanos del Washington College of Law de la American University. Correo-e: andrea.lloreda@outlook.es. https://orcid.org/0000-0001-9570-813X

ABSTRACT

Although the right to development has been recognized in several international instruments, at the Inter-American level it has not yet been expressly recognized as an autonomous right. However, from an analysis of the different dimensions of this right it is possible to subtract its binding content as well as the subjects involved in it and conclude that it is established in Article 26 of the American Convention on Human Rights, taking into account the considerations on integral development enshrined in the Charter of the Organization of American States. Furthermore, it is possible to find its jurisdictional application in the most recent cases of the Inter-American Court of Human Rights, which have begun to give greater normative value to both the concept of integral development and the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda, thus approaching to the notion of third generation rights or solidarity rights, and specifically to the right to development as an individual right. The recognition of this right in the 2030 prospective would mean a great advance for the Americas and a decisive step in reducing poverty in our developing countries.

KEYWORDS

Right to Development; Human Rights; Third generation rights; Justiciability; Inter-American Human Rights System; International protection of Human Rights.

INTRODUCCIÓN

El 21 de octubre de 2015, la Asamblea General de Naciones aprobó la Resolución A/RES/70/1 titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, donde reconoció que "la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible"[1]. En este documento, se plasmó el acuerdo de 193 Estados para alcanzar 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible –ODS– al año

1 Naciones Unidas, Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015, p. 2.

2030, estableciendo como el primero de ellos "Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo", e incluyendo una serie de metas de orden nacional e internacional, y sustentadas en la igualdad de "derechos a los recursos económicos y acceso a los servicios básicos (…)"[2].

Una mirada holística a las metas establecidas para el logro del primer Objetivo de Desarrollo Sostenible denota la influencia de la concepción de desarrollo adoptada por Amartya Sen, quien en su obra *Desarrollo y Libertad* promovió el cambio de la consideración del desarrollo como mero crecimiento económico, a "un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos"[3]. Y analizó cinco tipos de libertad instrumental tituladas "1) Las libertades políticas, 2) los servicios económicos, 3) las oportunidades sociales, 4) las garantías de transparencia y 5) la seguridad protectora, considerando que "cada uno de estos tipos de derechos y oportunidades contribuye a mejorar la capacidad general de una persona"[4], donde las capacidades se definen como "las libertades fundamentales de que disfruta [una persona] para llevar el tipo de vida que tiene razones para valorar"[5].

De esta manera, Sen afirmó que la pobreza es una de las principales fuentes de privación de libertad y que esta debe ser eliminada para el logro el desarrollo[6]. Esta misma concepción fue adoptada por el exexperto Independiente de Naciones Unidas para el Derecho al Desarrollo, Arjun Segunpta[7], y esta a su vez por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre Pobreza y Derechos Humanos de 2018. En dicho informe la Comisión hace alusión a los ODS de la agenda 2030 sosteniendo que "reconoce que las iniciativas para poner fin a la pobreza deben ir de la mano

---

2 Naciones Unidas, Asamblea General, 2015, p. 17.

3 Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Ed. Planeta, 1999, p. 19.

4 *Ídem.*, p. 27.

5 *Ídem.*, p. 114.

6 "La pobreza debe concebirse como la privación de capacidades básicas y no meramente como la falta de ingresos, que es el criterio habitual con el el que se identifica la pobreza (…) Aunque es importante distinguir conceptualmente el término pobreza como la falta de capacidades del término pobreza como la falta de renta, las dos perspectivas están de manera inevitable relacionadas, y que la renta es un importante medio para tener capacidades": Sen Amartya (1999, pp. 116-117).

7 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *Derechos Humanos y Pobreza Extrema: Informe del experto independiente Arjun Sengupta Human sobre cuestiones de derechos humanos y extrema pobreza*. E/CN.4/2005/49, 11 de feb. de 2005, párr. 8. Citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pobreza y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017, p. 76.

de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección ambiental"[8].

Si bien la Comisión Interamericana aprobó el Programa Interamericano para el Desarrollo Sostenible (PIDS) con el fin de poner a disposición de los Estados de la OEA el apoyo necesario para la implementación de los ODS[9], en el informe citado reconoció que dichos objetivos "no son jurídicamente obligatorios"[10], ubicándolos así como una *lex ferenda*, cuyo cumplimiento depende de la voluntad de los Estados. No obstante, consideramos que la denegación de la obligatoriedad de los ODS es un resultado de la falta de reconocimiento del desarrollo como un derecho humano, que se ha matizado con el llamado "enfoque del desarrollo basado en derechos" sin que en realidad se considere que existe una obligación internacional que exija el desarrollo de los individuos y comunidades.

En este artículo nos dispondremos a definir el contenido y alcance del derecho al desarrollo para luego demostrar cómo ha sido reconocido expresamente por el Sistema Universal de Derechos Humanos, el Sistema Africano de Derechos Humanos, la Liga Árabe, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático y la Organización para la Cooperación Islámica. Por último, pasaremos a analizar las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para demostrar así la consagración del contenido del derecho al desarrollo en la Convención.

I. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO AL DESARROLLO

El Derecho Humano al desarrollo surgió en los años sesenta como parte de la llamada tercera generación de derechos o derechos de la solidaridad tras el proceso de descolonización de los países africanos y asiáticos, fruto de la

---

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pobreza y Derechos Humanos*, OEA /Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017, pár. 289.

9 *Ibídem,* p. 124.

10 *Ibídem,* p. 291.

presión de los países en desarrollo por el establecimiento de un nuevo orden económico mundial que remediara la relación asimétrica que persistía entre los países del Norte y los del Sur. Se diferencia de los derechos de primera y segunda generación en que mientras estos se oponen o exigen al Estado, los derechos de la tercera generación o de la solidaridad se proponen a la comunidad internacional.

Un suceso histórico en este proceso fue la adopción de la Carta de Argel de 1967 por el grupo de países en desarrollo (Grupo 77), en la cual se declaró: "La comunidad internacional tiene la obligación de rectificar esas tendencias desfavorables y crear condiciones en las que todas las naciones puedan disfrutar del bienestar económico y social, disponer de los medios necesarios para desarrollar sus respectivos recursos, a fin de permitir que sus pueblos gocen de una vida exenta de necesidades y temores". Dentro de la tercera generación de derechos humanos también se encuentra el derecho a la paz; el derecho a la autodeterminación de los pueblos; el derecho a gozar de un medioambiente sano; el derecho al patrimonio común de la humanidad o el derecho a la protección de los datos personales.

Si bien estos derechos no se encuentran expresamente consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el preámbulo de la misma los Estados se comprometieron a "promover el progreso y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad", siendo este el fundamento esencial de dichos derechos. Los derechos de tercera generación contemplan cuestiones de carácter supranacional y se han venido creando a través documentos internacionales, como resultado de las preocupaciones esbozadas en diferentes cumbres y encuentros mundiales y regionales.

En específico, el contenido y alcance del derecho al desarrollo ha sido objeto de múltiples debates desde su reconocimiento en el seno de las Naciones Unidas bajo la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1968. Tanto partidarios como detractores han esbozado sus diferentes opiniones sobre las características propias de este derecho como un derecho de tercera generación que se escapa a la dimensión puramente individual e interna que se había tenido de los Derechos Humanos luego de la Segunda Guerra mundial. Es notable que, entre el primer grupo, esto es los partidarios, se encuentran mayormente aquellos Estados que estuvieron durante años bajo la dependencia de los países europeos, conocidos como países del Sur o países en desarrollo. Estados que hallaron su independencia formal en los siglos XIX y XX, pero que no han gozado de una independencia real y siguen siendo

colonizados a través de la presión política, económica, militar y extractiva de los países del Norte.

Por su parte, el grupo de países detractores corresponde a los llamados países del Norte o países desarrollados, que gozan de la satisfacción de las necesidades básicas de la mayoría de su población. La base de la oposición de estos países se centra en no reconocer que existe una obligación de cooperación internacional, llamada a la distribución justa de recursos a nivel global. Esta fue la posición del gobierno de Estados Unidos en el 59° Sesión de la Comisión de Derechos Humanos cuando señaló "Los Estados no tienen obligación de proveer garantías de ningún pretendido 'derecho al desarrollo'[11].

A pesar de este debate, el reconocimiento universal del derecho al desarrollo es evidente y ha conllevado la estructuración de un proyecto de instrumento vinculante de carácter universal liderado por los países del Sur, a través del cual este derecho se pueda hacer exigible tanto en la dimensión externa o internacional, como en la dimensión interna de cada Estado. No obstante, para hablar de derecho al desarrollo es necesario primero determinar cuál es el verdadero alcance del mismo, por lo que pasaremos a estudiar tres aspectos fundamentales sobre este: i. su contenido obligacional, ii. sus dimensiones colectiva e individual y iii. sus dimensiones externa o internacional e interna.

1.1. EL CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL DERECHO AL DESARROLLO

Como ya se señaló, durante el reconocimiento del derecho al desarrollo se amplió la concepción del desarrollo, en la cual el crecimiento económico es solo una de sus manifestaciones que sirve como medio para lograr la garantía de todos los Derechos Humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Así, en el artículo 1.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo quedó definido como "un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el

---

11 Gobierno de Estados Unidos. C*omment on the Working Group on the Right to Development (Feb. 10, 2003.)*59° Sesión de la Comisión de Derechos Humanos. MARKS, STEPHEN, *The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality*, Harvard Human Rights Journal 17, 2004, p. 1.

que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él"[12].

No obstante, con base en dicha definición, muchos críticos han señalado que el derecho al desarrollo no es más que un "derecho a todo". Esta fue la conclusión a la que arribó la primera comisión de la Conferencia sobre Desarrollo y Derechos Humanos, celebrada en Dakar en septiembre de 1978, donde "se planteó la cuestión de si la elaboración del derecho al desarrollo tenía realmente algún objeto dado que sus elementos integrantes formaban ya parte por derecho propio del derecho internacional"[13]. En este mismo sentido, Gros Espiell cuestionó la necesidad de crear un nuevo instrumento internacional, afirmando que "[e]l derecho al desarrollo como derecho humano es la síntesis de todos los derechos del hombre"[14], y que "el reconocimiento de la existencia del Derecho Humano al desarrollo puede resultar de una interpretación sistemática de los textos internacionales citados, en cuanto ellos declaren y protejan los derechos económicos y sociales de los individuos"[15].

Sin embargo, esta postura fue desvirtuada por el Secretario General de Naciones Unidas en 1979 en el documento sobre el alcance del derecho al desarrollo, donde concluyó que del análisis de las normas internacionales vigentes en dicho momento se demostraba "la existencia en el derecho internacional de un Derecho Humano al desarrollo"[16]. En este mismo sentido, desde la proclamación de la Declaración y Programa de Viena, de 1993, se aceptó globalmente que el derecho al desarrollo es un derecho inalienable y universal; postura que ha seguido aceptándose en diversos documentos internacionales como fue la resolución de Naciones Unidas que dio creación a la Agenda 2030[17].

---

12 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo". Resolución 41/128 A, 4 de diciembre de 1986.

13 Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con otros derechos humanos basados en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz, teniendo en cuenta las exigencias del nuevo orden económico internacional y las necesidades humanas fundamentales*. E_CN.4_1334-ES. 11 de diciembre de 1979, par. 66

14 Gros Espiell, Hector. *El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana* [en línea]. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, p. 60.

15 Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Op. cit.*, p. 58.

16 Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Op. cit.*, 78.

17 *Supra*.

Para estos efectos, nos parece interesante el análisis desarrollado por el exexperto Independiente de Naciones Unidas para el Derecho al Desarrollo, Arjun Segunpta[18], quien hace especial alusión a la teoría de Amartya Sen sobre la crítica a la teoría kantiana de las "obligaciones perfectas", que indica que no se puede hablar de derechos sin que sea posible identificar el sujeto pasivo que tiene la obligación de cumplir o permitir el cumplimiento del mismo. Sen da creación a las "obligaciones imperfectas" donde "los derechos deben ser cumplidos por cualquiera que pueda ayudar"[19], a lo cual Segunpta agrega que además el derecho debe ser susceptible de realización en un determinado ambiente institucional, pues de lo contrario sería solo un "derecho abstracto" o un *manifesto right*, mas no un derecho propio, válido y concreto[20].

Así, afirma Segunpta que una vez determinado que un derecho es susceptible de ser realizado, y para su realización real es necesario que exista un acuerdo vinculante entre sus sujetos pasivos de conformidad con un programa y un procedimiento vinculante que vigile su cumplimiento. Acuerdo que puede ser "legal, moral, o a través de una convención social vinculante". En este sentido, consideramos que además de los instrumentos internacionales citados en el primer apartado de nuestro capítulo, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es el acuerdo global más importante hasta el momento, donde los Estados se comprometen a cumplir metas y objetivos claros encaminados a la garantía del derecho al desarrollo, tal y como se expresa en la resolución[21].

Ahora bien, una vez establecido que el derecho al desarrollo es un derecho vigente, esto es una *lex lata* y no una *lex ferenda,* es necesario entrar a determinar cuál su contenido, o mejor a qué exactamente se encuentran obligados sus sujetos pasivos y qué prestación de él pueden esperar sus sujetos activos o titulares.

De un análisis del preámbulo y los artículos 1, 2.3 y 8 de la Declaración sobre Derecho al Desarrollo, Segunpta considera que el derecho al desarrollo es

---

18 Sengupta, Arjun. *On the Theory and Practice of the Right to Development*. Human Rights Quarterly 24, n.º 4. 2002.

19 Sen, Amartya, *Development as Freedom*. Citado en Segunpta Arjun, *Op. cit*., p. 844

20 Segunpta Arjun, *Op. cit*., p. 844.

21 Naciones Unidas, Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015.

> [e]l derecho al desarrollo se refiere a un *proceso de desarrollo* que conduce a la realización de cada derecho humano y de todos ellos juntos y el cual tiene que llevarse a cabo con un enfoque basado en derechos humanos, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, y como un proceso participativo, no discriminatorio, responsable y transparente con equidad en la toma de decisiones y el intercambio de los frutos del mismo[22].

Señala que, aunque en un país exista un crecimiento del producto interno, o la industrialización, estos "no serán considerados como un proceso de desarrollo exigible a través de los derechos humanos, si no son acompañados de un proceso en el que se brindaron igualdad de oportunidades". A lo que añade:

> El crecimiento económico, acompañado de mayores desigualdades o disparidades y crecientes concentraciones de riqueza y poder económico, y sin ninguna mejora en los indicadores de desarrollo social, educación, salud, equilibrio de género y protección del medio ambiente respetando los estándares de derechos humanos y, lo que es más importante, si dicho crecimiento está asociado con cualquier violación de los derechos civiles y políticos, no puede cumplir el Derecho Humano al desarrollo[23].

Segunpta continúa guiándose por las teorías de Amartya Sen cuando hace mención a la teoría sobre las "capacidades" como "libertades fundamentales", al señalar que el proceso de desarrollo es la expansión de estas libertades para permitir a las personas llevar el tipo de vida que tienen razones para valorar[24]. Así, el derecho al desarrollo como derecho humano se enfoca en un proceso que va más allá del logro de fines económicos, sino que está basado en lo que podríamos llamar el bienestar del ser humano, y este a su vez está dirigido al logro de la dignidad humana.

En este sentido, el derecho al desarrollo es el derecho a un proceso de desarrollo que tenga como centro la dignidad humana y a través del cual se busque crear las condiciones para lograr el disfrute de todos los derechos humanos, en la manera en la que cada individuo elija. Por lo que la obligación que de él surge no es una obligación de resultado sino de hacer, encontrándose así la conexión con el concepto de "progresividad" que se vincula a

---

22 Segunpta, *Op. cit.*, p. 846.
23 *Ibídem.*
24 Segunpta Arjun, *Op. cit.*, p. 851.

los derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales. Es decir, la obligación del Estado subyace en poner su aparato gubernamental en funcionamiento para alcanzar los niveles de equidad y justicia necesarios en el logro de todos y cada uno de los derechos humanos, sin excluir a ningún individuo y considerando el factor económico como un medio para el logro de este fin.

1.2. LA DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL DERECHO AL DESARROLLO

Esta primera clasificación se enfoca en la naturaleza del sujeto activo del derecho al desarrollo, esto es, la dimensión individual y la dimensión colectiva del mismo, ambas consagradas en el artículo 1.1 de la Declaración sobre Derecho al Desarrollo o DDD donde se establece "el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los pueblos* (…)". Por dimensión individual entendemos la ecuación tradicional que tienen los derechos humanos, enfocados en la persona humana como sujeto de protección[25], mientras que dimensión colectiva del derecho al desarrollo protege al Estado como colectividad[26].

Siendo un derecho de solidaridad o de tercera generación, la consideración del derecho al desarrollo en su dimensión individual ha sido objeto de arduas discusiones. Uno de sus mayores oponentes es Noel G. Villaroman, quien considera que esta postura es la que ha generado el rechazo de este derecho en algunos sectores de la comunidad internacional". Villaroman señala que originalmente el derecho al desarrollo estaba asociado a dos demandas por parte de los países en desarrollo: el establecimiento de un nuevo orden económico mundial y la libre determinación de los pueblos. Por lo que afirma que el derecho al desarrollo "no es un derecho humano reclamable por individuos contra su propio estado, sino más bien un derecho de las personas oponible *erga omnes* — esto es, reclamable frente a la comunidad internacional en su conjunto"[27].

---

25 Artículo 1.1. de la DDD.

26 Artículo 2.3. de la DDD.

27 VILLAROMAN, NOEL G. "The Right to Development: Exploring the Legal Basis of a Supernorm". *Florida Journal of International Law* 22, 2010, p. 300.

Villaroman crea una teoría en la que se admite el derecho al desarrolla como una norma de derecho internacional legalmente vinculante, pues su concepto "reagrupa y consolida en una sola rúbrica ciertas normas fundamentales que ya existen en el derecho internacional", convirtiendo de esta manera al derecho al desarrollo en una *súper-norma*[28]. Sin embargo, advierte el autor que se convierte en una norma jurídica siempre y cuando se estreche su alcance prescindiendo de la dimensión individual y considerando únicamente su "naturaleza colectiva y dimensión interestatal"[29], definiendo el derecho colectivo como "el derecho de un pueblo que es susceptible de ser invocado por su propio Estado frente a la comunidad internacional"[30]. Componentes que, señala el autor, encuentran una base legal solida a través de normas vinculantes ya existentes en el derecho internacional.

Mediante esta tesis y la lógica jurídica actual del derecho internacional de los derechos humanos, donde las normas deben ser cumplidas por los Estados a favor de los individuos, el derecho al desarrollo no sería un derecho humano. Sobre todo, teniendo en cuenta que para Villaroman, sus componentes tienen como sujeto al Estado en su mismo y no los individuos. Dichos componentes son: "1) Derecho a un proceso independiente de desarrollo económico y 2) Derecho a condiciones internacionales favorables para la realización de los DESC dentro de los estados"[31].

No obstante, a nuestro parecer, el considerar que el desarrollo solo es una obligación entre Estados y no tiene mayor incidencia a nivel interno, es dejar a los individuos en condiciones de desigualdad dentro de los propios Estados, como sucede en Colombia, donde se puede vislumbrar una clara diferencia en las condiciones de vida de los habitantes de ciertas regiones a pesar del aumento general de algunos índices de desarrollo.

Sea que el titular del derecho se presente de manera individual o conglomerado, siempre su beneficiario último es el ser humano, pues, como se señala en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo en la comunidad el individuo "puede desarrollar plenamente su personalidad". En este sentido, concordamos con Segunpta cuando afirma que "en muchos casos los derechos individuales solamente pueden ser satisfechos

---

28 *Ibídem,* p. 304.
29 *Ibídem,* p. 307.
30 *Ibídem,* p. 308.
31 Segunpta Arjun, *Op. cit*., p. 310

en un contexto colectivo"[32]. De la misma manera, el Secretario General de Naciones Unidas analizó esta disyuntiva en 1979, concluyendo que

> (…) el disfrute al derecho al desarrollo implica por fuerza guardar escrupulosamente el equilibrio entre los intereses de la colectividad, por un lado, y los del individuo, por otro. Sin embargo, sería una equivocación considerar que el derecho al desarrollo se sitúa necesariamente solo en uno u otro de esos dos planos. En realidad, *no hay ninguna razón para presumir que los intereses del individuo y los de la colectividad hayan de entrar por necesidad en conflicto*[33].

En este mismo sentido, Gros Espiell considera que

> *El desarrollo colectivo condiciona el desarrollo individual y viceversa*. En efecto, el desarrollo del Estado y de las comunidades o entes colectivos que en él actúan es condición para que los individuos puedan, a su vez, desarrollarse. Pero el desarrollo individual es exigencia ineludible para que pueda existir un verdadero desarrollo comunitario (…) Por ello es tan importante decir que el derecho al desarrollo es un derecho de la persona humana. *Si no se acepta este criterio y se le concibe solo como un derecho colectivo, la búsqueda del desarrollo puede constituir una forma de opresión y de destrucción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los individuos*[34].

Gros Espiell agrega que los titulares de la dimensión colectiva en el plano interno del derecho al desarrollo son "los entes colectivos cuyo desarrollo tiene que ser promovido y alentado (por ejemplo, las provincias, las regiones, los departamentos, los municipios, las comunas, etc.)"[35].

1.3. La dimensión internacional y la dimensión interna del derecho al desarrollo

Esta clasificación hace referencia a los sujetos pasivos del derecho al desarrollo. Debido a que este es un derecho de tercera generación o de la solidaridad, en un principio se concibió como un derecho que correspondía cumplir a los países desarrollados y a la comunidad internacional, frente a los países en desarrollo.

---

32 *Ibídem*, p. 863.
33 Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Op. cit.,* p. 43.
34 Gros Espiell, *Op. cit.,* p. 55.
35 *Ibídem*., p. 52.

En efecto, aunque en los albores del derecho al desarrollo la Comisión de Derechos Humanos le recomendó al Secretario General de Naciones Unidas elaborar un documento sobre "las dimensiones regionales y nacionales"[36], este solo se refirió a las "dimensiones internacionales" prescindiendo del análisis del contenido del derecho en su dimensión nacional o interna[37].

La consideración de la dimensión interna del derecho al desarrollo comenzó a tomar forma en la Declaración sobre Derecho al Desarrollo, cuando en su artículo 2.3 establece "[l]os Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos". De la misma manera, en el artículo 8.1 "[l]os Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo".

En una de las pocas referencias que se hizo a la dimensión interna en el documento del Secretario General de Naciones Unidas de 1979 se señaló la necesidad de dar reconocimiento a la dimensión nacional del derecho al desarrolló al disponer: "[p]or más que se respeten la soberanía nacional y el derecho a la libre determinación, y que se mantenga el principio de no injerencia en los asuntos internos de los países, es evidente que, por lo menos en ciertas circunstancias, *el interés internacional en los derechos humanos no puede cesar arbitrariamente en las fronteras nacionales*"[38].

Por su parte, la dimensión internacional encuentra su consagración normativa en el artículo 1.2 de la Declaración, donde se señala: "El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales".

En este sentido, la Declaración establece la dimensión interna del derecho al desarrollo estableciendo una serie de deberes en cabeza de los Estados (artículos 2.3, 4.1, 8, 10) y los individuos (artículo 2.2), así como la dimensión internacional en cabeza de la comunidad internacional (artículos 3.1, 4.3, 6 y 10), y enfatizando que "[l]os Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo".

---

36 Infra.

37 Supra.

38 Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Op. cit.*, Pár. 35.

Ahora bien, tanto la dimensión interna como la internacional son objeto de críticas y debates. Con respecto a la interna, ya vimos como Villareal considera que la relación obligacional que surge del derecho al desarrollo se da entre un Estado o país en desarrollo y la comunidad internacional o Estados desarrollados que cooperan a su favor, es decir de manera horizontal, y no de manera vertical de Estado a individuo bajo su jurisdicción.

Por otro lado, la dimensión internacional también presenta un grado grande de oposición, sobre todo por parte de los gobiernos de países desarrollados, liderados por Estados Unidos. En este sentido, ponemos de presente el análisis realizado por Van Der Have, quien considera que "hallar la responsabilidad del Estado por violaciones de la dimensión externa, que contiene obligaciones de un Estado hacia personas fuera de su jurisdicción y obligaciones de cooperar con otros estados, requeriría una gran cantidad de ajustes al marco actual de las normas internacionales aplicables"[39].

Van Der Have considera que la dimensión externa es el aspecto más innovador del derecho al desarrollo y la característica que lo convierte en un derecho de la solidaridad. Sin embargo, la falta de claridad sobre cómo se determina la violación de las obligaciones que de él emanan, así como su atribución a la comunidad internacional o a un Estado desarrollado, obstaculizan la posibilidad de declarar la responsabilidad de lo que llama "obligaciones estatales transnacionales", por lo que la reconceptualización del marco de responsabilidad estatal es indispensable para "garantizar la responsabilidad por infracciones al derecho al desarrollo, en especial con respecto a las obligaciones en su dimensión externa"[40]. Para esta reconceptualización propone o el cumplimiento de ciertas obligaciones del derecho al desarrollo a través del Derecho consuetudinario o el desarrollo de una *lex specialis* para el derecho al desarrollo, basada en la adopción de un tratado.

De este modo encontramos que la DDD estaba en lo cierto cuando reconoció tanto las dimensiones individual y colectiva, de un lado, y las dimensiones internacionales e internas, de otro. La adopción de estas cuatro dimensiones es de gran beneficio para la persona humana, debido a que si se combinan entre sí terminan brindando distintas posibilidades de protección a los sujetos activos del mismo. De esta manera, tenemos que al combinar la dimensión

---

39 Van Der Have, Nienke. *The Right to Development and State Responsability. Can States be held to Account.* Shares Research Paper 23. 2013, p. 1.

40 *Ibídem,* p. 17.

individual y la dimensión interna, nos encontramos con la obligación de un Estado de crear un proceso de desarrollo justo y equitativo a favor de uno de sus ciudadanos o de un grupo reconocido como pueblo, en la ecuación que tradicionalmente han tenido los derechos humanos.

Mientras que, si se combinan la dimensión individual y la dimensión internacional, entraríamos al terreno de la responsabilidad extraterritorial de los Estados, donde un Estado debe responder por la violación al derecho al desarrollo de un individuo o pueblo que se encuentra bajo la jurisdicción de otro Estado, responsabilidad que se ha venido aceptando en los diferentes sistemas de derechos humanos. Por otro lado, si se enlazan la dimensión colectiva y la dimensión interna nos encontraríamos con que un Estado debe cumplir con el contenido del derecho al desarrollo para su población en general. En este tipo de circunstancias tienen aplicación las políticas públicas y los programas generales dispuestos por los gobiernos nacionales. Por último, uniendo la dimensión colectiva y la dimensión internacional nos encontramos frente a un derecho a la solidaridad por antonomasia, donde la comunidad internacional asiste a un Estado en desarrollo que así lo necesite, considerando la colectividad como un todo y no cada persona en su individualidad. Sin embargo, como lo señala Van Der Have, tener en cuenta la dimensión colectiva dificulta su aceptación como derecho humano pues no existe mecanismo ni autoridad que haga exigible esta faceta del Derecho.

Una vez determinado el contenido del derecho al desarrollo en sus diferentes facetas, pasaremos a estudiar el reconocimiento del mismo en los sistemas de protección y promoción de derechos humanos, como son el universal, el africano y los nacientes sistemas árabe, del sudeste asiático e islámico, para por último analizar el sistema interamericano de derechos humanos.

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL DESARROLLO

3.1. SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

1.3.1. ANTECEDENTES DE LA DECLARACIÓN SOBRE DERECHO AL DESARROLLO

Aunque tradicionalmente el desarrollo se había concebido como la consecuencia automática del aumento del Producto Interno Bruto de los países, en la segunda mitad del siglo XX se logró su reconocimiento como derecho

humano tras un largo proceso de discusión en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo antecedente se encuentra en el "derecho a un nivel de vida adecuado", establecido en la Carta de Naciones Unidas de 1945[41], la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[42], y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966[43].

A través de estos instrumentos se había consagrado el derecho a un nivel de vida adecuado como un medio para asegurar algunos derechos de segunda generación, como son la salud, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y la vivienda, llevando a la doctrina a afirmar que mediante este derecho "por primera vez la humanidad coincide en que los derechos económicos o sociales básicos mencionados forman parte del catálogo universal de los derechos humanos inalienables que corresponden a todo ser humano"[44], contenido que sería reconocido después en la Declaración sobre Derecho al Desarrollo.

A través de la Resolución 1710 del 19 de diciembre de 1961, la Organización de las Naciones Unidas designó el decenio de 1960 como el "Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo". A pesar de que para algunos autores con esta resolución se comenzó a superar la visión del desarrollo como mero crecimiento económico[45], las estrategias fundamentales determinadas para alcanzar la meta propuesta eran netamente económicas, al igual que su fin principal: "el crecimiento del 5% en el ingreso nacional global en cada país insuficientemente desarrollado"[46].

---

41 Artículo 55.a: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social".

42 Artículo 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

43 Artículo 11: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

44 González Monguí, Pablo Elías. *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Cátedra Gerardo Molina, 2009, p. 13.

45 García Matamoros, Laura Victoria. "El derecho del desarrollo como base para la construcción del desarrollo al derecho". En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.° 9, p. 6, mayo de 2007.

46 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo". Resolución 1710 A (xvi), 19 de diciembre de 1961.

Al no ser alcanzado este fin, la misma Organización produjo dos importantes resoluciones: la Resolución 2542 (XXIV) de 1969, donde proclamó la "Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social", y la Resolución 2626 (XVI) de 1970, que consagró la "Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo". Es a partir de estos instrumentos que se comienza a evidenciar el verdadero cambio de la concepción del desarrollo, dejando de entenderse como el resultado de una simple operación numérica, para pasar a considerarse un medio para el mejoramiento de la calidad de vida de todos los seres humanos.

Así, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social establece en su artículo 2° "[e]l progreso social y el desarrollo en lo social se fundan en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana y deben asegurar la promoción de los derechos humanos y la justicia social", mientras que la Estrategia en su preámbulo indica que "el objetivo último del desarrollo debe ser la consecución de mejoras constantes del bienestar individual y la aportación de ventajas para todos. Si persisten los privilegios inmerecidos, las diferencias extremas de riqueza y las injusticias sociales, el desarrollo no logrará su propósito esencial".

Fue precisamente a raíz de dicho cambio en la concepción del desarrollo que se habló por primera vez del Derecho Humano al desarrollo durante el 33° período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde "varios oradores indicaron que la existencia de un derecho específico podía deducirse de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros Instrumentos de Naciones Unidas"[47]. En aquel período de sesiones, la Comisión emitió la Resolución 4 (XXXIII) del 21 de febrero de 1977, en la cual recomendó al Consejo Económico y Cultural invitar al Secretario General de Naciones Unidas a realizar un estudio sobre "las dimensiones regionales y nacionales del derecho al desarrollo como derecho humano basados en la cooperación internacional"[48].

---

47 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo". Resolución 41/128 A, 4 de diciembre de 1986.

48 De esta recomendación surgió el documento del Secretario General de Naciones Unidas "La dimensión internacional del derecho al desarrollo como un derecho humano en relación con otros derechos humanos basada en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz" de 1979, al cual se hará referencia más adelante.

En esta Resolución, la Comisión subrayó

> (…) la responsabilidad y el deber de todos los miembros de la comunidad internacional de crear las condiciones necesarias para la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales como medio fundamental para asegurar el disfrute real y auténtico de los derechos civiles y políticos y de las libertades fundamentales.

La Comisión pedía a todos los Estados que "adoptasen medidas prontas y efectivas, en los planos nacional e internacional, para suprimir todos los obstáculos que se oponían a la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales que promoviesen todas las medidas tendientes a asegurar el disfrute de esos derechos"[49], para posteriormente emitir la Resolución 5 (XXXV) del 2 de marzo de 1979, donde hizo alusión por primera vez a la dimensión individual de este derecho al señalar que "el derecho al desarrollo es un derecho humano y que la igualdad de oportunidades es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que forman las naciones"[50].

De igual manera, en 1978, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO– se refirió al Derecho al Desarrollo en la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de 1978, al establecer en su artículo 3° que "[e]l derecho al desarrollo completo de todo ser humano y de todo grupo humano (…) implica un acceso en pie de igualdad a los medios de progreso y de prosperidad colectiva e individual en un clima que respete los valores de la civilización y las culturas nacionales y universales".

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas se refirió por primera vez a este derecho en la Resolución 34/46 de 1979, donde reconoció sus dimensiones individual y colectiva, al señalar que "el derecho al desarrollo es un derecho humano y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que forman las naciones"[51]. En concordancia con este panorama, mediante

---

49 Organización de Naciones Unidas. Secretario General. "Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con otros derechos humanos basados en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz, teniendo en cuenta las exigencias del nuevo orden económico internacional y las necesidades humanas fundamentales". E_CN.4_1334-ES. 11 de diciembre de 1979.

50 *Ibídem*.

51 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Distintos criterios y medios posibles

la Resolución 36 (XXXVII) del 11 de marzo de 1981, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decidió crear el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales sobre el Derecho al Desarrollo, "para que estudiara el alcance y el contenido del derecho al desarrollo y los medios más eficaces de garantizar la realización, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales proclamados en diversos instrumentos internacionales, prestando particular atención a los obstáculos con que tropezaban los países en desarrollo en sus esfuerzos por conseguir el disfrute de los derechos humanos"[52].

Asimismo, la Comisión solicitó al Grupo que en el siguiente período presentara un informe con "propuestas concretas sobre la aplicación el derecho al desarrollo y sobre un proyecto de instrumento internacional acerca de esta cuestión"[53]. Iniciativa que fue acogida con beneplácito por la Asamblea General en la Resolución 33/133, quien además declaró que "el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable"[54].

1.3.2. ADOPCIÓN DE LA DECLARACIÓN SOBRE DERECHO AL DESARROLLO

Como resultado de las labores realizadas por el Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales sobre el Derecho al Desarrollo, el 4 de diciembre de 1986 la Asamblea General aprobó el texto final de la *Declaración sobre Derecho al Desarrollo* a través de la Resolución 41/128, la cual tuvo obtuvo ciento cuarenta y siete votos a favor, un voto negativo –de Estados Unidos– y ocho abstenciones –de Dinamarca, Finlandia, Alemania, Islandia, Israel, Japón, Suiza y Reino Unido–. Aunque las disposiciones de la declaración serán analizadas más adelante, es importante resaltar que con esta Declaración se superó totalmente la concepción clásica del desarrollo como mero crecimiento económico, al reconocer que

---

dentro del sistema de Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Resolución 34/46, 23 de noviembre de 1979.

52 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Declaración Universal de Derechos Humanos". Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

53 *Ibídem*.

54 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Resolución 36/133, 14 de diciembre de 1981.

> el desarrollo es un proceso global *económico, social, cultural y político*, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan[55].

Como consecuencia de dicho cambio de concepción, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD– dejó de medir el desarrollo a través del índice puramente económico como es el Producto Interno Bruto de los países, y en 1990 creó el Índice de Desarrollo Humano –IDH–, en el que se incluyen como indicadores "la esperanza de vida, el alfabetismo y el ingreso para lograr un nivel de vida decente"[56], bajo la visión de que "[l]a verdadera riqueza de la nación está en sus gentes"[57]. En correspondencia con esto, en el Informe sobre Desarrollo Humano de 2010 la Administradora del PNUD se señaló:

> Existe un consenso casi universal sobre la imposibilidad de medir el éxito de un país o el bienestar de un individuo únicamente a partir de su ingreso. Si bien el ingreso es fundamental, ya que sin recursos cualquier avance es difícil de lograr, también debemos tomar en cuenta si la gente puede llevar una vida saludable y prolongada, si tiene oportunidad de recibir educación y si es libre de aplicar sus conocimientos y talentos para configurar su propio destino[58].

Un hecho crucial en la concepción del Derecho al Desarrollo fue la proclamación de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en la Cumbre de la Tierra de Naciones Unidas. En este instrumento se acuñó el término *desarrollo sostenible*, fundamentado en que "el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras"[59]. De manera que, a partir de esta Declaración, "la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo

---

55 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Declaración sobre el Derecho al Desarrollo". Resolución 41/128 A, 4 de diciembre de 1986.

56 PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano*. Bogotá: Tercer Mundo Editores,1990, p. 40.

57 *Ibídem.*

58 PNUD. "Informe sobre desarrollo humano 2010". Madrid: Ediciones Mundi Prensa, 2010, p. v.

59 Principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

y no podrá considerarse en forma aislada"[60], dotando al derecho al desarrollo de un contenido ambiental intrínseco.

Ahora bien, el primer instrumento internacional que reconoció el Derecho al Desarrollo y tuvo una aceptación global, incluyendo la aceptación de Estados Unidos, fue la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993; con la cual se considera terminada la discusión sobre la concepción del desarrollo como derecho humano. En ella se cita la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y se reconoce este como "un derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales", así como sus dimensiones internacionales e interna al señalar:

> Los Estados deben cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. La comunidad internacional debe propiciar una cooperación internacional eficaz para la realización del derecho al desarrollo y la eliminación de los obstáculos al desarrollo.
>
> El progreso duradero con miras a la aplicación del derecho al desarrollo requiere políticas eficaces de desarrollo en el plano nacional, así como relaciones económicas equitativas y un entorno económico favorable en el plano internacional[61].

De la misma manera, la Declaración y Programa de Acción de Viena recomendó a la Asamblea General de Naciones Unidas crear el cargo de Alto Comisionado para la Promoción y la Protección de todos los Derechos Humanos, recomendación que fue adoptada por dicho órgano en la Resolución A/RES/48/141 del 7 de enero de 1994, donde no solamente se reconoció de nuevo el Derecho al Desarrollo como parte fundamental de los derechos de la persona humana, sino que además se estableció que el Alto Comisionado "[r]econocerá la importancia de promover un desarrollo equilibrado y sostenible para todos y de asegurar la realización al desarrollo, tal como está establecido en la Declaración sobre el derecho al desarrollo"[62]. Así mismo que está encargado de "[p]romover y proteger la realización del derecho al

---

60 Principio 4 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

61 Conferencia Mundial de Derechos Humanos. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. 25 de junio de 1993, p. 21.

62 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. *Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos.* A/RES/48/141. 7 de enero de 1994, p. 3.

desarrollo y ampliar el apoyo de los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas a tal efecto"[63].

Dentro del mismo sistema, se ordenó la creación del cargo de Experto Independiente sobre el Derecho al Desarrollo (1998-2004)[64], un Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo[65] y un Equipo Especial de Alto Nivel sobre el ejercicio del Derecho al Desarrollo (2004-2010), todos ellos dedicados a apoyar la labor del Consejo de Derechos Humanos en la interpretación del contenido y la implementación del Derecho al Desarrollo.

Posteriormente, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la "Declaración del Milenio" mediante la Resolución 55/2 del 13 de septiembre del 2000, donde se crearon los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio –ODM–[66], como medio para garantizar a todos los habitantes del mundo el Derecho al Desarrollo. En la Declaración se afirma:

> No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos *el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad*[67] (destacado fuera del original).

En este mismo sentido, en la Declaración del Milenio se reconoce expresamente el Derecho al Desarrollo como un derecho humano de igual valor que los derechos de primera y segunda generación, al señalar lo siguiente: "No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y forta-

---

63 *Ibídem*, p. 5.

64 Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. *Study on the current state of progress in the implementation of the right to development submitted by Mr. Arjun K. Sengupta, independent expert, pursuant to Commission resolution 1998/72 and General Assembly resolution 53/155*. E/CN.4/1999/WG.18/2. 27 July 1999, p. 1.

65 Organización de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Compilation of the conclusions and recommendatios of the Open-ended Working Group on the Right to Development (1998 – 2012)*. A/HRC/WG.2/14/CRP.1. 6 December 2012.

66 Estos objetivos son: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y; fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

67 Organización de Naciones Unidas. Asamblea General. "Declaración del Milenio". Resolución /55/2. 13 de septiembre del 2000, pár. 11.

lecer el imperio del derecho y el respeto de *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo*"[68] (destacado fuera del original).

Posteriormente, en 2003, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas solicitó a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos "prepar[ar] un documento de reflexión en el que se determinen las opciones para la realización del derecho al desarrollo y su viabilidad, entre otras cosas *una norma de carácter vinculante* (…) basados en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo"[69] (destacado fuera del original). La Subcomisión encomendó el cumplimiento de esta labor a Florizelle O'Connor, quien luego de hacer escasa alusión a la posibilidad de crear una norma de carácter vinculante concluyó que "por el momento parecería prematuro elaborar normas jurídicas vinculantes"[70], llevando a algunos doctrinantes a considerar que O'connor simplemente evitó el tema del instrumento legal vinculante, hundiendo este importante proyecto[71].

Ahora bien, aunque a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio se alcanzaron muchas metas[72], "los avances han sido desiguales sobre todo en África, los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo, y algunos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio distan de alcanzarse"[73], por lo que a iniciativa de la República de Colombia[74], en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Río de Janeiro de 2012 "Cumbre de la Tierra Rio+20" se reiteró la importancia "del respeto de todos los derechos humanos, entre ellos el derecho al desarrollo y el derecho a un nivel de vida

---

68 *Ibídem*.

69 Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. "El derecho al desarrollo". Resolución 2003/83. 25 de abril de 2003.

70 Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. "Documento de exposición de conceptos sobre el derecho al desarrollo". 57° periodo de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2005/23. 24 de junio de 2005, p. 12.

71 Marks, Stephen & Malhotra, Rajeev. "The future of the right to development" [en línea]. Harvard T.H. Chan. School of Public Health, p. 7.

72 *Revista Dinero*. "Objetivos del Milenio: ¿qué se logró y qué hace falta?" [en línea]. Dinero, 7 de julio de 2015.

73 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015, p. 6.

74 La idea de renovar los ODM fue propuesta por Paula Caballero durante su labor como Directora de Asuntos Económicos, Sociales y Ambientales en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en el año 2010. Ver: Caballero, Paula. "A Short History of the SDGS" [en línea].

adecuado"[75] y se determinó la creación de un Grupo de Trabajo Abierto dentro de la Asamblea General de la ONU para consensuar la creación de nuevos objetivos y metas mundiales sobre desarrollo sostenible[76].

Como resultado final de esta labor, en 2015 se lanzó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con la creación de los 17 ODS. Esta Agenda reconoce como uno de sus fundamentos la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[77], cuyo texto se anexa al documento de la misma, y resalta la necesidad de construir sociedades que se basen en el respeto al derecho al desarrollo como derecho humano[78]. De manera que la conexión entre el derecho al desarrollo y los ODS está fuera de toda discusión, pues la misma Agenda lo reconoce.

Ahora bien, el reconocimiento al Derecho al Desarrollo efectuado en la Agenda 2030 vino acompañado de una reactivación de la discusión internacional sobre la vinculatoriedad de este derecho, llevando a que en el año 2016 el Consejo de Derechos Humanos creara el cargo de *Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derecho al Desarrollo*, cuyo mandato incluye la labor de "contribuir a la promoción, protección y cumplimiento del derecho al desarrollo en el contexto de la implementación coherente e integrada de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y otros resultados acordados internacionalmente para 2015".

En este mismo contexto, en 2016 se llevó a cabo la 17° Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países no Alineados, donde los Estados miembros del Movimiento de los Países no Alineados expresaron "la necesidad de hacer efectivo el derecho al desarrollo, con carácter prioritario, entre otras cosas mediante la elaboración por los organismos competentes de un instrumento jurídicamente vinculante sobre el derecho al desarrollo, teniendo en cuenta las recomendaciones de las iniciativas pertinentes"[79].

---

75 Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. "El Futuro que queremos". A/CONF.216/L.1, 19 de junio de 2012, p. 8.

76 *Ibídem*, p. 247.

77 Organización de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, Asamblea General. "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", p. 6.

78 *Ibídem*, p. 35.

79 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. "The right to development". 39° Sesión. Resolución 39.9. 27 de septiembre de 2018.

Como resultado de esta propuesta, a través de la Resolución 39/9 del 27 de septiembre de 2018 del Consejo de Derechos Humanos se ordenó al Grupo de Trabajo sobre Derecho al Desarrollo "dar comienzo al debate sobre un proyecto de instrumento jurídicamente vinculante sobre derecho al desarrollo", y al Presidente-Relator del Grupo de Trabajo preparar un proyecto legalmente vinculante sobre la base de los debates llevados a cabo por el Grupo de trabajo y el material de recursos de sesiones anteriores[80]. El proyecto de convención sobre el Derecho al Desarrollo ya fue publicado con sus respectivos comentarios, y puesto a consideración del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En el mismo se reconoce y protegen las cuatro dimensiones del derecho, y se incluye como sujetos pasivos a las organizaciones internacionales y personas jurídicas de índole privado[81].

De esta manera, el Derecho al Desarrollo se encuentra plenamente reconocido por el Sistema Universal de Derechos Humanos, a través de un proceso que comenzó con la expedición de resoluciones por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, pasando por la promulgación de la Declaración al Derecho al Desarrollo, su reconocimiento en distintos instrumentos y acuerdos globales, hasta hoy en día que se empieza a materializar en un proyecto de instrumento vinculante.

1.4. Reconocimiento del derecho al desarrollo en otros sistemas

1.4.1. Sistema africano de derechos humanos

Una de las consecuencias indirectas de la presión que los países del Sur ejercieron dentro del sistema universal, fue en el reconocimiento expreso del Derecho al Desarrollo en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en cuyo artículo 22 se establece

> 1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad.

---

80 *Ibídem.*

81 Ver en https://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/Pages/21stSession.aspx.

> 2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo.

Como puede observarse, la Carta Africana únicamente reconoce la titularidad del Derecho al Desarrollo en "los pueblos", es decir, una faceta de la dimensión individual[82]; y la obligación de los Estados tanto en la dimensión interna como en la internacional. De igual manera, el Protocolo de la Carta Africana para los Derechos de las Mujeres en África de 2003 (Protocolo de Maputo) reconoció de manera expresa el "Derecho al Desarrollo sostenible" de las mujeres.

El artículo 22 de la Carta Africana fue aplicado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en adelante la Comisión Africana, en el Caso *Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) (on behalf of the Endorois) v. Keny*a en 2009, donde se pronunció sobre la violación al Derecho al Desarrollo del pueblo Enderois, a raíz del "desalojo forzoso de los Enderois (grupo pastoril) de su tierra ancestral (…) para crear una reserva nacional de caza e instalar un complejo turístico"[83]. Aunque la Comisión Africana ya se había referido al Derecho al Desarrollo en casos anteriores[84], en el caso del pueblo Endorois fue la primera vez que interpretó su contenido, sentando una jurisprudencia importante al respecto.

Uno de los puntos más importantes que analiza la Comisión Africana en este caso es el concepto del término "pueblo" como el sujeto activo del derecho reconocido en el artículo 22 de la Carta Africana, y determina su concepto a través del cumplimiento de alguna de siguientes las características:

> Una tradición histórica común, identidad racial o étnica, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidad religiosa e ideológica, conexión territorial y una vida económica común u otros lazos, identidades y afinidades que disfruten colectiva-

---

82 No se debe confundir la protección de los "pueblos" o "naciones" dentro de cada Estado, con la dimensión colectiva; pues los primeros hacen parte de la dimensión individual al ser a grupos de individuos que comparten características en común, mientras que la dimensión colectiva está destinada a proteger al sujeto intangible llamado Estado.

83 Djoyou Kamga, Serges Alain. *The right to development in the African human rights system: The Endorois case,* De Jure (Pretoria) vol. 44 n.° 2 Pretoria 2011, p. 382

84 Caso *Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* (Caso SERAC), *Democratic Republic of the Congo v Burundi, Rwanda, and Uganda* (Caso DRC) y *Kevin Mgwanga Gumne et al v. Cameroon* (Caso Gumne). Ver. Serges Alain Djoyou Kamga. The right to development in the African human rights system: The Endorois case*.

> mente, especialmente los derechos enumerados de conformidad con los artículos 19 a 24 de la Carta Africana, o que sufran colectivamente la privación de tales derechos[85].

Una vez aclarada la naturaleza del titular del Derecho al Desarrollo, la Comisión Africana establece su contenido al señalar "[l]a Comisión Africana opina que el derecho al desarrollo es un test doble, que es tanto constitutivo como instrumental, y sirve para ser usado como medio y fin. Una violación del elemento procesal o sustantivo constituye una violación del derecho al desarrollo. Cumplir solo una de las dos puntas no satisfará el derecho al desarrollo"[86]. De la misma manera, deja sentado que los argumentos que reconozcan el Derecho al Desarrollo deben cumplir con cinco criterios principales: "equitativo, no discriminatorio, participativo, responsable y transparente, con equidad y elección como temas importantes y generales en el Derecho al Desarrollo"[87].

Aunque no se reconoce directamente, de una lectura de las consideraciones sobre la violación al Derecho al Desarrollo es claro como la Comisión Africana se encuentra influenciada por las teorías de Amartya Sen y Arjun Segunpta sobre el Derecho al Desarrollo como un proceso enfocado en expandir las capacidades y libertades fundamentales de las personas. En este sentido, la Comisión indica que "[l]a libertad de elección debe estar presente como parte del derecho al desarrollo"[88], así como que "[l]as capacidades y opciones de los Endorois deben aumentar para que se pueda realizar el derecho al desarrollo". Con el fin de ilustrar la aplicación práctica de estas teorías y la justiciabilidad del Derecho al Desarrollo, citamos *in extensum* el último párrafo de la comunicación del Caso:

> La Comisión Africana considera que el Estado demandado tiene el deber de crear condiciones favorables para el desarrollo de su pueblo (art. 3 de la Declaración sobre Derecho al Desarrollo). Ciertamente, no es responsabilidad de los propios Endorois encontrar lugares alternativos para pastar su ganado o llevar a cabo sus ceremonias religiosas. El Estado, en cambio, está obligado a garantizar que los

---

85 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Caso Enderois v. Kenia., ACommHPR Communication 276/2003, 2009, párr. 151.

86 *Ibídem*, párr. 277.

87 *Ibídem.*

88 *Ibídem,* párr. 278.

> Endorois no se queden fuera del *proceso de desarrollo* o de sus los beneficios. La Comisión Africana está de acuerdo en que el hecho de que la falta de compensación y beneficios adecuados, o de proporcionar tierras adecuadas para el pastoreo indica que el Estado *no proporcionó a los Endorois de un proceso de desarrollo adecuado*. Se encuentra en contra del Estado demandado que la comunidad de Endorois ha sufrido una violación del Artículo 22 de la Carta.

Así, determina que los Endorois son titulares del Derecho al Desarrollo entendido como el derecho a un proceso de desarrollo adecuado del que surgen obligaciones de hacer, cuyo sujeto activo es un grupo bajo la característica de "pueblo indígena" y el sujeto pasivo el Estado de Kenia, aplicando así lo que denominamos la dimensión individual del Derecho al Desarrollo y su dimensión nacional o interna, bajo la lógica del Derecho internacional de Derechos Humanos.

Consideramos que este caso es de gran importancia como precedente de la justiciabilidad del Derecho al Desarrollo en los países del Sur, pues no solo aplica la definición del Derecho al Desarrollo como un derecho al proceso de desarrollo, sino que, además, se salta la discusión sobre la progresividad establecida en la Declaración sobre Derecho al Desarrollo, reafirmando que de este derecho surgen obligaciones que pueden exigirse de manera inmediata.

3. CARTA ÁRABE DE DERECHOS HUMANOS

La Carta Árabe de Derechos Humanos fue adoptada en 2004 por el Consejo de la Liga de los Estados Árabes[89], entrando en vigor en el 2008. Siendo un instrumento internacional moderno, en su artículo 37 establece expresamente las cuatro dimensiones del derecho al desarrollo, eso es su dimensión individual y colectiva, así como sus dimensiones interna e internacional:

> El derecho al desarrollo es un *derecho humano fundamental* y todos *los Estados* deben establecer las políticas de desarrollo y tomar las medidas necesarias para garantizar este derecho. Tienen el deber de hacer efectivos los valores de *solidaridad y cooperación entre ellos y a nivel internacional* con miras a erradicar la pobreza y lograr el desarrollo económico, social, cultural y político. En virtud de este derecho, todo

89 Ratificada por Argelia, Bahrein, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Palestina, Qatar, Arabia Saudita, Siria, Emiratos Árabes Unidos y Yemen.

> ciudadano tiene derecho a participar en la realización del desarrollo y a disfrutar de los beneficios y frutos del mismo[90].

Aunque la Carta establece la creación de un Comité de Expertos en Derechos Humanos, no prevé que este pueda recibir peticiones individuales sino que sus funciones están centradas en recibir los informes de los países sobre "[l] as medidas que han tomado para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en esta Carta y los progresos realizados para su disfrute"[91], con el fin de que el Comité "discuta el informe, comente al respecto y haga las recomendaciones necesarias de acuerdo a los objetivos de la Carta". El Comité entró en funcionamiento en marzo de 2009 con sede en el Cairo y está compuesto por siete miembros. En palabras de Magliveras y Naldi, "el Comité ha asumido una misión adicional de interpretar la Carta de 2004, lo cual puede proporcionar a los Estados una guía sobre sus obligaciones (…) Ha asumido una función cuasi-judicial"[92]. Sin embargo, la doctrina ha criticado ampliamente el hecho de que el trabajo del Comité sea publicado únicamente en árabe, pues limita la accesibilidad de la audiencia y no permite llevar a cabo el análisis del contenido del mismo[93].

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a pesar de que el Sistema Árabe de Derechos Humanos es aún un proyecto en construcción, en 2014 los Estados de la Liga Árabe redactaron el Estatuto de la Corte Árabe de Derechos Humanos, la cual tendría "jurisdicción sobre todas las demandas y conflictos resultantes de la implementación e interpretación de la Carta Árabe de Derechos Humanos, o cualquier otra convención árabe en el campo de los Derechos Humanos que involucre a un Estado miembro"[94-95]. Esta Corte presentaría una gran diferencia con las demás cortes regionales sobre Derechos Humanos, y es que los individuos no podrían acceder al sistema a solicitar la responsabilidad de un Estado, sino que a su nombre debe actuar su propio Estado, constituyendo así una combinación entre la dimensión

---

90 Artículo 37 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

91 Artículo 48 la Carta Árabe de Derechos Humanos.

92 Magliveras, Konstantinos & Naldi, Gino. *The Arab Court of Human Rights: A Study in Impotence, Revue Quebecoise de Droit International* 29, no. 2 (2016), p. 156.

93 International Justice Resource Center. *Middle Est and North Affrica*. https://ijrcenter.org/regional/middle-east-and-north-africa/

94 Artículo 48.4 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

95 Art. 16 proyecto del Estatuto. Disponible en: https://acihl.org/texts.htm?article_id=44&lang=ar-SA

individual y la dimensión internacional. Sin embargo, los estatutos establecen la posibilidad de que los Estados acepten en cualquier momento que Organizaciones no Gubernamentales acreditadas en el campo de derechos humanos representen al individuo.

4. DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ASEAN

El 18 de noviembre de 2012, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por su sigla en inglés)[96] adoptó su Declaración de Derechos Humanos, en la cual dedica el capítulo cuarto al derecho al desarrollo (artículos 35, 36 y 37).

En el artículo 35 se determina que "[e]l derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *toda persona humana y los pueblos de la ASEAN* tienen derecho a participar, contribuir, disfrutar y beneficiarse de manera equitativa y sostenible del desarrollo económico, social, cultural y político"; y se establece la necesidad de que ese desarrollo sea compatible con el medio ambiente. De la misma manera, en el artículo 37 se señala que "[l]os Estados miembros de la ASEAN reconocen que la implementación del derecho al desarrollo requiere políticas de desarrollo efectivas a *nivel nacional*, así como relaciones económicas equitativas, *cooperación internacional* y un entorno económico internacional favorable".

En este sentido, podemos observar que la ASEAN recogió tanto la dimensión individual como colectiva, y la dimensión internacional e interna del Derecho al Desarrollo, adaptando toda la doctrina discutida y desarrollada en las Naciones Unidas. Con respecto a los mecanismos de implementación de la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, es necesario señalar que si bien no existe una Corte o Tribunal Regional que pueda interpretar y aplicar sus disposiciones, debe tenerse en cuenta el papel de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN, creada en 2009 como un órgano consultivo encargado la promoción de derechos humanos de sus Estados miembros. No obstante, "el gran peso que se atribuye a las voluntades de los diez miembros nombrados por los Gobiernos de los Estados miembros puede contribuir a que, en la práctica, este órgano se transforme

96 En la actualidad está integrada por 10 países: Malasia, Indonesia, Brunéi, Vietnam, Camboya, Laos, Birmania, Singapur, Tailandia y Filipinas.

en una fuerza dinamizadora para el desarrollo de los derechos humanos en esta región"[97].

5. Declaración de Abu Dhabi sobre el Derecho al Desarrollo de 2016

Durante el Seminario Internacional sobre el Derecho al Desarrollo, en 2016, la Comisión Permanente Independiente de Derechos Humanos de la Organización de Cooperación Islámica aprobó la Declaración de Abu Dhabi sobre el Derecho al Desarrollo. En este documento se reconoce la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y se afirma que los Estados tienen obligaciones en tres niveles: "a) internamente, mediante la formulación de políticas y programas nacionales de desarrollo afectando a personas dentro de su jurisdicción; (b) internacionalmente, a través de la adopción e implementación de políticas que se extienden más allá de su jurisdicción, y (c) colectivamente, a través de asociaciones globales y regionales".

El derecho al desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

5.1. Consagración del derecho al desarrollo en el artículo 26 de la CADH

Si en el Sistema Africano de Derechos Humanos era necesario reconocer el Derecho al Desarrollo, en el Sistema Interamericano lo es más, toda vez que al poseerlo, tanto países desarrollados como países en desarrollo, sería el sistema ideal para aplicar la dimensión internacional del Derecho al Desarrollo. Sin embargo, los órganos de nuestro sistema se han enfocado más en seguir el Sistema Europeo, olvidando las grandes diferencias que existen con este, comenzando porque gran parte de los países que se oponen al reconocimiento del derecho se encuentran en él, y terminando en que la mayoría de su población no sufre los estragos del subdesarrollo ni en su faceta individual ni en su faceta colectiva.

---

97 Björn, Arp. "La nueva comisión intergubernamental de Derechos humanos de la asean: ¿un avance Global de derechos humanos o un tigre sin Dientes?". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2010, p. 25.

En este sentido, luego de haber reseñado la consagración del Derecho al Desarrollo a nivel universal, africano, árabe, del sudeste asiático e islámico, pasaremos a enfocarnos en el objeto de nuestro estudio, que es la existencia de un mandato convencional y vinculante en pro del Derecho al Desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 –CADH– es el instrumento internacional de carácter vinculante que rige el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adscrito a la Organización de Estados Americanos –OEA–. En ella se reconoce una serie de Derechos Humanos, con respecto a los cuales los artículos 1.1 y 2 establecen tres tipos de obligaciones para los Estados y cuya violación activa la responsabilidad internacional de los mismos: obligación de respeto, obligación de garantía y deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para hacerlos efectivos.

La obligación de respetar los derechos y libertades se encuentra prevista en el artículo 1.1 de la CADH e implica una obligación negativa o de no hacer, que exige a los agentes del Estado abstenerse de atentar contra los derechos de los individuos, como sería la privación arbitraria de la vida o de la libertad, por lo que la Corte ha reconocido que de esta obligación se desprende "la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"[98].

Con respecto a la obligación de garantía, nos encontramos ante una obligación positiva o de hacer, consistente en la adopción de aquellas medidas tendientes a "crea[ar] las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones a los derechos"[99], y en virtud de la cual el Estado debe "poner en funcionamiento todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[100]. La obligación de garantía es la que exige más recursos del Estado para su implementación, en función de las particulares necesidades de protección de los individuos.

Sobre el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno, el artículo 2 de la CADH establece que "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con

---

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. Perú*, Sentencia de 6 de noviembre de 2009, p. 235.

99 *Ibídem.*, p. 243.

100 *Ibídem.*, p. 336.

arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que esta norma supone dos tipos de obligaciones: una obligación positiva "de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos" y una obligación negativa dirigida a "evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen"[101].

La Convención es clara en señalar que dichas obligaciones se ejercen sobre todos los derechos y libertades reconocidos en la misma. Derechos que, de acuerdo con la doctrina vigente al momento de su expedición, se dividieron en dos partes: derechos civiles y políticos; y derechos económicos, sociales y culturales. En la primera parte es posible encontrar el reconocimiento expreso de cada derecho, nominados de acuerdo con el título del correspondiente derecho. Mientras que en la segunda parte nos encontramos con un único artículo (artículo 26) denominado *desarrollo progresivo*, el cual establece:

> *Desarrollo Progresivo*
>
> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, *en la medida de los recursos disponibles*, por vía legislativa u *otros medios apropiados*" (destacado fuera del original).

Como puede observarse, la consagración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana es *sui generis*, pues no realiza un reconocimiento individualizado de los derechos, como sí sucede con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los instrumentos regionales analizados anteriormente. Tampoco tiene la misma estructura que da a los derechos civiles y políticos, en el sentido de

---

101 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador". Sentencia de 27 de junio de 2012, p. 221.

establecer el sujeto activo y la prestación a la que tiene derecho, sino que se basa en una estructura contraria en la que se habla del sujeto pasivo y de su deber de adoptar "providencias (…) por vía legislativa u otros medios apropiados".

De una interpretación literal de la norma encontramos que, al igual que sucede con los derechos civiles y políticos, el título del artículo corresponde a la denominación del derecho que consagra, en este caso el "derecho al desarrollo progresivo", cuyo contenido es básicamente el mismo que contrae el artículo 10 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo[102]; solo diferenciándose en que el artículo 26 de la CADH señala que se busca "lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en *la Carta de la Organización de los Estados Americanos*", mientras que el artículo 10 de la DDD que se busca "el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del *derecho al desarrollo*".

No obstante, esta diferencia no es real y es precisamente a ella a la que vamos a apelar para demostrar que el artículo 26 de la CADH consagra el contenido del Derecho al Desarrollo, reconocido en los diferentes sistemas de Derechos Humanos, bajo el título de derecho al desarrollo progresivo.

Así pues, la importancia que quiso dar la Organización de Estados Americanos desde 1969 al Derecho al Desarrollo como derecho humano no quedó plasmada solamente en la denominación del derecho contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, sino que además este expresamente reenvía a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA, todas ellas contenidas en el capítulo VII titulado *Desarrollo Integral*, en cuya primera norma (artículo 30) se encuentra establecido claramente el Derecho al Desarrollo, convirtiéndose en uno de los primeros instrumentos regionales en consagrar una concepción del desarrollo que supera el mero crecimiento económico, al disponer:

> Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que *sus pueblos alcancen un*

---

102 Artículo 10 de la DDD: Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional.

> *desarrollo integral*, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. *El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo* (destacado fuera del original).

La Carta de la OEA reconoció tanto la dimensión internacional o externa, como la dimensión interna del Derecho al Desarrollo de los individuos, al señalar de un lado que "*[l]a cooperación interamericana para el desarrollo integral* es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano"[103]; y de otro que "*[e]l desarrollo es responsabilidad primordial de cada país* y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de *la persona humana*"[104].

Esta tesis también se encuentra consagrada en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, de 1988, suscrito por la OEA dos años después de la promulgación de la DDD, donde se hace expresa mención al derecho al desarrollo en su dimensión colectiva en el preámbulo de la misma:

> [t]eniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como *el derecho de sus pueblos al desarrollo*, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" (destacado fuera del original).

Posteriomente, la OEA expidió la Carta Social de las Américas de 2012, en la que también se consagró expresamente el Derecho al Desarrollo en su dimensión colectiva y su relación con la pobreza, al señalar que "los pueblos de América tienen *derecho al desarrollo* en un marco de solidaridad, equidad, paz, libertad, y los Estados el deber de promoverlo con el fin de erradicar la

---

103 Artículo 31 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.
104 Artículo 33 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

pobreza, en particular la pobreza extrema, y alcanzar niveles de vida dignos para todas las personas"[105] (destacado fuera del original). Al igual que la Carta de la OEA, la Carta Social de las Américas se enfoca en la visión de un desarrollo integral, en el cual la promoción y observación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son consustanciales al mismo[106].

Además del claro reconocimiento que el artículo 26 de la CADH realiza a las normas de la Carta de la OEA sobre *Desarrollo Integral*, que ya ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como veremos en el siguiente apartado, el reconocimiento del Derecho al Desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también podría concluirse de una interpretación sistemática de varias de sus normas.

Así, de acuerdo con el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[107], y teniendo en cuenta que todos los instrumentos internacionales citados hacen parte del sistema de la OEA, consideramos que de lo dispuesto sobre el Derecho al Desarrollo progresivo de los DESC, a la luz de la definición de *Desarrollo Integral* la Carta de la OEA, y del reconocimiento al Derecho al Desarrollo efectuado por la OEA en el preámbulo de su Protocolo de San Salvador y en la Carta Social de las Américas, es completamente viable deducir que el artículo 26 de la CADH consagra el contenido del Derecho al Desarrollo, bajo la misma noción establecida en el artículo 10 de la Declaración sobre Derecho al Desarrollo de Naciones Unidas y en demás instrumentos pertinentes.

En este sentido, fue precisamente la misma Convención Americana la que, en virtud del principio *pro personae*[108], estableció en su artículo 29.d

---

105 Artículo 1° de la Carta Social de las Américas.

106 Artículo 2° de la Carta Social de las Américas.

107 Artículo 31. "Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
"2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
"a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:
"b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado".

108 El principio *pro personae* o *pro hominem* "es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente,

que sus normas no pueden ser interpretadas en perjuicio de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ni "de otros actos internacionales de la misma naturaleza", dentro de los cuales evidentemente podemos situar la DDD, la cual fue ratificada por todos los Estados americanos, con excepción de Estados Unidos.

Por último, en el preámbulo del proyecto de convención sobre Derecho al Desarrollo de Naciones Unidos, se realiza un reconocimiento a lo anterior al expresar: "*Teniendo presentes asimismo* las obligaciones que incumben a los Estados en materia de desarrollo integral en virtud de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 1948, y en materia de desarrollo progresivo en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969".

En consecuencia, el Derecho al Desarrollo en su dimensión individual es objeto de protección por parte del SIDH, a través del artículo 26 de la CADH, y por tanto en relación con sus artículos 1.1 y 2, los Estados están obligados a respetarlo, garantizarlo y adoptar y adoptar disposiciones de Derecho interno para hacerlo efectivo.

Por lo que, si bien en el contexto del SIDH la noción de Derecho al Desarrollo es la misma que en el Sistema Universal, esto es, un derecho a un proceso de desarrollo que tenga como fin el acceso de la persona humana a todos los Derechos Humanos, el Sistema Universal no tiene ningún órgano que se ocupe de promover y proteger este derecho, mientras que el Sistema Interamericano cuenta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales ya han comenzado a dar grandes pasos en torno a el enfoque del desarrollo basado Derechos Humanos.

---

a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre". Ver PINTO, M. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.). "La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales". Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, p. 163.

5.2. JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO AL DERECHO PROGRESIVO DE LOS DESC

Una vez demostrado cómo desde la consagración del artículo 26 de la Convención Americana se dio completo valor vinculante a las normas sobre desarrollo integral contenidas en la Carta de la OEA, y con ellas al contenido mismo del Derecho al Desarrollo, analizaremos la jurisprudencia de la CorteIDH para determinar la justiciabilidad[109] de este derecho ante los órganos del Sistema Interamericano[110], y su grado de vinculatoriedad del mismo frente a los Estados.

5.2.1. CASO ACEVEDO BUENDÍA Y OTROS ("CESANTES Y JUBILADOS DE LA CONTRALORÍA") VS. PERÚ

Pese a que durante muchos años la CorteIDH se había negado a analizar la norma del artículo 26 de la CADH, sosteniendo que esta era solo una *norma programática* que "se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales (…) sobre el conjunto de la población, y no en función de las circunstancias de un limitado grupo"[111], la Corte solía decretar la violación indirecta de derechos como el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud, la alimentación o la cultura; a través de su conexión con otros derechos civiles y políticos de la CADH, como el derecho a la vida o la integridad personal[112].

---

109 La justiciabilidad de un derecho es la posibilidad que tiene un juez o tribunal de pronunciarse sobre su violación. En este sentido, el Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos ha señalado: "Justiciabilidad deriva del verbo transitivo "ajusticiar" o "justiciar" que en su forma más elemental implica hacer justicia, y que en un modelo de legalidad se logra por una vía institucional, particularmente mediante los mecanismos judiciales (…) La justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad. La diferencia es la modalidad. De esta forma si la exigibilidad pretende la realización de un derecho, la justiciabilidad busca que tal realización se haga por la vía de su reclamación ante instancias que administran justicia". Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos. "La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales". San José: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 2009, pp. 84-85.

110 Ver Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

111 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Cinco Pensionistas vs. Perú". (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de febrero de 2003, Párr. 147.

112 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso González Lluy vs. Ecuador". (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005.

Fue a partir del Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú del 2009 que la CorteIDH se pronunció de fondo sobre el contenido del artículo 26 denominándolo *Desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y determinando que a él también se le aplican las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH[113]. De esta manera, la Corte acepta la justiciabilidad de la norma contenida en el artículo 26 y entra a analizar de manera directa la posible violación del mismo por parte de los Estados, poniendo de presente "la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello"[114].

Sin embargo, como base de la justiciabilidad de los DESC, en dicha sentencia la Corte adoptó el concepto de "progresividad" proporcionado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas[115], al señalar que con respecto a estos derechos la obligación de los Estados se subsume a un "deber de no regresividad", obligación negativa que prohíbe al Estado la adopción de medidas que estén destinadas a revertir el progreso que sobre uno de estos derechos se haya alcanzado, y que solamente en caso de que dicha regresividad ocurriese se podría declarar la violación.

Esta concepción negativa de la progresividad, fundamentada simple y llanamente en un deber de no regresividad, estaba sustentada en la expresión contenida en la última parte del artículo 26 de la CADH, donde se establece que los Estados se comprometen a desarrollar los DESC solo "en la medida de los recursos disponibles". Frase que en el contexto de nuestros países en desarrollo dio pie a un círculo vicioso de violación a los DESC donde los ciudadanos nunca podrían lograr que se declarara la violación por parte de los Estados, pues estos siempre podrían justificarse en la falta de recursos, lo que llevó en la práctica a que nunca se declarara una violación bajo esta tesis.

---

113 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú". (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 1 de julio de 2009. Pár. 100.

114 *Ibídem,* Pár. 101. En este mismo sentido la Corte citó al Tribunal Europeo De Derechos Humanos. "Case of Airey v. Ireland", Judgment of 9 October 1979, Serie A, n.º 32, párr. 26.

115 Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)". Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

5.2.2. CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

Hasta que en el histórico Caso Lagos del Campo vs. Perú, del 2017 la Corte declaró por primera vez la responsabilidad internacional de un Estado por la violación al artículo 26 de la CADH, en lo ateniente a los derechos a la estabilidad laboral y a la asociación laboral de un ciudadano[116]. En esta sentencia la Corte cambió por completo el concepto de progresividad dejando de lado el deber de no regresividad como obligación negativa, y comenzó a hablar por primera vez de una obligación positiva emanante del artículo 26 de la CADH, materializada en el caso específico en la falta de adopción de medidas tendientes a proteger judicialmente al representante de una asociación de trabajadores, que había sido despedido injustificadamente por una empresa privada.

Aunque en el cuerpo de la sentencia no se llevó a cabo un análisis detallado de esa nueva concepción del artículo 26 de la CADH, en voto concurrente de la misma el juez Ferrer Mac-Gregor hizo referencia a la aplicación de las obligaciones de respecto y garantía frente a todos los derechos, al señalar que

> Este caso muestra cómo la afectación a un derecho catalogado como social *no conlleva necesariamente a la necesidad de evaluaciones sobre la progresividad o no regresividad, o sobre aspectos sobre la disponibilidad de recursos, o sobre la legislación o marcos regulatorios generales o políticas públicas*. Pensar que los derechos sociales se reducen a este tipo de análisis es perpetuar los falsos mitos relativos a que los DESCA solo dependen del paso del tiempo para ser garantizados. *Esta creencia no tiene en cuenta que existen las obligaciones estatales de respeto y garantía, que son aplicables a todos los derechos humanos sin distinción. No se pretende judicializar las políticas públicas sociales, sino de lograr la protección efectiva de los derechos humanos en un caso particular*[117] (destacado fuera del original).

De manera que a partir de esta importante sentencia se comenzó a percibir la necesidad de analizar las violaciones de los DESC no solo a través de una obligación negativa sustentada en el deber de no regresividad, sino también desde la obligación positiva de garantía del artículo 1.1., a través de la cual es

---

116 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Lagos del Campo vs. Perú". (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. pár. 154.

117 FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO. "Voto Concurrente". En Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Lagos del Campo vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2017, p. 51.

posible exigir la activación de todo el aparato gubernamental para la adopción de medidas adecuadas e idóneas encaminadas a lograr una verdadera progresividad de los mismos, teniendo en cuenta que esta obligación positiva siempre será de medios y no de resultados.

En materia del Derecho al Desarrollo, es relevante traer a colación otro apartado del voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor donde afirma que "[l]a región interamericana se dirige hacia la misma dirección de lo que recientemente diversos países de Naciones Unidas acordaron mediante los *Objetivos del Desarrollo Sostenible para el año 2030* (…) Estos Objetivos, claramente se encuentran en el plano de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales"[118].

Ahora bien, al ser este el primer caso en declarar la violación al artículo 26 de la CADH, fue también el primer caso en el que se presentaron los votos parcialmente disidentes de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto, comenzando así la discusión sobre el contenido del artículo 26 y sobre la competencia de la CorteIDH para pronunciarse respecto a él. Discusión que hoy en día se encuentra en su punto más álgido y a la que nos referiremos de aquí en adelante.

En su voto contra la decisión de la Corte, el juez Vio Grossi señala que si bien reconoce la existencia de los DESC, en específico el derecho a la estabilidad en el empleo, no considera que estos sean susceptibles de ser enjuiciados por la Corte Interamericana, pues: i. El artículo 26 no "reconoce" ningún derecho; ii. Los DESC "derivan" de la Carta de la OEA, mas no de la CADH; iii. La CorteIDH solo puede pronunciarse sobre derechos "reconocidos" en la CADH, por lo que se deben excluir los DESC; iv. Para que un nuevo derecho pueda ser conocido por la Corte, se requiere la adopción de un protocolo por parte de los Estados partes; v. El Protocolo de San Salvador establece cuáles DESC pueden ser llevados ante la Corte. Vio Grossi también señala que las normas de la Carta de la OEA son "metas", "finalidades" o "principios y mecanismos", mas no derechos susceptibles de judicializar[119].

---

118 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. "Voto Concurrente". En Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, p. 48.

119 Vio Grossi, Eduardo. "Voto Parcialmente Disidente". En Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, p. 48.

Por su parte, el juez Sierra Porto también presentó voto disidente en contra de la justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 de la CADH, al señalar que

> [el] artículo 26 de la CADH no establece un catálogo de derechos, sino que la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento *de la obligación de desarrollo progresivo* y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta de la Organización de Estados Americanos (…) De una lectura de la Carta se puede concluir que ésta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos.

Al igual que Vio Grossi, Sierra Porto considera que debe tenerse en cuenta lo señalado en el Protocolo de San Salvador, en cuanto a los DESC son susceptibles de ser conocidos por la CorteIDH, y que no puede fundamentarse esta nueva concepción de la interpretación evolutiva ni el principio *pro persona*.

5.2.3. CASO TRABAJADORES CESADOS DE PETROPERÚ Y OTROS VS. PERÚ

Después, en el mismo año la Corte Interamericana emitió sentencia del "Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú" donde cita textualmente las consideraciones sobre la justiciabilidad, artículo 26 que desarrolló en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, y declara la violación del mismo en relación con el artículo 1.1 de la Convención, debido a la violación al derecho a la estabilidad laboral[120].

5.2.4. OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17 SOBRE MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

De manera concomitante a la sentencia anterior, la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos, donde al referirse a las "Obligaciones estatales frente a posibles

---

120 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 192 y ss.

daños al medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal", reconoció la dimensión internacional del Derecho al Desarrollo establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, al señalar: "El artículo 26 la Convención Americana establece *la obligación de cooperar internacionalmente* a efectos del desarrollo y protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, el Protocolo de San Salvador recurre a la cooperación entre los Estados en varios de sus disposiciones"[121].

De igual manera, esta opinión consultiva subraya el papel de las tres dimensiones del desarrollo sostenible en el logro de los derechos humanos: la económica, la social y la ambiental[122], y también comienza a dotar de contenido el derecho establecido en el artículo 26 al señalar que "los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta establecen una obligación a los Estados para alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos[123]. Contenido que vuelve a hacer idéntico al que se ha venido dando al Derecho al Desarrollo en los demás sistemas de Derechos Humanos.

5.2.5. CASO SAN MIGUEL SOSA Y OTRAS VS. VENEZUELA

Pocos meses después, la Corte expidió la sentencia del Caso San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela, en la cual continuó citando la jurisprudencia establecida en los casos Lagos del Campo vs. Perú y Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, para así declarar la violación del derecho al trabajo con fundamento en el artículo 26 de la Convención. No obstante, consideramos que la importancia de esta providencia se encuentra de nuevo en el voto concurrente y parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien realiza un análisis de estos tres casos, denominándolos "la triada de casos laborales"[124] y sobre ellos señala:

---

121 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Medio ambiente y derechos humanos, pár. 181

122 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1, titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 25 de septiembre de 2015, Doc. ONU A/RES/70/1, preámbulo y párrs. 3, 8, 9, 10, 33, 35 y 67.

123 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Nota al pie n.º 85

124 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. "Voto Concurrente y parcialmente disidente". En

> Es de destacar que un aspecto fundamental de estos tres casos, es que permite desmitificar una de las cuestiones que giraban en torno a los derechos sociales y es que eran considerados como derechos de carácter progresivo. En este sentido, estos tres casos nos han permitido palpar que la justiciabilidad de los DESCA puede realizarse en un plano de obligaciones que han estado presentes desde el inicio del ejercicio de la función contenciosa de la Corte Interamericana, es decir, las obligaciones de respeto y garantía; sin requerir, necesariamente, la evaluación de medidas de carácter progresivo o regresivo. Es decir, dependiendo del caso, se podría analizar uno de los dos supuestos o incluso ambos (obligaciones de respeto y garantía y/o medidas progresivas o regresivas)[125].

5.2.6. CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE

La Corte declaró por primera vez la violación al derecho a la salud de manera autónoma en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, donde señaló que del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: "la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato"[126]. A continuación, se citan *in extensum* las consideraciones de la Corte sobre ambas obligaciones:

> Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes *tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA*, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas *consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho*. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud

---

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 8 de febrero de 2018, pár. 27.

125 FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO. "Voto Concurrente y parcialmente disidente". En Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 8 de febrero de 2018. Pár. 51.

126 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de agosto de 2018, párr. 104.

> de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad[127].

Frente a esta sentencia, el juez Sierra Porto presentó voto concurrente donde se adhiere a lo señalado anteriormente, y agrega que la protección al derecho a la salud en su "faceta individual" pudo haberse realizado a través de los derechos a la integridad personal y a la vida, y en su "faceta progresiva", "en relación con la suficiencia de los servicios de salud que el Estado provee"[128], señalando así:

> Enfocar el análisis de esta forma le permitiría a la Corte identificar, por un lado, cuándo es posible vincular las acciones del Estado en materia de prestación de servicios de salud, con la violación a la integridad personal o a la vida de una persona. Por otro lado, *le permitiría evaluar cuándo la política pública en materia de DESCA en el Estado es per se violatoria de las obligaciones de progresividad establecidas en el artículo 26 de la Convención*. En la primera hipótesis, el análisis se haría sobre la base del artículo 4 y/o 5 en relación con el artículo 26 y 1.1; y, en la segunda hipótesis, se haría directamente sobre la base del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 de la Convención[129].

De manera que el juez Sierra Porto ubica en el artículo 26 el mismo contenido de la dimensión colectiva del Derecho al Desarrollo, que se cumple a través del mejoramiento de la "política pública de un Estado". Por lo que desde este momento nos permitimos manifestar nuestro apoyo a esta concepción del juez Sierra Porto, y señalar que las facetas que el mismo indica en el párrafo citado corresponden a lo que en materia de Derecho al Desarrollo se denomina dimensión individual, donde hay una afectación directa a la persona humana, y una dimensión colectiva, tomando la población del Estado en su conjunto como sujeto. Dimensiones que claramente no pueden ser tratadas de igual manera, porque contienen naturalezas distintas.

---

127 *Ibídem.*

128 Sierra Porto, Humberto. "Voto Concurrente". En Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile". (Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de agosto de 2018, pár. 12.

129 *Ibídem.*

5.2.7. CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA

Siguiendo el hilo anterior, en agosto de 2018 la Corte declaró la violación al derecho autónomo a la salud en el Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, bajo el contexto de una situación de pobreza, reiterando la jurisprudencia sentada en el Caso Poblete Vilches, pero también respondiendo los puntos criticados por los jueces Vio Grossi y Sierra Porto en los votos disidentes y concurrentes depositados en las sentencias citadas. En este sentido, para reafirmar su tesis sobre la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales con base en el artículo 26 de la Convención, la Corte realiza un ejercicio extenso de interpretación de dicho artículo en relación con los artículos 1.1., 2, 62 y 63 de la Convención Americana para determinar: "i) si el artículo 26 reconoce derechos, ii) cuál es el alcance de las obligaciones para los Estados en relación con esos derechos, y iii) si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a dichos derechos"[130].

En dicho ejercicio, la Corte hace uso de los métodos de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y en el artículo 29 de la Convención Americana. Comenzando con el método de interpretación literal, la CorteIDH considera que del sentido corriente de los términos previstos en el artículo 26 se sustrae que "si bien la Carta de la OEA consagra 'principios' y 'metas' tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos 'derechos', tanto de manera explícita como implícita"[131]. También aborda las críticas efectuadas por Vio Grossi, y cita la Observación General n.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el alcance y naturaleza del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde señala: "el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"[132].

---

130 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 75.

131 *Ibídem,* p. 78.

132 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre

En segundo lugar, la Corte realiza una interpretación sistemática de la norma, con base en el "contexto interno" de la misma. De este modo, la Corte enfrenta la crítica sobre su competencia reiterando que la norma se encuentra en la Parte I de la Convención titulada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos"[133]. Además, defiende la interdependencia e indivisibilidad recíproca entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales, así como la falta de jerarquía entre ellos, citando el Preámbulo de la Convención y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador.

Igualmente, realiza una interpretación sistemática sobre la competencia que reconoce el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, y por primera vez concluye que este no implica un límite al "alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos"[134].

Con respecto a la interpretación teleológica del artículo 26 de la CADH, la CorteIDH analiza el objeto y fin del tratado con base en el Preámbulo de la Convención Americana, el cual considera ser "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos". De igual manera, trae a colación el principio *pro personae* establecido en el artículo 29 de la misma, para concluir que el reconocimiento de la existencia de derechos a partir del artículo 26 y de la competencia de la Corte sobre ellos "tienen el objetivo de consolidar un régimen de libertad personal y justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre reconocidos en la Carta de la OEA, lo cual es claramente compatible con el objeto y fin de la Convención Americana[135].

Finalmente, se analizan los trabajos preparatorios de la Convención como método complementario de interpretación, abordando otra de las principales disidencias de ambos jueces. En este sentido, la Corte cita algunas propuestas e inconformidades de los Estados durante el intenso debate en los trabajos, concluyendo que "la Corte considera que dichas manifestaciones de los Estados no contradicen la tesis acerca de que el artículo 26 en efecto reconoce

---

de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 9. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, p. 80.

133 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, p. 84.

134 *Ibídem.*, párr. 88 y 89.

135 *Ibídem.*, párr. 120.

"derechos", que están sujetos a las obligaciones generales que los Estados tienen en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y que, por ende, son justiciables"[136].

Este es fue el primer caso en el que la Corte hace alusión expresa a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en específico al objetivo de lograr una vida sana[137] y donde se declara por primera vez la violación al principio de progresividad, señalando que "si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables[138], llegando así a condenar al Estado por inacción al "no cumplir con políticas públicas o programas que de facto –y no solo *de iure*– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud". Adoptando así una de las críticas que había realizado Sierra Porto, que, como señalamos, concuerda con la dimensión colectiva del derecho al desarrollo desde el plano nacional.

No obstante, sobre esta sentencia el juez Sierra Porto presentó voto parcialmente disidente reiterando su desacuerdo con el análisis del derecho a la salud de manera autónoma a través del artículo 26, ya que siendo que este se encuentra íntimamente ligado a los derecho a la vida y a la integridad personal de las víctimas, considera que se genera una "duplicidad innecesaria"[139] al analizar ambos, reiterando así que la faceta "individual" del derecho a la salud debe analizarse en relación con los derechos a la integridad personal o la vida, mientras que en su faceta "progresiva, en relación con la suficiencia de los servicios de salud que el Estado provee". Por otro lado, señaló que la argumentación de la "inacción estatal" no apela a una noción de regresividad[140], sino a "la obligación de cumplir con un plazo razonable para implementar un DESCA como derecho a la salud"[141].

---

136 *Ibídem.*, párr. 96.
137 *Ibídem.*, párr. 224.
138 *Ibídem.*, párr. 173.
139 Sierra Porto, Humberto. "Voto Parcialmente Disidente". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 5.
Ibídem, p. 78.
140 *Ibídem.,* párr. 10.
141 *Ibídem.,* párr. 10.

5.2.8. CASO MUELLE FLOREZ VS. PERÚ

Continuando con nuestro análisis jurisprudencial, en marzo de 2019 la Corte dictó la sentencia del Caso Muelle Florez vs. Perú, en la que por primera vez se pronuncia y declara la violación del derecho a la seguridad social, y en particular del derecho a la pensión de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA[142]. En esta sentencia, la Corte cita y remite a la jurisprudencia sentada en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Perú, anteriormente analizada en este trabajo.

Sobre este caso, es importante hacer alusión al voto parcialmente disidente de Sierra Porto, que, si bien reitera lo dispuesto en los votos anteriores con respecto al artículo 26, agrega nuevas consideraciones sobre el mismo. Con respecto a la primera consideración, el juez precisa la diferenciación entre la dimensión colectiva y la dimensión individual de los DESCA, señalando que

> (…) se entiende que la dimensión colectiva de los DESCA es la que se recoge en el artículo 26 de la Convención, a través de la obligación de progresividad. Por ello, para mayor claridad en la exposición de los argumentos, me referiré a la dimensión individual de los DESCA cuando aluda a la exigibilidad directa de algún derecho en particular de esta naturaleza, aplicable a un caso concreto, como por ejemplo el derecho a la pensión de la víctima, y me referiré a la dimensión progresiva de los DESCA cuando aluda a la obligación del Estado de desarrollo progresivo y no regresividad[143].

Ahora bien, en dicho voto parcialmente disidente contra la sentencia del caso Muelle Flórez, el juez Sierra Porto reitera su oposición a la competencia de la CorteIDH sobre la dimensión individual de los DESCA con base en el artículo 26 de la CADH. Para lo cual lleva a cabo su propia interpretación del artículo 26, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena y del artículo 29 de la Convención Americana. Comenzando con una interpretación literal, deduce que "[e]l artículo 26 no "reconoce" derechos ni establece un catálogo determinado, sino que dispone la obligación de

---

142 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Florez vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2019, párr. 171.

143 SIERRA PORTO, HUMBERTO. "Voto Parcialmente Disidente". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelles Flórez vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 9.

los Estados de desarrollar progresivamente ciertos derechos, precisamente por no ser plenamente efectivos". Derechos que se sustraen, dice el juez, de una labor interpretativa sobre la Carta de la OEA y que de acuerdo con lo establecido en el artículo 26, solo podrían ser justiciables de manera directa cuando se efectúe un análisis de progresividad, como obligación de hacer o de comportamiento. En este sentido, rechaza que de una interpretación literal del artículo 26 se sostenga que la Corte puede conocer la violación de la dimensión individual de algún derecho, la cual estaría protegida por los derechos civiles y políticos.

En este aspecto, debemos manifestar que si bien aplaudimos el hecho de que el juez comienza a darle valor normativo a las normas de la Carta de la OEA en su dimensión colectiva o progresiva, rechazamos la adjudicación que realiza de la justiciabilidad de la dimensión individual del artículo 26 a los derechos civiles y políticos, pues estaría acabando de esta manera con los derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales, que, como reza el título mismo del capítulo III de la CADH, se encuentran también protegidos por el artículo 26, y siempre que se presente una violación a la dimensión individual de alguno de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, debe declararse la violación del artículo 26.

Con respecto a la interpretación sistemática bajo el contexto interno, el juez aborda directamente las conclusiones a las que llegó la Corte en el mismo ejercicio interpretativo que realizó en el Caso Cuscul Pivaral y otros, para señalar que el hecho de que las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 y 2 de la Convención sean aplicables al artículo 26, "no conlleva a que se interprete la exigibilidad directa de un derecho en particular, es decir en su dimensión individual, ni le otorga competencia a la Corte para su judicialización"[144]. Afirma así que de la interpretación sistemática se entiende que "lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención también se aplica a *la obligación de desarrollo progresivo de los derechos*"[145]. Con lo cual estamos de acuerdo salvo en el hecho de confundir la dimensión individual con el concepto de exigibilidad directa, y sustraer esta último de la dimensión colectiva.

De la misma manera, el juez Sierra Porto considera que las disposiciones de la Convención Americana deben interpretarse de manera conjunta con su Protocolo de San Salvador, el cual define "cuáles son los DESCA que en su

144 *Ibídem.,* p. 22.
145 *Ibídem.*

dimensión individual pueden ser justiciables de manera directa y para casos en concreto"[146], esto es los derechos sindicales y el derecho a la educación. Por lo que reiteramos nuestro rechazo a separar las dimensiones del derecho al desarrollo establecido en el artículo 26.

En lo referente a la interpretación teleológica, en el voto parcialmente disidente se rechaza la utilización tanto del objeto y fin de la Comisión, como del principio *pro persona* para arribar a una interpretación diferente a la arrojada por los anteriores métodos de interpretación, como lo es la justiciabilidad directa de los DESCA como derechos individuales a partir del artículo 26. Sobre la interpretación evolutiva, señala que los tratados son instrumentos vivos y su interpretación "tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; y sobre la interpretación con base a los trabajos preparatorios afirma que "es sesgada; ya que, solo se hizo mención a fragmentos de observaciones de cuatro Estados sobre un total de 23 Estados participantes"[147].

Por su parte, el juez Vio Grossi también presentó voto parcialmente disidente, en el que realiza su propia interpretación del artículo 26 siguiendo los métodos textual o literal, subjetivo y funcional o teleológico, llegando a las mismas conclusiones que ha mantenido a lo largo de la discusión jurisprudencial.

De una interpretación textual o literal, el togado concluye que el artículo 26 "no establece derecho humano alguno y menos aún, que puedan ser exigibles ante la Corte, sino que alude a obligaciones de hacer, no de resultado, asumidas por los Estados Partes de la Convención". Considera que, como lo indica el título de la disposición, esto es Desarrollo Progresivo, dicha obligación consiste "en perfeccionar paulatinamente los derechos a que alude, precisamente por no ser plenamente efectivos"[148].

---

146 *Ibídem.,* p. 24.

147 *Ibídem*, p. 34

148 VIO GROSSI, EDUARDO. "Voto Parcialmente Disidente". Caso Muelles Flórez vs. Perú. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrs. 31 y 32.

5.2.9. CASO ANCEJUB-SUNAT VS. PERÚ

De la misma manera, a finales del 2019, la Corte vuelve a pronunciarse sobre el contenido del artículo 26 de la CADH en el Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú, donde vuelve a condenar a este Estado por la violación al derecho a la seguridad social de manera autónoma, reiterando las consideraciones esbozadas en el Caso Muelle Flórez. Con respecto a la aplicación del artículo 26, de nuevo se presentó voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto, quien insistió en que el análisis autónomo del artículo 26 obliga a analizar el cumplimento de las obligaciones del desarrollo progresivo por parte de los Estados.

De otro lado, con esta sentencia aparece una nueva postura en el debate en la CorteIDH en torno a la justiciabilidad de los DESC. Esta nueva postura es presentada por el juez Pérez Manrique en su voto concurrente, quien señala que las dos únicas visiones del debate no son solo el análisis de las violaciones individuales a través de su relación con los derechos civiles y políticos, ni de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA a través del artículo 26, sino que presenta una tercera visión llamada "*conexidad-simultaneidad*". Señala que, de conformidad con la tesis sobre la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los DESCA, así como la posibilidad de que un mismo hecho simultáneamente signifique la violación de ambas generaciones de derechos, es posible que la Corte realice un solo pronunciamiento sobre los DESCA "a partir de la conexidad e interrelación entre uno y otros", sin necesidad de dividir el análisis en varios derechos. Por último, señala que el actual de la Corte Interamericana debe estar inspirado en los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo Sostenible.

5.2.10. CASO HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA

El segundo caso del 2019 en el que la Corte se pronunció sobre el artículo 26 de CADH fue el Caso Hernández vs. Argentina, donde analizó el derecho a la salud en conjunto con el derecho a la integridad personal. En este caso, la Corte cita lo ya señalado en Lagos del Campo, Poblete Vilches y Cuscul Pivaral sobre el contenido establecido en el artículo 26 y el derecho a la salud. Contra esta sentencia se presentaron cinco votos.

Entre los votos razonados se encuentra el del juez Mac-Gregor, quien manifestó que la CorteIDH ha distinguido dos facetas de la protección de los DESCA justiciables: una perspectiva individual y una colectiva. Sobre la primera, señala que "permiten identificar si a una persona en concreto se le violaron sus derechos económicos, sociales, culturales y/o ambientales"; mientras que la segunda se refiere a los aspectos "que pudieran ser muestra de un malestar sistémico en un contexto determinado"[149], señalando así que en la sentencia se analizará el derecho a la salud solo en la perspectiva individual.

De igual manera, el juez Pérez Manrique vuelve a presentar voto concurrente frente a la decisión de la Corte. En este reproduce los argumentos de su voto anterior, señalando que la Corte debió haber analizado el caso a través de la tesis de la simultaneidad, sin haber declarado la violación autónoma del derecho a la salud, sino una calificación conjunta de los artículos 5 y 26 de la Convención, subrayando la interdependencia e indivisibilidad de ambos derechos[150].

Siguiendo la secuencia anterior, se presentan los votos parcialmente disidentes del juez Vio Grossi y el juez Sierra Porto. Vio Grossi reitera y complementa lo ya señalado en sus votos anteriores al respecto, incluyendo el ejercicio de interpretación ya mencionado, al que añade un apartado sobre la "buena fe", y reafirma la falta de competencia de la Corte para pronunciarse sobre la violación a los DESC, basándose en la separación que se hizo en la CADH de los capítulos de los derechos civiles y políticos y los DESC, así como en la redacción del artículo 26, que no establece expresamente un derecho sino un deber.

Sierra Porto por su parte reitera lo ya señalado en los votos anteriores, en torno a la duplicidad de la declaratoria de los derechos y la necesidad de separar las facetas individual y progresiva del derecho a la salud.

---

149 Vio Grossi, Eduardo. "Voto Parcialmente Disidente". Caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 31 a 34.

150 Pérez Manrique, Ricardo. "Voto Concurrente". Caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

De igual manera, comienza a abrir el debate sobre el análisis de lo específico de los dispuesto en el artículo 26, al señalar:

> Desde esta perspectiva, me parece útil el análisis del artículo 26 en la medida en que permite ampliar el alcance de los propios derechos consagrados expresamente en la Convención y, en tal sentido, me resulta razonable la fórmula utilizada por los puntos resolutivos de dichos casos para declarar la violación de la integridad personal y la vida en conexidad con el deber de progresividad. Finalmente, dicho enfoque permitiría también que la Corte evalúe directamente cuándo la política pública en materia de DESCA en el Estado es, per se, violatoria de las obligaciones de progresividad establecidas en el artículo 26 de la Convención[151].

Por su parte, el juez Pazmino Freire presentó voto parcialmente disidente en el que, si bien reafirmó su postura a favor de la justiciabilidad de los DESCA a través del artículo 26 de la CADH, manifestó su descontento con el hecho de que la Corte haya relacionado el derecho autónomo a la salud con la integridad personal, pues considera que esta situación puede "sugerir un retorno a la tesis de la conexidad, como si la vulneración del derecho a la salud no pudiera declararse con independencia de la violación al derecho a la integridad personal"[152].

5.2.11. CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA

Por último, la más reciente sentencia donde la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el artículo 26 de la Convención Americana corresponde al Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, donde regresa a la corriente de los DESC como derechos autónomos sin relación con ningún otro, y declara por primera vez la violación a los derechos al medioambiente sano, la alimentación

---

151 Sierra Porto, Humberto. "Voto Parcialmente Disidente". Caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), p. 14.

152 Pazmino Freire, Patricio. "Voto Parcialmente Disidente". Caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 10.

adecuada, al agua y a la vida cultural a partir del artículo 26, de acuerdo con obligaciones de inmediata exigibilidad al no haber impedido la instalación de alambrados por particulares en el territorio de la comunidad.

No obstante, la importancia de esta sentencia no estriba solo en la declaración de estos derechos, sino que, al declarar la competencia sobre derechos que no están expresamente establecidos en la Carta de la OEA, como es el derecho al agua, la Corte también entró a hablar por primera vez del alcance del "desarrollo integral" establecido en los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Con respecto al derecho al medioambiente sano, el Tribunal reiteró lo señalado en la Opinión Consultiva OC-23 en el sentido de que del artículo 26 se desprende de "la obligación [de] los Estados para alcanzar 'el desarrollo integral' de sus pueblos" [153].

Con esta sentencia, se continuó el debate dentro de la CorteIDH, donde se presentaron de nuevo cinco votos individuales frente a la misma. El juez Pazmiño Freire presentó voto concurrente donde apoyó la consideración de los DESCA como derechos autónomos y no subordinados a una afectación previa de un derecho civil o político, de acuerdo al principio pro persona establecido en el artículo 29 de la CADH. Pérez Manrique, por su parte, en voto parcialmente disidente, vuelve a proponer una tercera visión sobre el artículo 26, renombrándola "interdependencia-simultaneidad", señalando que la violación de los derechos al medioambiente, la vida cultural y el agua debió hacerse en relación con el derecho a la propiedad comunal en términos del artículo 21, y que por tanto es innecesario reconocer los DESCA como derechos autónomos.

Además de estas posturas y del gran debate, es importante referirnos a las preocupaciones esbozadas por los jueces Sierra Porto y Vio Grossi, ambos justificados en la manera en la que se está abordando el artículo 26 y el concepto de Desarrollo Integral. Así, Sierra Porto considera concretado el riesgo que advirtió desde Lagos del Campo vs. Perú, al haberse declarado la violación al derecho al agua, siendo este es un derecho que no está siquiera mencionado en la Carta de la OEA. En este sentido, expresa: "Con esta interpretación se podría afirmar que, el artículo 26 de la CADH contiene todos los derechos que se quieran hacer justiciables en un caso concreto, y no es

153 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 202.

necesario que hayan sido alegados por las partes o que aparezcan, aunque sea someramente, estén mencionados en la Carta de la OEA"[154].

Vio Grossi, por su parte, también reafirmó su tesis inicial, al considerar que si bien los derechos al medioambiente sano, al agua, a la alimentación adecuada y la identidad cultural existen, la Corte no tiene competencia para conocer la violación de aquellos al amparo de lo previsto en el artículo 26 de la CADH, y que esta no puede ser dada ni por los instrumentos internacionales ni por la legislación interna que cita la Corte como criterios auxiliares de interpretación.

Ahora bien, aunque en general no concordamos con las tesis del juez Vio Grossi al tener una postura bastante conservadora en cuanto a la interpretación del artículo 26, para nuestro trabajo es altamente importante subrayar la conclusión a la que llegó cuando analizó el tratamiento que la CorteIDH da a las normas de la Carta de la OEA. El juez de la Corte Interamericana señaló que las normas a las que remite el artículo 26 de la CADH son obligaciones de hacer, "consistentes en cooperar y adoptar políticas públicas con la finalidad de que se alcance el desarrollo de los pueblos de América"[155], y que de derivarse de ellas la existencia de derechos surgiría un abanico de posibilidades de derechos sin límites, pudiendo incluso llevarse a los Estados ante la jurisdicción "por ser subdesarrollados o en vías de desarrollo, es decir, por no alcanzar plenamente el desarrollo integral o algunas de sus facetas"[156].

Así, el togado expresa su gran preocupación por el reconocimiento que la sentencia hace de la "obligación de los Estados de alcanzar el 'desarrollo integral' de sus pueblos", señalando que esto implicaría el reconocimiento de la existencia del derecho al desarrollo y su correspondiente justiciabilidad:

> En este orden de ideas, procede subrayar que la Sentencia ha avanzado en tal dirección. Efectivamente, afirma que existe "la obligación de los Estados de alcanzar el "desarrollo integral" de sus pueblos", la que "surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta"[157], por lo que lógicamente se podría suponer, por una parte, que,

---

154 Sierra Porto, Humberto. "Voto Parcialmente Disidente". Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), Párr. 10.

155 Vio Grossi, Eduardo. "Voto Parcialmente Disidente". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 64.

156 *Ibídem.,* párr. 66.

157 *Ibídem.,* párr. 202.

según la Sentencia, ante la citada obligación, *existiría el correspondiente derecho al desarrollo y que el incumplimiento de aquella, podría dar lugar a una acción ante la Corte por violación del correlativo derecho humano*. Si ello efectivamente fuese así, a todas luces parecería alejado de lo que los Estados Partes deseaban al firmar la Convención o, al menos, de la lógica implícita en ella, en especial, por la forma en que está redactado el mencionado Capítulo VII.

CONCLUSIÓN

El temor que los jueces Sierra Porto y Vio Grossi han expresado desde el año 2017, subyace en la desconfianza con la que se ha mirado el tema del desarrollo integral durante los cincuenta años de la vigencia del Sistema Interamericano. Una prueba de ello es que a pesar de que el artículo 26 de la CADH comenzó a ser analizado desde 2009, solo hasta ahora se comienza a discutir su contenido, aun siendo este el eje fundamental sobre el cual gira el artículo 26 de la CADH.

El crecimiento constante de los debates en el seno de la Corte Interamericana es una prueba de que el verdadero análisis del artículo 26 no puede llevar a una conclusión distinta a la existencia de "la obligación de los Estados de alcanzar el 'desarrollo integral' de sus pueblos", la cual se encuentra regida por las disposiciones en la Carta de la OEA al respecto y, como los señaló el juez Vio Grossi, determina la existencia y justiciabilidad del Derecho al Desarrollo como Derecho Humano.

En caso de que en realidad esta no haya sido la voluntad de los Estados de las Américas, será entonces necesario someter ante la Asamblea General de los Estados Americanos un proyecto de enmienda que cambie la redacción de esta norma, y elimine la posibilidad de considerar el proceso de desarrollo como una obligación para los Estados, pero de hacerlo los Estados de las Américas estarían dando gran retroceso alejándose del rumbo que están llevando los demás sistemas de protección y promoción de Derechos Humanos, que no solo han reconocido el derecho al desarrollo en sus diferentes instrumentos, sino que en el caso del Sistema Africano ya lo han aplicado a casos específicos, y en el caso del Sistema Universal aprobó los ambiciosos Objetivos de Desarrollo Sostenible de Agenda 2030, encontrándose en proceso la aprobación de un proyecto de convención sobre el Derecho al Desarrollo.

El temor al que se refieren los honorables jueces Vio Grossi y Sierra Porto se enfrentará cuando todo el sistema reconozca que incluso a pesar de haber sido redactada antes del reconocimiento formal del derecho al desarrollo

en la DDD, la CADH ya establecía su contenido obligacional, y sea que este se denomine *Derecho al Desarrollo progresivo*, *Derecho al Desarrollo integral*, *Derecho al Desarrollo* o *Derecho al Desarrollo sostenible*, fue la Convención Americana la primera norma internacional en consagrar esta obligación.

Reiterando lo expresado en la introducción de este trabajo, el continente americano no es igual al europeo. La respuesta a nuestros problemas debe ser realista frente a la situación de pobreza y pobreza extrema en la que vive gran parte de nuestros habitantes. Un sistema que pretenda poner como límite de la garantía a los derechos su pertenencia a los derechos civiles y políticos, seguirá condenando a nuestros pueblos a vivir en la insatisfacción constante y permanente de sus necesidades básicas, donde el alcance de los derechos es solo una ilusión.

Así, nos permitiremos hacer un llamado a los actores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No podemos hacerles frente a los cambios que están ocurriendo en el mundo, a la Agenda 2030, a la reducción de la pobreza, al desarrollo y progreso de nuestros pueblos, si no nos enfrentamos a los temores que nos han alejado de ellos, y más frente a la globalización de los problemas, evidenciada con la pandemia que enfrentamos. En este sentido, cerraremos este capítulo citando el último párrafo del voto razonado del juez Mac-Gregor en el caso Hernández vs. Argentina:

> A 50 años de haberse adoptado la Convención Americana, no podemos ignorar que nuestra región vive un grave problema de pobreza, desigualdad, inequidad y exclusión social, en el que no "solamente diversos avances en materia social se han desacelerado o estancado en un contexto económico poco dinámico, sino que también se vislumbran importantes señales de retroceso". Los Estados deben intervenir y hacer todo aquello que esté a su alcance para lograr la efectividad plena y el goce de todos los derechos, incluyendo los *derechos sociales* de las personas, fortaleciendo de esta manera sus democracias constitucionales. La *justicia social* constituye una demanda ciudadana actual e inaplazable en nuestra región. *Se trata de uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo y al que el Sistema Interamericano no puede ser ajeno*[158].

158 Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. "Voto razonado". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 64.

REFERENCIAS

Asociación de Naciones de Sudeste de Asia. *Declaración sobre Derechos Humanos*, 2002.

Björn, Arp. "La nueva comisión intergubernamental de Derechos humanos de la asean: ¿un avance Global de derechos humanos o un tigre sin Dientes?". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2010.

Caballero, Paula. *A Short History of the sdgs* [en línea].

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. *Caso Enderois v. Kenia*, ACommhpr Communication 276/2003, 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pobreza y Derechos Humanos*, oea/ser.l/v/ii.164, 7 de septiembre de 2017.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. 25 de junio de 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") *vs. Perú*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 1 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González Lluy vs. Ecuador. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Flórez vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2019

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de agosto de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de febrero de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. Perú, Sentencia de 6 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hernández vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de noviembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de noviembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva oc-23/17. Medio ambiente y derechos humanos, 15 de noviembre de 2017.

Djoyou Kamga, Serges Alain. *The right to development in the African human rights system: The Endorois case,* De Jure (Pretoria) vol. 44 n.° 2, Pretoria, 2011.

García Matamoros, Laura Victoria. "El derecho del desarrollo como base para la construcción del desarrollo al derecho". En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.° 9, p. 6, mayo de 2007.

González Monguí, Pablo Elías. *Derechos económicos, sociales y culturale*s. Cátedra Gerardo Molina, Bogotá, 2009.

Gros Espiell, Hector. "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana" [en línea]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*

International Justice Resource Center. *Middle Est and North Affrica*. Disponible en: https://ijrcenter.org/regional/middle-east-and-north-africa/

Liga de Estados Árabes, Arab Carta Árabe de Derechos Humanos, 15 September 1994. Disponible en: https://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html [accessed 14 July 2020]

Magliveras, Konstantinos & Naldi, Gino. *The Arab Court of Human Rights: A Study in Impotence, Revue Quebecoise de Droit International* 29, n.° 2, 2016.

Marks, Stephen & Malhotra, Rajeev. "*The future of the right to development*" [en línea]. Harvard T.H. Chan. School of Public Health.

Marks, Stephen, "The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality", *Harvard Human Rights Journal* 17, 2004.

Organización de la Unidad Africana. *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Banjul, cab/leg/67/3. 27 de junio de 1981.

Organización de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. *El Futuro que queremos*. a/conf.216/L.1, 19 de junio de 2012.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. *The right to Development*. 39° Sesión. Resolución 39.9. 27 de septiembre de 2018.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Resolución 1710 A (xvi), 19 de diciembre de 1961.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración del Milenio*. Resolución /55/2. 13 de septiembre de 2000.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Resolución 41/128 A, 4 de diciembre de 1986.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Resolución 34/46, 23 de noviembre de 1979.

Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. *El derecho al desarrollo*. Resolución 2003/83. 25 de abril de 2003.

Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Documento de exposición de conceptos sobre el derecho al desarrollo*. 57° periodo de sesiones. e/cn.4/Sub.2/2005/23. 24 de junio de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Secretario General. *Las dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano en relación con otros derechos humanos basados en la cooperación internacional, incluido el derecho a la paz, teniendo*

en cuenta las exigencias del nuevo orden económico internacional y las necesidades humanas fundamentales. E_CN.4_1334-ES. 11 de diciembre de 1979.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos.* A/RES/48/141. 7 de enero de 1994.

Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. *Study on the current state of progress in the implementation of the right to development submitted by Mr. Arjun K. Sengupta, independent expert, pursuant to Commission resolution 1998/72 and General Assembly resolution 53/155*. E/CN.4/1999/WG.18/2, 27 July 1999.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Compilation of the conclusions and recommendations of the Open-ended Working Group on the Right to Development (1998 – 2012)*. A/HRC/WG.2/14/CRP.1. 6 December 2012.

PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1990.

Revista Dinero. "*Objetivos del Milenio: ¿qué se logró y qué hace falta?"* [en línea]. Dinero. 7 de julio de 2015.

Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad.* Ed. Planeta, 1999.

Sengupta, Arjun. "On the Theory and Practice of the Right to Development". *Human Rights Quarterly* 24, n.º 4, 2002.

Van Der Have, Nienke. "The Right to Development and State Responsability. Can States be held to Account". *Shares Research Paper* 23, 2013.

Villaroman, Noel G. "The Right to Development: Exploring the Legal Basis of a Supernorm". *Florida Journal of International Law* 22, 2010.

CAPÍTULO XIV

Deporte para el desarrollo y la paz

Sport for Development and Peace

FÉLIX BURGOS MÉNDEZ*

"El deporte tiene el poder de transformar el mundo. Tiene el poder de inspirar y de unir a la gente. El deporte puede crear esperanza donde alguna vez hubo solo desesperanza".
Nelson Mandela

A mi Abuela y mi tío Ricardo, por siempre en mi corazón.

RESUMEN

Esta investigación explora y analiza el concepto del deporte para el desarrollo y la paz, sus características y cuestionamientos, como medio de la prospectiva de la Agenda 2030 de la ONU (en el ámbito de desigualdad y pobreza extremas), así como su desarrollo, implementación e impacto en Latinoamérica, particularmente Colombia, tomando como ejemplos reales los de la Fundación Real Madrid y la Fundación Tiempo de Juego en el país.

PALABRAS CLAVE

Deporte para el desarrollo y la paz; Agenda 2030; ONU; Latinoamérica; Colombia; Fundación Real Madrid; Fundación Tiempo de Juego.

ABSTRACT

This research explores and analyzes the concept of sport for development and peace, its characteristics, and questions, as a means of prospecting for the UN 2030 Agenda (in the field of extreme inequality and poverty), as well as its development, implementation and impact in Latin America, particularly Colombia, taking as real examples those of the Real Madrid Foundation and the Time of Judge Foundation in the country.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador en Derecho Deportivo, Docente y Coordinador Académico de la Especialización de Derecho Deportivo de la misma casa de estudios. Coordinador de los acuerdos de cooperación entre la Universidad y La Liga y el Comité Olímpico Colombiano. Máster en Derecho Deportivo, Escuela Universitaria Real Madrid – UE. Tesorero de la Federación Colombiana de Canotaje. Correo-e: felix.burgos@uexternado.edu.co

KEYWORDS

Sport for Development and Peace; 2030 Agenda; UN; Latin America; Colombia; Foundation Real Madrid; Foundation Time of Judge.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente texto pretende determinar ¿en qué consiste el *deporte para el desarrollo y la paz* como fórmula independiente al deber estatal de garantizar el derecho al deporte, la recreación, la actividad física y el aprovechamiento del tiempo libre. Esto en el caso colombiano, de conformidad con el artículo 52 de la Constitución Nacional, y en otras latitudes, las experiencias derivadas de los proyectos internacionales. Si bien es un derecho de tipo prestacional para el Estado, al menos para los Estados constitucionales contemporáneos –independientemente del modelo de estructura y regulación deportiva al que correspondan, que en Colombia es altamente intervencionista[1]–, no es menos cierto que el deporte como mecanismo de socialización (por los valores educativos connaturales al mismo), ha encontrado la intervención y el trabajo de actores y agentes de apoyo, distintos a los gubernamentales u oficiales, es decir, que también es una herramienta utilizada por entidades privadas (fundaciones, asociaciones, ONG, agencias de cooperación, instituciones académicas y similares), que en el marco de la responsabilidad social o colaboración benéfica han contribuido a reducir la brecha de desigualdad y pobreza extremas, de diversa focalización social, sobre todo, porque estas dificultades son aún más agudas en la región latinoamericana, de lo cual Colombia no es una excepción.

Lo anterior también constituye una manera de construir país, independientemente de cuál sea, y en esa línea, se adhiere a una de las prospectivas de la Agenda 2030 de la ONU, como lo es un problema actual (desigualdad y pobreza) y una posible solución futura (no única, pero sí importante): el deporte como motor de desarrollo social y económico.

El presente trabajo se estructura en tres partes: primero, se delimita el concepto de "deporte para el desarrollo" (origen, significado y expresiones); segundo, se acomete el estudio, basado en el último informe del Banco

1 GAMERO CASADO, EDUARDO. *Fundamentos del derecho deportivo*. Madrid, Tecnos, 2012, p. 70.

Interamericano de Desarrollo sobre la materia, los proyectos y ejemplos reales, primero en Latinoamérica y posteriormente aterrizados a la realidad colombiana, como vía paralela y/o mancomunada de la concreción de la política pública deportiva, y tercero, se formulan las conclusiones, en una perspectiva de aporte constructivo.

1. EL DEPORTE PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ

En esta primera parte, como ya se ha esbozado, se busca determinar el tipo de deporte frente al cual nos encontramos en esta investigación, ilustrar los alcances y entornos en los que este se desenvuelve, las características y diferenciadores sobre las cuales se construye, pero al tiempo, también señalar sus inconsistencias y/o debilidades (como solución ideal a todas las problemáticas que emanan de la distribución inequitativa de la riqueza, a la carencia de equipamiento social, y los deberes del Estado interventor moderno para solventarlas), y con ello plantearlo desde el interés que subyace para el mismo, su fomento y/o reconocimiento (no aislada sino transnacionalmente). Esto permitirá comprender el concepto de Deporte para el Desarrollo y la Paz (en adelante DDP), su razón de ser, y la delimitación del campo en el que se expresa comúnmente.

Antes de abordar propiamente la definición conceptual del DDP, es de añadir que el mismo ha adquirido relevancia en el contexto del Derecho internacional, puntualmente, en la producción normativa que emana de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) hasta ser incluido en la prospectiva de su Agenda 2030. Así las cosas, hace parte de ese cúmulo de lineamientos trazados de, por y para los Estados miembros en dirección a alcanzar los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (17 objetivos y 169 metas conexas universales), reconociendo su importancia como factor y/o medio de desarrollo integral para toda la humanidad[2].

---

2 Tal es el valor reconocido al deporte, a su contribución "invaluable" a la paz, que la Asamblea General de la ONU en noviembre de 2018, insta, por medio de la Resolución A/73/L.36, a sus miembros para promoverlo a través de políticas coherentes que sirvan para el avance del desarrollo económico y social. Disponible en https://news.un.org/es/story/2018/12/1446971, [recuperado el 16 de junio de 2020]. La resolución completa disponible en https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/2018/12/Sport-as-an-enabler-of-sustainable-development-EN.pdf#_ga=2.46526759.1812508867.1543873170-1794227206.1543873170, [recuperado el 16 de junio de 2020].

Aún más, relativamente reciente, al proclamar el 6 de abril como el Día Internacional del DDP[3].

En el numeral 37 de la nueva Agenda 2030 se consagra específicamente el reconocimiento que se le otorga al DDP: "El deporte es otro importante facilitador del desarrollo sostenible. Reconocemos que el deporte contribuye cada vez más a hacer realidad el desarrollo y la paz promoviendo la tolerancia y el respeto, y que respalda también el empoderamiento de las mujeres y los jóvenes, las personas y las comunidades, así como los objetivos en materia de salud, educación e inclusión social"[4]. Con esto se busca, con la aquiescencia de los gobiernos y Estados, obtener resultados positivos de los participantes (los grupos, colectivos y comunidades respectivas) en las distintas intervenciones que sobre los mismos hacen parte, también, los programas y proyectos DDP, y continuar promoviéndolo como una oportunidad de mejorar la calidad de vida de las poblaciones más marginadas del mundo (con énfasis en las más jóvenes).

Celebramos que esto, al menos en el papel, que se dimensione de tal manera que el deporte y la actividad física sean considerados factor de cambio y desarrollo económico y social. Esto no tiene dudas, es completamente plausible que se institucionalice de esa forma. Sin embargo, se debe reconocer que, al mismo tiempo, el DDP enfrenta algunas limitaciones y dificultades para desarrollarse. A continuación, lo detallaremos.

PROMOCIÓN DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Veamos con algunos ejemplos que el DDP puede servir de dispositivo de concienciación –como gestión positiva de los conflictos sociales– que se puede aplicar en las más disímiles realidades y contextos, y con diferentes formas de expresión.

En Tanzania se reveló que los programas de educación sexual sobre VIH/SIDA, dirigidos a niños y niñas, fueron más eficaces para el comportamiento sexual y sin riesgo de transmisión entre quienes participaron de metodologías de aprendizajes por medio de entrenamientos deportivos (colectivos), que

---

3 Asamblea General de la ONU. *Resolución A/67/L.77*. Disponible en https://www.un.org/ga/search/v iew_doc.asp?symbol=A/67/L.77&Lang=S [recuperado el 16 de junio de 2020].

4 Agenda 2030 de la ONU, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2015. Disponible en https://undocs.org/es/A/ RES/70/1, [recuperado el 15 de enero de 2020].

entre quienes fueron objeto del Plan Nacional Educativo. Esto significa que el programa, basado en deporte, denotó en sí mismo un medio comunicativo más persuasivo a una población en riesgo y con carencia de asistencia sanitaria permanente en ETS (enfermedades en transmisión sexual[5]).

También se apoya la equidad de género (sobre todo en la formación de niñas y adolescentes), en la medida que la participación de la mujer en la práctica deportiva se concibe como un acto de transgresión al patriarcado, por lo que la estructura social acuñada en la India, con todas sus barreras frente al rol de la mujer, le da a esta mayor confianza y relacionamiento en materia de mayores conocimientos sobre salud reproductiva y escalamiento en la posición social[6].

En el caso de la construcción de políticas de paz en escenarios proclives a los conflictos bélicos, funciona como herramienta de convocatoria a grupos, en principio, irreconciliables. El programa Football for Peace, de la Universidad de Brighton realizado en Israel, da fe del esfuerzo real de alcanzar la convivencia pacífica y la reconciliación entre otroras "enemigos" y "bandos", por intermedio de un balón de fútbol[7].

LIMITACIONES

Muy a pesar de las bondades que pueden obtenerse del DDP, también por motivos de objetividad debemos plantear las limitaciones que tiene. Y esto lo podemos saber cuestionándonos, ¿Qué pasa cuando a los destinatarios de DDP no les atrae las actividades deportivas, sino otras cosas[8]? La lúdica, y es algo para tener en cuenta, también se puede encontrar en las actividades recreativas y culturales, por lo que automáticamente el deporte, por sí solo, no será en todos los casos atractivo (se debe tener en cuenta esto y también abrir el DDP a la diversidad del baile, el teatro y la música, y similares). ¿O

---

5 ROBERTS, GLYN C.; MARO, CYPRIAN N. y SØRENSEN, MARIT. "Using sport to promote HIV/AIDS education among at-risk youths in Sub-Saharan Africa", En: SCHINKE, ROBERT J. y HANRAHAN, STEPHANIE J. (eds.) *Sport for Development, Peace and Social Justice,* Morgantown (Virginia Occidental), Fitness Information Technology, 2012, 156.

6 KAY, TESS. "Developing through sport: evidencing sport impacts on young people", *Sport in Society*, vol. 12, núm. 9, 2009, pp. 1.177-1.191.

7 SUGDEN, JOHN, "Teaching and playing sport for conflict resolution and co-existence in Israel", *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 41, núm. 2, 2006, pp. 221-240.

8 MWAANGA, OSCAR. "Sport for addressing Hiv/Aids: explaining our convictions", *Lsa Newsletter*, núm. 85, marzo de 2010, pp. 61-67.

qué pasa cuando la celebración de un evento o competición deportiva, por el contrario, sirve de espacio para la consumación de hechos violentos[9]?

En contra también, y como afirmación empírica, aunque no demostrada en su totalidad, a través del DDP se contribuye al mejoramiento de las relaciones sociales, pero no se puede medir o abarcar como resultado positivo exclusivo para toda la complejidad, y los factores influyen en las vidas de las comunidades menos favorecidas, ya que también cuentan otras variables institucionales, como el tipo de Estado, la economía, la familia, la cultura, la religión, el nivel de ingreso per cápita, etc. Es decir, el deporte hace parte de un todo de esta serie de condicionamientos socioeconómicos[10].

Otra limitación que se encuentra, y que es determinante según del país que se trate, es que si bien el DDP se orienta a situaciones adversas, marcadas por la pobreza y desigualdad extremas (todas las condiciones marginales en las que sobreviven sus participantes), no termina siendo suficiente (es imposible), como para modificar y/o reformar las causas estructurales de las mismas, lo cual le obedece principalmente al accionar constitucional – legal de cada Estado, pues son las políticas sociales, económicas y fiscales (la puesta en marcha de las instituciones políticas estatales), en mayor medida, las que pueden atender con mayor legitimidad y poder real, su cuestionamiento y ulterior modificación[11].

---

9 En Colombia son hechos notorios los desmanes que se presentan entre las denominadas barras bravas del fútbol. Disponible en https://www.elespectador.com/deportes/futbol-colombiano/la-violencia-en-las-barras-bra vas-es-un-tema-aislado-del-futbol-articulo-903896/, [recuperado el 15 de junio de 2020]. Pero también, es un asunto que trasciende a los conflictos de nacionalidad e historia política; por ejemplo, los hechos acaecidos por motivo del partido clasificatorio a la Eurocopa 2016 entre las selecciones de Serbia y Albania (cuyos países participaron en la llamada segunda Guerra de los Balcanes y el conflicto de Kosovo), el que tuvo que ser interrumpido por el lanzamiento de bengalas, insultos, invasión al campo y golpizas, incluso, sobre los jugadores visitantes, lo cual se tradujo en el recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte (Tad), el cual confirmó completamente mediante laudo Cas 2015/A/3875, las sanciones disciplinarias decretadas por la *Union of European Football Associations en contra de ambas selecciones nacionales.* Disponible en https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3875.pdf , [recuperado el 1 de diciembre de 2020].

10 Coalter, Fred. *Sport for Development: What Game Are We Playing?* Nueva York, Routledge, 2013.

11 Hartmann, Douglas & Kwauk, Christina. "Sport and development: an overview, critique, and reconstruction", *Journal of Sport and Social Issues*, vol. 35, núm. 3, 2011, pp. 284-305.

DIFICULTADES

Fruto de las posibilidades y limitaciones expuestas, que convergen en el desarrollo y aplicación del DDP, se configuran al mismo tiempo ciertas dificultades ante la inobservancia, en la mayoría de los casos, de adecuar los proyectos de DDP a, cada vez más, la Agenda 2030. Esto quiere decir que, si la sostenibilidad de los seres humanos y el planeta es un propósito común, el deporte tiene que enfocarse también en la sostenibilidad ambiental y la lucha contra el cambio climático. Ambos tópicos deben abordarse y tenerse mucho más en cuenta para que, por medio del DDP, también se sensibilice y eduque para no contaminar, emitir residuos, recoger basuras y reciclar. Es un llamado a alinearse con las problemáticas actuales globales, sin menospreciar los otros ámbitos en los que ya se interviene[12].

El poder del deporte, el poder que se le ha otorgado con frecuencia, empezando por el de élite, también tiene que lavar su imagen, y hacerlo para obtener mayor legitimidad, pero aún más, credibilidad. No es un secreto que los escándalos de corrupción y demás lacras que afectan la actividad deportiva organizada (desvíos financieros, ocultamiento de casos dopantes, sobornos, conflictos de intereses, eventos deportivos contaminantes)[13] causan malestar en los Estados contemporáneos y los grupos de interés del sector deportivo (la sociedad civil, instituciones académicas, patrocinadores, marcas, empresas, ONG, etc.), por lo que se debe trabajar con mayor esfuerzo para eliminar dichas prácticas[14].

---

12 La pandemia actual del Covid-19, dolorosa y llena de incertidumbre, apenas es un pequeño ejemplo de cuán frágiles somos como humanidad. Por lo que continuar con la mentalidad que nos expone cada vez más al consumo total de los recursos no renovables (más la contaminación, más el deterioro de la naturaleza y el medioambiente), nos puede poner en una situación muchísimo peor (hambrunas, migraciones, escases de recursos vitales, e inevitablemente, guerras).

13 Bastar con enunciar algunos casos recientes, y de conocimiento público, como el denominado "Fifa Gate" (2015), el "Dopaje de Estado" ruso (2016) y el informe "McLaren" sobre la Federación Internacional de Halterofilia (2020), para redimensionar, con todo rigor, el desenvolvimiento del deporte mundial como sinónimo de ejemplo para la educación y formación de la juventud.

14 En ese sentido se encuentra la Agenda 2020 del Comité Olímpico Internacional, que, a través de sus 40 propuestas y recomendaciones, pretende que el movimiento olímpico sea más comprometido con la sociedad y el medioambiente, por ejemplo, con legados importantes (ciudades, regiones y países) tras la celebración de los Juegs Olímpicos – JJOO, respetar la diversidad social y cultural (equidad de género y no discriminación), ser más transparentes con los manejos financieros y conscientes de la preservación del medioambiente. Para profundizar y comprender con mayor detenimiento la Agenda 2020. VILLEGAS, CARLOS. *La Agenda Olímpica 2020: desafíos*

1.1 CONCEPTO DEL DEPORTE PARA EL DESARROLLO Y LA PAZ

Para conocer, históricamente, la importancia del deporte como catalizador de las relaciones sociales y humanas, nos debemos remontar al origen de los denominados Juegos Olímpicos (JJOO) de la antigua Grecia, pues estos surgen como un mecanismo de pacificación. Fue un instrumento que con el tiempo se convirtió en tradición: la *Ekecheiria* (por su origen griego). Data del siglo IX a.C, y cada vez que se aproximaban las olimpiadas, se realizaba la proclamación de la tregua sagrada (la tregua olímpica) por medio de la comunicación que hacían los *spondophoroi* (los emisarios de la noticia) a toda la población griega para que supieran que durante la misma podían, los atletas y espectadores, viajar a Olimpia con toda libertad y seguridad. Con ello, se eliminaba de tajo cualquier acto hostil, incluso, el porte de armas (era un alto al fuego), y su desconocimiento constituía una afrenta al mismo Zeus, a quien se consagraban las justas deportivas[15].

Con ello, tenemos el primer antecedente documentado de DDP en la historia, y que fue trasladado a la era moderna por la ONU, a través de la resolución A/RES/48/11 de 1993[16], por motivo del llamado, encarecido, a todas las naciones del mundo que en 1992[17] (con ocasión de las olimpiadas de Barcelona) había realizado el Comité Olímpico Internacional, como forma de volver a rescatar el espíritu de la tregua olímpica, al menos, en el cese de las hostilidades durante y después de la celebración de los JJOO (y en dicho

---

y oportunidades de las 40 recomendaciones para la sostenibilidad y credibilidad del movimiento olímpico / The Olympic Agenda 2020: Challenges and Opportunities of the 40 Recommendations for the Sustainability and Credibility of the Olympic Movement. Citius, Altius, Fortius. 9.2. 10.15366/citius2016.9.2.001. 2016. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/312236901_La_Agenda_Olimpica_2020_desafios_y_oportunidades_de_las_40_recomendaciones_para_la_sostenibilidad_y_credibilidad_del_movimiento_olimpico_The_Olympic_Agenda_2020_Challenges_and_Opportunities_of_the_40_, [recuperado el 16 de junio de 2020].

15 Así consta en el contenido explicativo formulado por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO, para justificar la aplicación y el respeto de la tregua olímpica cada olimpiada (de verano e invierno). Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133907_spa, [recuperado el 17 de junio de 2020].

16 Para consultar con mayor profundidad en https://www.un.org/es/events/olympictruce/, [recuperado el 17 de junio de 2020].

17 Consultado en https://tokyo2020.org/es/games/olympictruce/, [recuperado el 17 de junio de 2020].

lapso entablar diálogos y posibles soluciones), en la medida que el deporte simboliza la cultura de la paz[18].

Ahora bien, es menester precisar la definición conceptual de DDP. Este supone otra esfera en la que puede repercutir la práctica deportiva en la sociedad. Es un concepto que se define desde el punto de vista del desarrollo integral del ser humano, es decir, catalizador social (transformador moderado), desde esta perspectiva, en abierto contraste con el *deporte de rendimiento* (y/o *profesional*), y aún más, con el denominado *deporte para todos*[19] (aunque a todas las expresiones les sea común la transmisión de valores como el trabajo en equipo, el respeto y el liderazgo, no son sinónimos[20]). Siguiendo al profesor Alexander Cárdenas[21], el DDP no es más que una estrategia de intervención social que se apropia de la práctica deportiva, el juego y la actividad física (como medios), con el fin y la intención de alcanzar metas de desarrollo sostenible (educación, salud y bienestar, construcción de paz y diálogo, protección del medioambiente, reducción de la pobreza y la desigualdad, no discriminación). También como un movimiento de la sociedad civil organizada (proyectos, fundamentalmente de naturaleza privada, orientados a ese fin e intención), incluso, un campo académico interdisciplinario en expansión (todavía en construcción para abordar las distintas ciencias sociales aplicadas al DDP).

Es en este escenario el que nos ofrece el objeto de estudio de esta investigación; por ello, teniendo claro lo que se entiende por DDP[22], se realizará, con el propósito de describir su impacto tangible, un bosquejo de la aplicación y desarrollo que ha tenido en Latinoamérica.

---

18 La primera tregua olímpica moderna que se implementó, aunque fuese teórica, fue en los Juegos de Invierno de Lillehammer, de 1994.

19 Esta concepción del deporte pretende democratizar la práctica deportiva y la actividad física sin ningún tipo de barrera o discriminación. Para profundizar en este tópico, ver el trabajo realizado por dicha entidad y publicado por la Direçâo Geral dos Desportos de Portugal. Le Conseil de l'Europe et le sport pour tous, Lisboa, 1989.

20 Lo que ocurre es que se pueden mezclar pero no son lo mismo, ya que tienen un enfoque distinto que los diferencia: máxima exigencia a nivel federado (rendimiento/profesional), política pública del derecho al deporte (para todos), herramienta de cambio (DDP).

21 CÁRDENAS, ALEXANDER. "Peace Building Through Sport? An Introduction to Sport for Development and Peace". *Journal of Conflictology*, 4(1), 2013, pp. 24-33.

22 Se recomienda para los interesados en obtener mayores pormenores de DDP en Iberoamérica, la plataforma https://deportedesarrolloypaz.org/, [recuperada el 19 de junio de 2020].

2. INFORME DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

En el año 2018, el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) publicó un informe[23] con el propósito de recabar datos ciertos sobre el desarrollo de la actividad física, impacto y mitigación del sedentarismo, y DDP en Latinoamérica y el Caribe. Concibe esta expresión del deporte como una vía complementaria al desarrollo de los Estados de esta región (económico, en salud e integración) que implican en sí mismos, unos focos evidentes de pobreza y desigualdad manifiestas.

Se encuentra organizado en tres partes: 1. Actividad física[24] –necesidad de mayor promoción para la mejora en los hábitos y estilos de vida saludables de la población, sobre todo en la adulta–. 2. Proyectos DDP –iniciativas y cobertura en la región, como los objetivos perseguidos–. 3. Evaluación y resultados.

Por esto, resaltaremos los aspectos más importantes de la segunda y tercera parte, como quiera que se hace preciso señalar que el BID desde el año 2004 ha venido construyendo el DDP en 18 países latinoamericanos (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay), en un sector poblacional determinado (mayoritariamente jóvenes), siendo así, un modelo referente para la región, lo cual se abordará en lo pertinente al objeto de esta investigación. Veámoslo a continuación.

---

23 Se puede consultar en https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deporte-para-el-desarrollo.pdf, [recuperado el 8 de junio de 2020].

24 El BID quiso poner de presente, dada la dificultad en la obtención de datos, que muchos países de Latinoamérica en particular y del mundo en general, están ignorando la importancia de mantener mejores niveles de salubridad cuando se descuida el fenómeno del sedentarismo. Por ello, a través de los aplicativos descargables en Smartphones, se obtuvieron resultados para respaldar esta afirmación (conteos de pasos y actividad), y que sirvió para medir los hábitos de 717.000 personas en 111 países, que en el caso de los 26 países del BID (mayoritariamente los del Caribe), nuestra región resulta ser la segunda más inactiva del mundo, además de que, en esto, también, afecta el nivel de ingresos. Es decir, la capacidad económica de la persona, su nivel de pobreza y educación, la arriesga más o menos, a presentar problemas de salud cuando, realiza o no, alguna práctica deportiva. Se puede consultar en CASE, MEREDITH; BURWICK, HOLLAND; VOLPP, KEVIN & PATEL, MITESH (2015): *"Accuracy of smartphone applications and wearable devices for tracking physical activity data*". J. Am. Med. Assoc. 313, 2015, pp. 625-626.

2.1 IMPACTO EN LATINOAMÉRICA

En nuestro contexto, hay que señalar que Latinoamérica y el Caribe presentan altas tasas de deserción escolar y desempleo –la mayoría de personas en edades entre los 13 y 24 años[25]–, por lo que el DDP puede servir de medio de contribución a la formación cívica de estos colectivos (tanto de participantes como de sus comunidades), en la medida que se puede utilizar, como efectivamente sucede, en un espacio de transformación social –transmisión de habilidades para su productividad y empleabilidad, reducción de la violencia, integración, equidad de género, resolución de conflictos y salud– frente a las barreras sociales, económicas, culturales y políticas que juegan en su contra, en una región del mundo tan inequitativa.

El BID aporta concretamente en distintos programas sobre DDP, y para ello se ha aliado con diversas entidades, cuya naturaleza, principalmente, es de carácter privado (algunas deportivas) y llevan a cabo actividades de responsabilidad social y/o benéficas, tales como: AVSI Fundation, BAISA, Betim Government, Brightstar Corp., Fundación Carlos Slim, Clinton Foundation, Colgate, Ernst and Young, FIAT, Fundación FC Barcelona, Fundación Celeste, Fundación Atlético de Madrid, Fundación Colombianitos, Fundación Leo Messi, Fundación Mundo Sano, Fundación Real Madrid, Gates Foundation, Fútbol con Corazón, Fundación Tras la Perla de la América, Fundación Estás Vivo, Comité Olímpico de Haití, Comité Olímpico Internacional (IOC), Gillette, Gobierno de Japón, Gobierno de Corea del Sur, Microsoft, MTV, NBA, Nike, Nike Foundation, Comité Organizador de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de Rio 2016, Partners of the Americas, PepsiCo, Philips, Save the Children, Secretaria Municipal de Esporte e Lazer do Rio de Janeiro (SMEL), SIDOC, Coca-Cola, Trilogy International, Universidad de Michigan (Ross School of Business), UNESCO, USAID, VISA y WPP.

De acuerdo con el propósito que se tiene con cada proyecto, en el que convergen estos actores, cada uno obedece a los siguientes ámbitos, con los

---

25 Los denominados "Ninis", porque ni trabajan ni estudian, y lo más alarmante, se estima (desde 2016) que son más de 20 millones de jóvenes en esa situación en toda la región latinoamericana (desafortunadamente en constante aumento), según lo revelado por la División Internacional de Reconstrucción y Fomento del Banco Mundial. Disponible en https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22349/K8423.pdf?sequ ence=5&isAllowed=y, [consulta efectuada el 10 de junio de 2020].

que se pretende que la práctica deportiva sea su dinamizador social. Enunciemos algunos.

A. DEPORTE, EDUCACIÓN Y LABORABILIDAD

A GANAR

Este proyecto trata de luchar contra el desempleo de cara a la capacitación laboral, en un periodo entre 7 y 9 meses. La idea es dotar a los grupos de jóvenes de herramientas laborales, tecnificarlos y que realicen prácticas o pasantías en el mercado laboral, para posteriormente ser contratados. Su metodología se equipara a la competición deportiva, se propende por graduar a los estudiantes que se valgan del respeto, la disciplina y el trabajo en equipo, como se haría un deporte colectivo, para ingresar al mercado laboral[26].

CENTRE SPORTIF DE CARREFOUR

Tiene como fundamento la práctica extracurricular de diferentes modalidades deportivas en el área de Port-au-Prince, en Haití. Particularmente, ha brindado a niños y jóvenes (entre 6 y 14 años de edad) lúdicas deportivas y de aprendizaje con el fin de mejorar su desarrollo físico, cognitivo y emocional. El centro es financiado directamente por esta empresa para que tanto las instalaciones como la alimentación estén al servicio de estos grupos, cuya cobertura aplica a residentes y matriculados en escuelas (los más vulnerables y en riesgo de desescolarización), en un radio de 1,5 kilómetros del Centre Sportif[27]. El fin es fomentar valores positivos y educar en temas de salud y medioambiente (se hace hincapié en temas como enfermedades de transmisión sexual, planificación familiar y cólera).

---

26 Realizado en países como Brasil, Ecuador, Uruguay, Argentina, Barbados, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Uruguay, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Las Granadinas, para beneficiar a 12.000 jóvenes.

27 Ha beneficiado a 14.500 niños y jóvenes.

B. DEPORTE E INCLUSIÓN SOCIAL

EN SUS MARCAS, LISTO... INCLUSIÓN

Es una iniciativa que busca reforzar el desarrollo del deporte adaptado, el llamado deporte paralímpico, es decir, procurar por el acceso al deporte a las personas discapacitadas, y con ello, incluirlas socialmente. Se encuentra en construcción, pero no por ello es menos importante, ya que su filosofía corresponde al DDP, pues su impacto se espera que sea entre poblaciones discapacitadas con alto grado de pobreza y exclusión, y elevadas tasas de violencia. Fue lanzado en 2017 y está a la espera de resultados concretos[28].

EL DEPORTE Y LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Con este se busca atar la educación al deporte, y viceversa, con el ánimo de que sea experimentado en instituciones educativas (60 escuelas), en las que se promuevan nuevos aprendizajes sobre mejores prácticas que produzcan inclusión social a través del deporte (con la ciudadanía, desde las políticas públicas y los funcionarios públicos). Los beneficiarios son niños discapacitados (entre 6 y 18 años)[29]. Se espera con esto reducir las burlas e intimidación en el entorno escolar, aumentar la práctica deportiva entre discapacitados y no discapacitados, y formar nuevos líderes (estudiantes con discapacidad intelectual).

C. DEPORTE VS. CRIMINALIDAD

LA BANDA CELESTE

Este proyecto contiene otro enfoque, pues se perfila como algo que en principio siempre se traslada a la responsabilidad estatal, como es la prevención de la violencia y la delincuencia. Con este se pretende llegar a influenciar en la toma de decisiones a jóvenes vulnerables o con antecedentes penales (entre 13 y 18 años) que no estudien o trabajen. Se llevan a cabo actividades deportivas

---

28 Proyectado para Colombia, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Perú y Brasil.

29 Es en Panamá, aplicado en 10 provincias distintas.

tres veces a la semana (90 minutos cada una), basadas en el concepto de la seguridad ciudadana[30]. Aunque no ha sido evaluado con rigurosidad, parece ser eficaz si se tiene en cuenta que similares actividades se han desarrollado en otras latitudes, y con eso se ha reducido la violencia (por ejemplo, el caso de las barras bravas en las comunas de Medellín, Colombia)[31].

D. DEPORTE E IGUALDAD DE GÉNERO

NIÑAS VIVIENDO CON ALTURA

Con este programa se procura fortalecer el involucramiento del rol de la mujer en la sociedad, e incluso, prevenir la violencia en su contra. Está enfocado en niñas, para que desde edad temprana se comprenda la importancia de la equidad de género, cuyas orientaciones y aprendizajes son impartidos por capacitadores, maestros y padres de familia[32]. No se conocen, aún, resultados detallados, pero es notorio el aumento del interés por las iniciativas y habilidades deportivas dirigidas a la educación, el compañerismo y el aprovechamiento del tiempo libre.

En cuanto al alcance y resultados de estos programas y proyectos sobre DDP, la tercera parte del informe del BID nos ilustra acerca de las precauciones que se han de tener al momento de evaluarse, y sobre todo, medir, desde su verdadero impacto real. Veamos sus apreciaciones a través de las respuestas a una serie de interrogantes que se formulan.

¿PUEDE EL DEPORTE AYUDAR A MEJORAR LA SALUD, EL BIENESTAR Y LOS RESULTADOS SOCIALES?

Hay consenso en que la práctica deportiva y la actividad física mejoran la salud en los seres humanos, aunque se requiere mayor evidencia científica. También parece tener efecto en las relaciones interpersonales, pero con matices, ya que depende de la solvencia de cada una de las estructuras que

---

30 Es llevado a cabo en Uruguay (Montevideo, Colonia, Berro), y se han beneficiado más de 600 personas a las cuales se les enseña a respetar y proteger a sus propias comunidades.

31 Para una mejor ilustración, consúltese la crónica *Más que 90 minutos,* publicada en *La pelota de trapo.*

32 Es implementado en Bolivia (El Alto), beneficiando a 600 niñas y 3.000 beneficiarios indirectos, como localidades y barrios.

desarrollen proyectos DDP, ya que según sean más o menos organizadas (personal técnico especializado, financiación, cobertura y resultados empíricos) pueden llevar a mejorar la interacción social (empatía, civismo y educación) o producir efectos adversos (menor participación y deserción). En los tópicos de alcoholismo y drogas, parece que el deporte desalienta las posibilidades de consumo de los mismos, no sin antes señalar que esto depende en buena medida del rol estatal, por lo que no son resultados idénticos para los diferentes contextos en cada país. Además, los programas DDP deben tener la mayor intensidad posible para producir los resultados esperados.

¿PUEDE EL DEPORTE AYUDAR A MEJORAR LAS HABILIDADES Y LOS RESULTADOS DEL MERCADO LABORAL?

Si bien se cierne mucho optimismo en este ámbito, y que pareciera plausible, no es automático, ni garantía de que el proceso de transformación de una persona, valiéndose de los proyectos en los que son transversales la educación por medio del deporte, se traduzca en su inmediata inserción en el mercado laboral. Esto es así por una razón muy sencilla: se carece de evidencia suficiente, amplia y sistemática de todos y cada uno de los programas DDP en la materia (es de reconocer que muchos se encuentran en proceso de desarrollo, por lo que se carece, por ahora, de resultados fiables). Esto no quiere decir que los logros académicos (de formación escolar y/o técnica) no sean efecto del beneficio que trae consigo el deporte, pero tampoco hay que ignorar que ello también depende de los profesores y padres de familia, pues se puede relativizar, interpretar o comprender como una metodología de enseñanza externa a la educación común y formal. En otras palabras, no por ello el deporte adquiere la determinación suficiente para que dichos logros sean más altos o no (también porque la predisposición y los niveles de salud son más elevados cuando de intervención del DDP se habla).

¿PUEDE EL DEPORTE AYUDAR A AUMENTAR EL CAPITAL SOCIAL, LA INCLUSIÓN Y EL DESARROLLO COMUNITARIO?

No hay duda del potencial del deporte como catalizador o herramienta de tipo social (la reunificación de la nueva Sudáfrica, por el rugby, después del

apartheid, lo demostró), con el que se puede tender puentes de comunicación y vínculos entre personas y comunidades, incluso, a llegar a generar identidad como país (el béisbol en Venezuela y República Dominicana, el fútbol en Brasil, Argentina y Uruguay, la Selección Colombia como símbolo de la colombianidad), pero que contiene al mismo tiempo el lunar de no poseer, todavía, resultados que demuestren con mayor nitidez la contribución del DDP. Esto porque no en toda organización y/o actividad deportiva prevalece el ánimo de llevarlo a cabo; algunas, expresa o tácitamente, desconocen su existencia, pero a todas sí les es común aceptar que la práctica deportiva colabora en la cultura ciudadana de una sociedad organizada (valga precisar que para esto, en Latinoamérica y el Caribe, el deporte puede verse desplazado por otras actividades, por ejemplo, las religiosas).

¿PUEDE EL DEPORTE AYUDAR A REDUCIR LOS NIVELES DE DELINCUENCIA Y AUMENTAR LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD?

Es notorio que el deporte puede llegar a contribuir en estos frentes, no sin antes volver a recalcar la transversalidad de la intervención del Estado en ambos. Como se señala al responder la primera pregunta, es necesario tomar cada programa de DDP con la precaución debida (según su estructura, mayor o menor), particularmente en este ámbito, porque los resultados esperados pueden ser adversos (más pandillas, por consiguiente, más delincuencia e inseguridad). El DDP no es más que otro eslabón de la cadena en los conflictos socioculturales, de los cuales también son necesarias las políticas públicas estatales, incluidas las asistenciales y criminales. Lo anterior no quiere decir que no sume hacia los fines del Estado Docial y Democrático de Derecho, puesto que, por el contrario, es lo que se busca visibilizar en este trabajo, con los programas ejemplo de DDP en Colombia, que abordaremos posteriormente.

3. DDP EN COLOMBIA

Con esto queremos explicar que estamos ante un escenario paralelo a la política pública del deporte, ya que, como se vio antes, el DDP se caracteriza fundamentalmente por ser iniciativas al margen, aunque no excluyentes, de la participación del Estado, en este caso, el colombiano. Antes de profundizar

y abordar los ejemplos seleccionados para esta investigación, es importante resaltar que Colombia tiene una fuerte tradición histórica del DPP (en los últimos 20 años)[33]. Es así por las mismas condiciones de nuestro país, por las que, se asegura, es uno de los países más desiguales del mundo, sobre todo en lo que atañe a la brecha amplísima entre lo rural y lo urbano[34]. Además, como es tristemente reconocido, padecer desde hace décadas situaciones de violencia, y un conflicto armado –el más antiguo en occidente–, que han dejado miles de muertos, desaparecidos, desplazados y víctimas.

En esa medida, queremos exaltar dos proyectos exitosos, de ejecución permanente, que consideramos que se destacan en el DDP colombiano[35] (a los cuales son extrapolables las precisiones, comentarios y críticas planteadas inicialmente en este trabajo). Con esto, humildemente, también se busca extender un mensaje de invitación a la academia colombiana para estimular la necesaria producción investigativa sobre DDP en nuestro país (lo más interdisciplinaria posible), pues todavía la configuración de un movimiento académico y científico sobre la materia es incipiente.

3.1 FUNDACIÓN REAL MADRID

La Fundación Real Madrid (en adelante FRM) fue creada en el año de 1997 y desde entonces ha marcado un derrotero que sobresale desde el punto de vista de la responsabilidad social corporativa entre los organismos deportivos, pues su referente en lo funcional es la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la ONU[36]. De ahí que su enfoque sea el fomento

---

33 Para obtener una visión comparada sobre DDP entre Colombia e Irlanda del Norte, desde el enfoque de la construcción de paz, a raíz de los acuerdos de paz que se han pactado en uno y otro país, resulta obligatorio consultar CÁRDENAS, ALEXANDER. "Fomentando la paz a través del fútbol y otros deportes en contextos de conflicto: el caso de Colombia e Irlanda del Norte". *Revista Temas*, 3(10), 2016, pp. 51-62.

34 Así se desprende del reciente informe publicado por RISMIP – Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural, sobre Pobreza y Desigualdad en Latinoamérica y el Caribe en el año 2019, p. 48 (véanse las gráficas 1.4 y 1.5). Disponible en: https://rimisp.org/informelatinoamericano/wp-content/uploads/2020/04/Rimisp-Informe-Latam-2019.pdf, [consulta efectuada el 10 de junio de 2020].

35 No son las únicas, pues igual mérito tienen los que desarrollan el Grupo Internacional de Desarrollo y Paz, la Fundación Colombianitos, Gestores del Deporte, Fútbol con Corazón, Spirit of Soccer, Golombiao, la Fundación Selección Colombia, la Red Fútbol y Paz, y tantas otras comprometidas por el DDP colombiano. Por motivos de espacio no podemos exhibirlas todas.

36 En Colombia, dicha Convención fue ratificada por la Ley 12 del 91; en consecuencia, integra el Bloque de Constitucionalidad (Art. 93 C.N).

y la promoción de la formación integral en niños, niñas y jóvenes entre los 6 y 17 años.

A primera vista, puede que sea supremamente llamativo que una de las entidades deportivas más importantes del mundo como el Real Madrid C.F, a través de un instrumento institucional, la FRM, lleve a cabo sus fines sociales y formativos por todo el mundo (76 países y 296 actividades), y aún más, en Colombia. Por lo tanto, las siguientes líneas ilustrarán, a modo de ejemplo, los proyectos que desarrolla la misma en nuestro país, y de esa manera visibilizar los resultados de su trabajo en algunas regiones, todo, con el impulso directo e indirecto de la práctica deportiva (fútbol y baloncesto)[37] como expresión de DDP.

Una de las formas en que se desarrolla el objeto social de la FRM es que sus actividades están dirigidas a niños y niñas en riesgo de exclusión social, para lo cual reciben acompañamiento mediante actividades que se realizan desde las Escuelas Sociodeportivas (en adelante Escuelas). Los beneficiarios provienen de sectores desfavorecidos, en cuyas realidades sociales están altamente influenciados por el consumo de alcohol y estupefacientes; en otras palabras, es una práctica regular en la que tienen cercanía a estas sustancias en su entorno diario, y ser potenciales adictos a las mismas. De igual manera, y es insoslayable en gran parte del territorio nacional, se encuentran expuestos a ser reclutados por grupos armados ilegales, por lo cual su proyecto de vida es susceptible de ser determinado por la violencia en los barrios donde habitan.

Por consiguiente, con este tipo de programas, el primero de los aspectos a resaltar es educar a estos colectivos sobre la importancia del aprovechamiento del tiempo libre, el sano crecimiento y una adecuada nutrición. ¿Cómo? A continuación, lo describiremos.

Se aplica una muy fuerte intervención educativa y social en la que, además de promover la práctica deportiva, los alumnos reciben una formación en valores como el respeto al adversario, saber ganar y perder, juego limpio, disciplina y responsabilidad. El deporte no es más que el pretexto que sirve de canal de comunicación para transmitir estos conocimientos, y que redunden

---

37 Es de precisar que bajo ningún concepto las personas objeto de estos proyectos conforman la cantera del Club, es decir, los proyectos de la FRM no tienen nada que ver con procesos de formación de potenciales talentos para el deporte de competencia sino todo lo contrario, pues se busca brindarles alternativas (por medio del deporte) para superar la vulnerabilidad de su condición.

en sus entornos sociales y sus relaciones interpersonales. Adicionalmente, se realizan talleres en formación de líderes, prevención de violencia, revisiones médicas periódicas, humanismo, alimentación saludable, incluso, atención psicosocial a las familias, y, gracias a la alianza que la FRM ha establecido con Microsoft, capacitación digital y acceso a nuevas tecnologías, por ejemplo, en el diseño de programas virtuales como "Yo Puedo Programar".

También el enfoque es diversificado en tanto las condiciones de los destinatarios sean distintas, por lo que, y teniendo en cuenta la transversalidad de las situaciones problemáticas de los beneficiarios, se plantean distintas líneas de trabajo para desarrollar actividades en la mayor medida de lo posible. Veamos.

3.1.1. HIJOS DE EXCOMBATIENTES Y DESPLAZADOS

No es un secreto que algunos barrios del sur de Bogotá han servido de asentamiento de familias de excombatientes. En esa medida, la FRM ha construido dos Escuelas que fungen de punto de encuentro para que los hijos de aquellos puedan convivir en un entorno de paz, sobre todo, para favorecer su integración social y la de sus familias, pues no es fácil cargar con el estigma de haber empuñado las armas, para, de verdad, cumplir el compromiso de reingresar a la vida civil.

Por otro lado, en la ciudad de Pasto (Nariño) se ha implementado una Escuela cuya prospectiva es diferente, ya que, en esta zona del sur del país, el contexto ilegal de este territorio funciona como corredor en la exportación de droga (que proviene del Departamento de Putumayo y sale de Tumaco por el océano Pacífico). Esta ha sido una zona en donde Grupos Armados Organizados (disidencias de las FARC, ELN, paramilitares y otros), siempre han ejercido presencia histórica. Esto ha ocasionado el desplazamiento forzado de un nutrido número de habitantes (muchos de ellos indígenas) que se ven obligados a migrar a la capital. Por esta razón, dicha Escuela atiende a los hijos de los desplazados, con el propósito de asegurar su escolarización e integración social.

3.1.2. TRABAJO INFANTIL

En el municipio de Villamaría (Caldas), la FRM estableció una estrategia de prevención del trabajo infantil de menores de edad (hijos de campesinos).

La región es cafetera y existe un riesgo alto de que los niños no ingresen a la educación primaria por estar tentados y/o condicionados a trabajar a temprana edad en la recolección de café o en fincas agrícolas. Debido a esta situación se han establecido 3 Escuelas donde se realizan talleres de concienciación a las familias sobre las desventajas que conlleva la deserción escolar[38].

3.1.3. RECLUTAMIENTO POR PARTE DE PANDILLAS

En la ciudad de Cartagena (Bolívar), la FRM realiza trabajos de prevención de violencia y reclutamiento de jóvenes por parte de pandillas en el barrio Olaya Herrera. Para esto, ha formado a jóvenes expandilleros con la metodología deportiva de todos los proyectos, para que cumplan la función de entrenadores (por medio de 6 Escuelas). Esto se refleja en una doble proyección: oportunidad de reincorporarse a la sociedad (expandilleros) y aprendizaje de las propias experiencias de sus entrenadores (beneficiarios). Este trabajo se complementa con el acompañamiento de trabajadores sociales y psicólogos que promueven el aprovechamiento del tiempo libre de manera productiva.

3.1.4. ELIMINACIÓN DE BARRERAS INVISIBLES

En ciudades como Itagüí (Antioquia) y Cali (Valle del Cauca) se han producido problemáticas suficientemente acentuadas, por ejemplo, barrios en los que existe fuerte presencia de pandillas; en consecuencia, se han creado en el imaginario colectivo las llamadas "barreras o fronteras invisibles" (líneas imaginarias que determinan los territorios de control por diferentes pandillas). Estas divisiones en el territorio han degenerado en el riesgo latente para la vida de los habitantes de estas zonas, pues se encuentran amenazados permanentemente. Por ello, se instalaron Escuelas, que por el reconocimiento de la FRM (en conjunto con las comunidades y las entidades gubernamentales), permitió poner en marcha proyectos en los que gradualmente, y sin violencia, han desaparecido las "barreras" en las zonas

---

38 Creemos que se debería analizar sobre las coyunturas que se derivan de la explotación laboral, pues a estos niños que crecen y continúan desempeñando labores en actividades agropecuarias, en su inmensa mayoría se les desconoce la primacía de la realidad y la seguridad social, conceptos propios del principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. He ahí una dificultad concreta del DDP para solucionar las problemáticas que giran alrededor de situaciones adversas como esta, pues es un asunto, esencialmente, de intervención y control estatal.

de intervención, lo que ha permitido el tránsito "libre" de beneficiarios (sus familias, entrenadores y monitores) en los lugares conflictivos, y así reciban los talleres sociodeportivos.

3.1.5 PERSONAS CON Y/O SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

La FRM, en 2017, inició su primer proyecto, fuera de España, sobre la instalación de Escuelas adaptadas para la atención e integración de colectivos con discapacidad (física y cognitiva). Uno de estos proyectos se desarrolla en Cartagena (Bolívar), atiende actualmente a 60 beneficiarios (21 niñas, 39 niños), y la meta es llegar a 100 beneficiarios provenientes de contextos desfavorecidos. Con este nuevo taller, se abre un nuevo escenario que permita servir de referente en otras zonas del país (también en otras latitudes)[39].

Después de esta breve descripción, en la actualidad la implicación de la FRM y sus Escuelas Sociodeportivas en Colombia es la siguiente: 36 Escuelas y 7.818 beneficiarios. Todas las actividades se realizan en alianza con dos entidades nacionales, la Fundación Revel y la Fundación Concívica. Los proyectos se encuentran localizados en nueve zonas, Bogotá D.C., Quindío (Armenia), Caldas (Manizales, Villamaría, Chinchiná, Filadelfia y Aranzazu), Valle del Cauca (Cali), Nariño (Pasto y Tumaco), Bolívar (Cartagena), Antioquia (Itagüí, Titiribí y Rionegro), Santander (Bucaramanga) y Tolima (Ibagué).

Sin duda alguna, un ejemplo que representa una oportunidad de vida, que puede expandirse a futuro como posible complemento en la reducción de la brecha social, dentro del marco de las posibilidades del DDP.

3.2 FUNDACIÓN TIEMPO DE JUEGO

De igual forma, es menester exponer otro trabajo de gran calado por parte de una entidad nacional, con miras a hacer visible otro de los proyectos que también se desenvuelven en el marco del DDP. Se trata de la Fundación Tiempo de Juego (en adelante TDJ)[40].

---

39 No se trata de deporte paralímpico asociado que trata la Ley 1946 de 2019, pues, como se anotó en su momento, está por fuera el deporte de alto rendimiento y competencia. Aunque, pudiera ser si así lo contempla en algún momento el Comité Paralímpico Colombiano.

40 Para obtener más pormenores e historias de vida de esta expresión colombiana de DDP, bastante

TDJ nació en el año 2008 como un proyecto comunitario en Soacha (Cundinamarca), concretamente, en las barriadas de Cazucá. Su enfoque, al inicio, se produjo por investigaciones sobre pandillas en dichas localidades, para lo cual, y de manera incipiente, se previó la organización de partidos de fútbol que sirvieran como excusa en la integración y discusión sobre esta problemática. Sin embargo, este espacio comunitario se hizo constante los fines de semana, y así creció una misión más amplia de desarrollar programas sostenibles, con participación activa y la inclusión de niños, niñas, jóvenes y adolescentes (en adelante NNJA), a partir de estrategias que involucren el deporte, la actividad artística, y diversas expresiones, en la construcción de identidad y participación. Esto significa que se hizo necesario construir toda una estructura más organizada, por lo que se entendió como el nacimiento de TDJ.

El escenario y/o contexto social sobre el cual TDJ realiza sus actividades de intervención, es de comunidades con alto nivel de vulnerabilidad, pues los NNJA de estos territorios se enfrentan desde temprana edad a la violencia y pobreza extremas, lo cual redunda inmediatamente en la producción de sentimientos de desesperanza, frustración y falta de oportunidades, y peor aún, la dificultad de solventarlas, sosteniblemente, a futuro.

Esto en parte también se explica, como a muchos de los conflictos sociales de nuestro país, debido a la ausencia de "Estado" (como se ha acuñado en la práctica), pero de igual manera es, objetivamente plantearlo, como una situación en la que se inobserva la corresponsabilidad que le asiste, también, a la sociedad misma y la familia[41].

Por ello, TDJ utiliza una metodología con fines educativos, en la que estos colectivos puedan desarrollarse natural y espontáneamente como ciudadanos capaces de tomar decisiones autónomas en escenarios adversos, como en la formación de líderes en sus comunidades. Dicho de otro modo, esta estrategia psicosocial tiene como propósito otorgar a los participantes, habilidades para la vida[42], para lo cual la lúdica innata del deporte resulta

---

recomendado el libro *La Pelota de Trapo. Ocho crónicas que cuentan como un balón de fútbol está trasformando un país*, publicado por LABZUCA, en colaboración de USAID y ACDUIIVOCA, 2018.

41 En términos del artículo 10 de la Ley 1098 del 2006, por medio de la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, es un deber de estos tres actores institucionales procurar la atención, cuidado y protección de los NNJA. Frecuentemente, se deja por parte de la familia, a un asunto que solo se debe resolver en las instituciones educativas, y no de manera integral entre los hogares y lo educativo.

42 Según la OMS, las habilidades para la vida se dividen en cinco áreas básicas: I. Toma de decisiones

fundamental (también se complementa con actividades artísticas y digitales). He aquí lo que se pretende resaltar del proyecto de TDJ, y que es plausible expandir en proyección del DDP colombiano: educar para la paz, individual y colectivamente.

Para entenderlo, debemos preguntarnos, ¿cómo lo lleva a cabo TDJ? Pues bien, a través de tres estrategias de acción: 1. Formación Técnica (deportiva, artística o tecnológica), 2. Formación Psicosocial y 3. Formación Pedagógica. El centro en el que convergen y se aplican estas estrategias son en las Escuelas de Liderazgo, con el fin de que NNJA desarrollen la capacidad de replicar sus conocimientos y experiencias en sus hogares, colegios y comunidades.

TDJ ha creado su propia *Teoría del Cambio*, en virtud de la cual es posible atraer NNJA para que interactúen con otros NNJA, teniendo como punto de apoyo variadas actividades, entre las cuales se encuentran las deportivas. Los resultados son tangibles de acuerdo con los testimonios de los entornos sociales de los participantes (actualmente TDJ está desarrollando, como es necesario, la organización de indicadores y mediciones de impacto para tener datos más objetivos). Sin perjuicio de lo anterior, la Teoría del Cambio tiene cuatro ejes principales:

3.2.1. ENFOQUE TÉCNICO

Los NNJA deciden libremente en qué tipo de actividades lúdicas quieren recibir mayor preparación técnica por parte de profesionales del ramo, para interés de esta investigación, aquellas de tipo deportivo. En otras palabras, fundamentación y práctica de fútbol.

3.2.2. ENFOQUE PEDAGÓGICO

Se trata de una metodología propia (convivencial) llamada Fútbol por la Paz[43], que se imparte en tres momentos, en retroalimentación permanente, basándose en patrones comportamentales (temas) como trato cordial, par-

---

y resolución de problemas; II. Pensamiento creativo y pensamiento crítico; III. Comunicación y habilidades interpersonales; IV. Autoconciencia y empatía, y V. Manejo de las emociones y manejo del estrés. Precisamente las adoptadas por TDJ, esto como plataforma educativa y en desarrollo de DDP.

43 Surge como una herramienta educativa y pedagógica, que se experimenta y transmite por medio de la práctica futbolística (DDP). El fútbol es el vehículo por el cual transitan los aprendizajes.

ticipación equitativa, respeto de acuerdos, liderazgo, evaluación conjunta y sana diversión. Estas son las bases de interacción social para la formación de los "actores de cambio" (monitores, gestores, docentes y voluntarios) que procura potenciar TDJ. Veamos en qué momentos.

– ACOGIDA Y CONCERTACIÓN

Recepción e inducción por parte del monitor el día y la semana correspondientes (dos horas aproximadamente) en las que se aborda el tema psicosocial semanal. De acuerdo con el tema, se permite que sean los participantes quienes puedan sugerir la aplicación del mismo en la actividad futbolística, la cual se transforma en el acuerdo de convivencia que regirá a la misma.

– EJECUCIÓN DE LA ACTIVIDAD

La actividad tiene un plan de trabajo, que previamente han preparado los monitores y profesionales en fútbol. En este momento se realiza la actividad técnico – futbolística, que se convierte en una experiencia de vida como forma de refuerzo psicosocial.

– CIERRE

Es la evaluación al cumplimiento de los acuerdos de convivencia pactados, y con base en ello, se realiza la medición positiva de la actividad realizada. No existe rasero bueno o malo sino experiencias; por consiguiente, aquí se aprovecha para asegurar el refuerzo de aprendizaje, con tareas para ser realizadas en sus entornos sociales sobre el tema psicosocial trabajado. Es decir, lo aprendido debe irradiar la actividad diaria de los NNJA. Con esto se busca, y como efectivamente ha sido desde hace tres años, sumar agentes locales de las comunidades, en la medida que también sirven de apoyo para el empoderamiento de líderes locales en la construcción de paz y convivencia, transfiriéndoseles dicha metodología, la cual ha aumentado el involucramiento comunitario.

3.2.3. ENFOQUE PSICOSOCIAL

Esta estrategia propende por el mejoramiento del bienestar social y la formación de liderazgos, en las que NNJA sean capaces de aportar en la construcción

de una sociedad colombiana más justa, solidaria e igualitaria. Para esto, TDJ se basa en dos fundamentos internacionales clave:

El Manifiesto 2000 para una Cultura de Paz y no Violencia[44] (Respetar la vida y el planeta, Rechazar la violencia, Fomentar el diálogo y Redescubrir la solidaridad y compartir) y *La iniciativa mundial para la Educación en Habilidades para la Vida*[45] (habilidades que son guía general, en este caso, planteadas desde el DDP).

De la misma manera, TDJ capacita a sus integrantes en otros enfoques incluyentes, como discapacidad, enfoque étnico y enfoque de género.

3.2.4. SOSTENIBILIDAD COMUNITARIA

Todas las actividades y programas que desarrolla TDJ tienen vocación de permanencia entre las comunidades donde interviene, aunado a su autosostenibilidad. De manera que el modelo de liderazgo se refleja como un legado, pues en la actualidad más del 50% de las personas líderes con quienes se desarrollan los proyectos para NNJA pertenecen a la misma comunidad.

La implicación actual de Tiempo de Juego en Colombia, a través de sus Escuelas de Liderazgo, es la siguiente: 4 Escuelas y 11.751 NNJA beneficiarios. Los proyectos se encuentran localizados en 4 zonas: Cundinamarca (Soacha – Comuna IV, Altos de Cazucá y Comuna VI, San Humberto), Magdalena (Santa Marta y Ciénaga), Cauca (Timbiquí) y Bogotá D.C.

Otro ejemplo, al cual se le hace un reconocimiento especial, porque simboliza compromiso social con el país, en la formación de la nueva generación de líderes comunitarios por medio del DDP.

CONCLUSIONES

El DDP por sí mismo nos traslada a otro enfoque de la práctica deportiva universal, concibiéndose como una herramienta de transformación y/o

---

44 Manifiesto promovido por la UNESCO y elaborado por catorce premios Nobel (Norman Borlaug; Adolfo Pérez Esquivel; Dalai Lama; Mikhall Sergeyevich Gorbachov; Mairead Maguire; Nelson Mandela; Rigoberta Menchú Tum; Shimon Peres; José Ramos Horta; Joseph Roblat; Desmond Mpilo Tutu; David Trimble; Elie Wiesel; Carlos Felipo Ximenes Belo). Recuperado el 11 de abril de 2020. Disponible en http://www.enc uentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA2/Manifiesto%202000.pdf

45 World Health Organization – WHO. *Partners in Life Skills Education*, Geneva, 1999.

cambio para el desarrollo social (desarrollo humano). No es baladí que su reconocimiento trascienda a los intereses y necesidades del contexto internacional, de cara a la satisfacción y alcance de los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU (Agenda 2030).

Sin embargo, no podemos ignorar e inobservar las dificultades y limitaciones que el DDP trae consigo, puesto que no se trata de una fórmula mágica, ni tampoco la solución holística para reducir las brechas de desigualdad y pobreza extrema (a estos y los demás objetivos). No es una panacea, pues no opera automáticamente en la resolución de los conflictos sociales, a lo que se debe agregar, que se debe tener muy en cuenta el contexto y la intervención estatal en un determinado país, territorio o comunidad. Ahora bien, sí es una plataforma de educación, un gran instrumento para comunicar, transmitir aprendizajes y producir integración social, que, con la metodología técnica adecuada, puede producir el impacto esperado (en la medida que sea constante en el tiempo).

Siguiendo esta línea, es ineludible continuar potenciando los proyectos de intervención que sobre la plataforma del DDP se erigen (y los nuevos que se formulen), y más aún, al conocer sus implicaciones. Puede orientarse como factor de solución, al menos, moderadamente. Para ello, es necesario generar más visibilidad y compromiso entre los potenciales actores e involucrados en el mismo, y, sobre todo, de manera transversal e interinstitucional para su verosimilitud (perseverar en la superación de sus limitaciones).

Los programas y ejemplos que se tuvieron en cuenta para este texto son representativos del trabajo que se ha realizado en los últimos años, y creemos que han tenido un impacto positivo en Latinoamérica y el Caribe, y, particularmente, en nuestro país. El DDP ha sobresalido, y reflejo de ello son los programas que abarca el informe del BID y los procesos que llevan a cabo las fundaciones Real Madrid y Tiempo de Juego, que encontraron en su misión institucional la oportunidad de transformar las vidas de los participantes en cada una de sus intervenciones (si bien todavía se hace necesaria la obtención de más resultados verídicos o en proceso de consecución). Así mismo, no se puede soslayar (en estos últimos), que por tratarse de algunos ejemplos de DDP en Colombia, son los únicos, ya que paralelamente se desarrollan otros con la misma filosofía y naturalidad abordadas (el país tiene las características para que se haya sentado una gran tradición histórica en ese sentido).

Tampoco podemos desconocer que al DDP le subyace el interés de la sociedad civil, por lo que, en respuesta a la pregunta que se formula en esta

investigación –¿en qué consiste el *deporte para el desarrollo y la paz* como fórmula independiente al deber estatal de garantizar el derecho al deporte, la recreación, la actividad física y el aprovechamiento del tiempo libre?–, hay que responder con su innegable reconocimiento actual, expuesto en estas líneas.

Finalmente, bienvenidos sean los espacios académicos, científicos, políticos, sociales, cívicos y profesionales para seguir edificando DDP en la región latinoamericana, además de su pertinencia, puntualmente, en el ámbito colombiano (discernir y construir de forma conjunta toda su dimensión). Seguiremos atentos, y preparándonos para asumirlos.

REFERENCIAS

AGENDA 2030 DE LA ONU. *Objetivos de Desarrollo* Sostenible, 2015. Disponible en: https://undocs.org/es/A/RES/70/1

Arbitration CAS 2015/A/3875 Football Association of Serbia (FAS) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), award of 10 July 2015.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. *Resolución A/67/L.77*. Disponible en https://www.un. org/ga/search/v iew_doc.asp?symbol=A/67/L.77&Lang=S

AA.VV. *Manifiesto por una Cultura de Paz y no Violencia,* promovido por la UNESCO y redactado por 14 Premios Nobel de Paz, 1999. Disponible en: http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA2/Manifiesto%202000.pdf

AA.VV. *La Pelota de Trapo. Ocho crónicas que cuentan como un balón de fútbol está trasformando un país*, publicado por la línea editorial de la Fundación Tiempo de Juego –LABZUCA–, en colaboración de USAID y ACDUIIVOCA, 2018.

CÁRDENAS, ALEXANDER. "Fomentando la paz a través del fútbol y otros deportes en contextos de conflicto: el caso de Colombia e Irlanda del Norte". *Revista Temas*, 3(10), 2016.

CÁRDENAS, ALEXANDER. "Peace Building Through Sport? An Introduction to Sport for Development and Peace". *Journal of Conflictology*, 4(1), 2013.

CASE, MEREDITH; BURWICK, HOLLAND; VOLPP, KEVIN & PATEL, MITESH. *"Accuracy of smartphone applications and wearable devices for tracking physical activity data*". J. Am. Med. Assoc. 313, 2015.

Coalter, Fred. *Sport for Development: What Game Are We Playing?* Nueva York, Routledge, 2013.

Coalter, Fred. *Sport for Development: What Game Are We Playing?* Nueva York, Routledge, 2013.

Constitución Política de Colombia, 1991.

De Hoyos, Rafael; Halsey, Rogers y Székely, Miguel. "*Ninis en América Latina: 20 millones de jóvenes en busca de oportunidades.*" Banco Mundial, Washington, DC. Licencia: Creative Commons de Reconocimiento CC BY 3.0 IGO, 2016.

Direçâo Geral dos Desportos de Portugal. *Le Conseil de l'Europe et le sport pour tous*, Lisboa, 1989.

Gamero Casado, Eduardo. *Fundamentos del derecho deportivo*. Madrid, Tecnos, 2012.

Hartmann, Douglas y Kwauk, Christina. "Sport and development: an overview, critique, and reconstruction", *Journal of Sport and Social Issues*, vol. 35, núm. 3, 2011.

Jaitman, Laura y Scartascini, Carlos. *Deporte para el desarrollo*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.

Kay, Tess. "Developing through sport: evidencing sport impacts on young people", *Sport in Society*, vol. 12, núm. 9, 2009.

Ley 1098 de 2006, artículo 10, Código de la Infancia y la Adolescencia (Colombia).

Ley 12 de 1991, Convención internacional de los derechos del niño (Colombia).

Mwaanga, Oscar. *"Sport for addressing HIV/AIDS: explaining our convictions"*, LSA Newsletter, núm. 85, March 2010.

Roberts, Glyn C.; Maro, Cyprian N. & Sørensen, Marit (2012). "Using sport to promote HIV/AIDS education among at-risk youths in Sub-Saharan Africa", En: Schinke, Robert J. & Hanrahan, Stephanie J. (eds.) *Sport for Development, Peace and Social Justice,* Morgantown (Virginia Occidental), Fitness Information Technology, 2012.

Sugden, John. "Teaching and playing sport for conflict resolution and co-existence in Israel", *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 41, núm. 2, 2006.

Villegas, Carlos. *La Agenda Olímpica 2020: desafíos y oportunidades de las 40 recomendaciones para la sostenibilidad y credibilidad del movimiento olímpico / The Olympic Agenda 2020: Challenges and Opportunities of the 40 Recommendations for*

the Sustainability and Credibility of the Olympic Movement. Citius, Altius, Fortius. 9.2. 10.15366/citius2016.9.2.001, 2016. Disponible en: https://www.researchgate.net /publicati on/312236901_La_Agenda_Olimpica_2020_desafios_y_oportunidades_de_las_40_recomendaciones_para_la_sostenibilidad_y_credibilidad_del_movimiento_olimpico_The_Olympic_Agenda_2020_Challenges_and_Opportunities_of_the_40_.

World Health Organization, who. *Partners in Life Skills Education: Conclusions from a United Nations Inter-Agency Meeting*, Geneva, 1999. Disponible en: https://www.who.int/mental_health/media/en/30.pdf

INFORMES DE ORGANISMOS NACIONALES E INTERNACIONALES

Informe *Escuelas Socio Deportivas De La Fundación Real Madrid En Colombia,* 2019, suministrado por la FRM al autor.

Informe *Latinoamericano sobre Pobreza y Desigualdad, Juventud Rural y Territorio,* 2019. Publicado por RISMIP – Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural.

Informe *Reporte de Gestión Tiempo de Juego*, 2019. Suministrado por la misma entidad al autor.

SITIOS WEB

http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%C2%BA2/Manifiesto%202000.pdf

https://deportedesarrolloypaz.org/

https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3875.pdf

https://news.un.org/es/story/2018/12/1446971

https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22349/K8423.pdf?sequ ence =5&isAllowed=y

https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Deporte-para-el-desarrollo.pdf,

https://rimisp.org/informelatinoamericano/wp-content/uploads/2020/04/Rimisp-Informe-La tam-2019.pdf

https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/News/2018/12/Sport-as-an-enabler-of-sustainable-development-EN.pdf#_ga=2.46526759.1812508867.154387 3170-1794227206.154 3873170

ttps://tokyo2020.org/es/games/olympictruce/.

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133907_spa

https://www.elespectador.com/deportes/futbol-colombiano/la-violencia-en-las-barras-bra vas-es-un-tema-aislado-del-futbol-articulo-903896/

https://www.un.org/es/events/olympictruce/.

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 2021

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem