



Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León

- Leidy Ángela Niño-Chavarro • Germán Vallejo Almeida
- Ivonne Patricia León • Giovanni Lizarazo-Peña
- Pablo Ignacio Reyes-Beltrán
- Rubín Ariel Huffington-Rodríguez

LABORAL

7

JUS-Laboral es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho laboral actual, propiciando y abriendo espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a la comunidad en lo pertinente a esta rama del derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia que tiene el derecho laboral para la defensa de los derechos de los trabajadores y su injerencia en el desarrollo social del país, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección.

OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN:

- Discapacidad: tratamiento laboral y protección social
- Régimen laboral del derecho deportivo colombiano
- Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo
- El derecho internacional laboral
- El acoso laboral. Análisis conceptual y comparado

FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFONT DE LEÓN. Doctor en Derecho de las Universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia; Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Laboral y acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado y Filósofo. Ha trabajado como consultor externo de la Organización Internacional del Trabajo y como docente en varias Universidades del país. Actualmente se desempeña como Docente investigador en materia del mundo del trabajo en la Universidad Católica de Colombia. Conferencista a nivel nacional e internacional. Autor de varios libros y artículos en la materia.
Correo electrónico: frostau@ucatolica.edu.co - paco_syares@yahoo.es

LEIDY ÁNGELA NIÑO-CHAVARRO. Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho laboral y Seguridad social de la Universidad del Rosario y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Ha participado en curso de formación para docentes y juristas en Derecho de la Organización Internacional del Trabajo y publicado en coautoría varios artículos relacionados con el mundo del trabajo en Colombia. Actualmente se desempeña como docente de la Universidad Católica de Colombia.
Correo electrónico: laninoc@ucatolica.edu.co - angie_nomore@yahoo.es

GERMÁN VALLEJO ALMEIDA. Doctor en Derecho de las Universidades Externado, Javeriana y Rosario. Magíster en Derecho Internacional Público y Cooperación Internacional de la Universidad de Barcelona (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como asesor de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. Director de Asuntos a la Justicia en el Ministerio del Interior y de Justicia. Consultor independiente para entidades como la Universidad Internacional de la Florida, el Banco Mundial y la Unión Europea. Actualmente trabaja para la consulta Chemonics Internacioanl Inc.
Correo electrónico: germanvallejo@hotmail.com

IVONNE PATRICIA LEÓN. Magíster en Derecho y politóloga de la Universidad Nacional de Colombia. Coordinadora de Investigación formativa y docente de la Universidad Católica de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho Público y TIC de la misma universidad.
Correo electrónico: ipleonp@unal.edu.co

GIOVANNI LIZARAZO-PEÑA. Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del Grupo de Investigación PODEA de la Universidad Nacional de Colombia.
Correo electrónico: gilizarazope@unal.edu.co

PABLO IGNACIO REYES-BELTRÁN. Magíster y politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (Colombia). Docente y miembro del Grupo de Investigación PODEA de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: pireyasb@un al.edu.co

RUBIN ARIEL HUFFINGTON-RODRÍGUEZ. Magíster en Gestión Urbana de la Universidad Piloto de Colombia y Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica Nacional. Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Ha trabajado con el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo, el Departamento Nacional de Planeación y la Escuela Superior de Administración Pública, entre otros.
Correo electrónico: rubinhuffington@gmail.com

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León • Leidy Ángela Niño-Chavarro
• Germán Vallejo Almeida • Ivonne Patricia León • Giovanni Lizarazo-Peña
• Pablo Ignacio Reyes-Beltrán • Rubín Ariel Huffington-Rodríguez

Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT

ES LABORAL 7



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Ostau de Lafont De León, Francisco Rafael

Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT / Francisco Rafael Ostau De Lafont De León, Leidy Ángela Niño-Chavarro, Germán Vallejo Almeida, Ivonne Patricia León, Giovanni Lizarazo-Peña, Pablo Ignacio Reyes-Beltrán y Rubín Ariel Huffington-Rodríguez. Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2018

196 páginas; 17x24 cm.— (Colección: Jus Laboral ; no. 7)

ISBN: 978-958- 5456-26-6 (impreso)

978-958- 5456-27-3 (digital)

I. Título II. Serie III Niño-Chavarro, Leidy Ángela IV. Vallejo Almeida, Germán V. León, Ivonne Patricia VI. Lizarazo-Peña, Giovanni VII, Reyes-Beltrán, Pablo Ignacio VIII. Huffington-Rodríguez, Rubín Ariel

1. DERECHO LABORAL INTERNACIONAL 2. OIT-HISTORIA

Dewey 341.763

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 1 de febrero de 2018

2do concepto

Evaluación: 20 de febrero de 2018

- © Universidad Católica de Colombia
- © Francisco Rafael Ostau de Lafont de León
- © Leidy Ángela Niño Chavarro
- © Germán Vallejo Almeida
- © Ivonne Patricia León
- © Giovanni Lizarazo Peña
- © Pablo Ignacio Reyes Beltrán
- © Rubín Ariel Huffington Rodríguez

Primera edición, Bogotá, D. C.

Junio de 2018

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Ostau De Lafont De León, F. R., Niño-Chavarro, L. A., Vallejo Almeida, G., León, I. P., Lizarazo-Peña, G., Reyes-Beltrán, P. I. y Huffington-Rodríguez, R. A. (2018). *Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Ostau De Lafont De León, Francisco Rafael, Leidy Ángela Niño-Chavarro, Vallejo Almeida, Germán, León, Ivonne Patricia, Giovanni Lizarazo-Peña, Pablo Ignacio Reyes-Beltrán y Rubín Ariel Huffington-Rodríguez. *Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación
Derecho público y TIC

Línea de investigación
Derecho laboral, Derecho administrativo, Derecho constitucional y políticas públicas

Proyecto de investigación
Cien años de la OIT: derecho, Estado y consulta previa

Resumen

Resultado de la investigación titulada *Cien Años de la OIT: Derecho, Estado y Consulta Previa* financiada por la Universidad Católica de Colombia, este libro representa una contribución a las discusiones sobre la exclusión, los derechos laborales y la protección de territorios ancestrales. Esta obra ofrece al lector un amplio debate, tanto en el escenario internacional como regional y nacional, en torno a las estrategias para el desarrollo que buscan potenciar las capacidades del ser humano, tomando en consideración el avance técnico y tecnológico, la flexibilización laboral y la protección de territorios ancestrales en el marco de la globalización y las transformaciones económicas que se producen en un mundo en constante cambio. Así, los conceptos de justicia social, progreso y desarrollo, son el hilo conductor que une a investigadores de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad Nacional de Colombia en un texto que recoge los retos que imponen la sociedad de consumo, la necesidad de elevar los índices de calidad de vida y la reducción de la pobreza, frente a los cuales la OIT ha desempeñado un papel predominante desde su creación en 1919.

Palabras clave

OIT, derecho al trabajo, justicia social, derechos humanos colectivos, trabajo, desarrollo, progreso, territorio.

Abstract

Result of the research entitled *Cien Años de la OIT: Derecho, Estado y Consulta Previa* [*One Hundred Years of the ILO: Law, State, and Prior Consultation*] funded by the Universidad Católica de Colombia, this book is an important contribution to discussions on exclusion, labor rights, and the protection of ancestral territories. This work presents the reader with a wide-ranging debate, on the international as well as regional and national levels, about development strategies that seek to enhance the capabilities of the human being, taking into account technical and technological progress, labor flexibilization, and the protection of ancestral territories in the framework of globalization and economic transformations in a constantly changing world. Thus, the concepts of social justice, progress, and development are the common thread that brings together researchers from the Universidad Católica de Colombia and the Universidad Nacional de Colombia in a text that reflects the challenges imposed by a consumer society, the need to improve quality-of-life indicators and to reduce poverty, in which the ILO has played a predominant role since its creation in 1919.

Keywords

ILO, right to work, social justice, collective human rights, work, development, progress, territory.

CONTENIDO

Introducción	11
Referencias	15
Capítulo 1. Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social	17
La fe en el progreso y el triunfo de la razón.....	19
Dialéctica del desarrollo.....	28
Progreso y exclusión. Los retos de la utopía	37
A modo de conclusión	44
Referencias	46
Capítulo 2. La OIT en Colombia: impulso del principio de una sociedad con justicia social	51
Introducción.....	51
La multilateralización del planeta	53
La positividad de la OIT y el bloque de constitucionalidad. Ante un mundo global de desigualdades.....	58
La OIT en Colombia: una garantía de derechos a comunidades vulnerables y poblaciones trabajadoras	62
La consulta previa: protección de derechos colectivos	63
El derecho al sindicalismo y a la protección de los accidentes laborales	69
La OIT y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad cognitiva	73
Conclusiones	79
Referencias	82
Capítulo 3. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento para la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales	85
Protección de territorios ancestrales.....	86

Convenio 169 de la OIT como herramienta para la protección de territorios ancestrales	87
Incorporación del Convenio 169 en Colombia.....	90
La protección del territorio en el Sistema universal de los derechos humanos.....	92
Sistema interamericano de los derechos humanos	93
Protección de los territorios ancestrales en Colombia.....	95
Referentes internacionales que regulan la consulta previa	98
La consulta previa en Colombia	100
Criterios para la aplicación de la consulta previa	103
Conclusiones	105
Referencias	107
Capítulo 4. La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas	111
Fundamentos constitucionales de la consulta previa y la participación	112
Sobre lo que constituye afectación directa	117
Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas legislativas	121
Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas administrativas	128
Sobre las medidas administrativas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos	129
Sobre las medidas administrativas relacionadas con la entrada de las Fuerzas Militares en los territorios	131
Sobre las medidas administrativas de reparaciones con enfoque étnico o etnorreparaciones	135
Conclusiones	139
Referencias	140
Capítulo 5. Balance del trabajo decente en las políticas públicas colombianas	143
Trabajo decente	146
Las políticas del trabajo decente en Colombia.....	151
Balance de las políticas públicas y de trabajo decente en Colombia	155
Conclusión.....	158
Referencias	161
Capítulo 6. Análisis comparativo de modelos de gestión urbana para el reconocimiento de poblaciones históricamente discriminadas y en situación de vulnerabilidad en Bogotá y la región metropolitana de Curitiba.....	165
El papel de los convenios internacionales.....	170

Las acciones de los Estados.....	172
El marco de discusión.....	173
Características de los discursos que identifican las configuraciones poblacionales.....	177
Configuración territorial y garantía de derechos	182
Breve descripción de Bogotá.....	182
Breve descripción de Curitiba	188
Conclusiones	192
Referencias	193

INTRODUCCIÓN

Ivonne Patricia León*

Giovanni Lizarazo Peña**

La dinámica del desarrollo depende de los procesos, las presiones y las transformaciones derivadas de la globalización y las transformaciones económicas que se producen en un mundo en constante cambio. Estos procesos se evidencian en dos dinámicas complementarias: por un lado, la flexibilización laboral y por el otro, los actos de despojo y protección de territorios ancestrales.

Las organizaciones internacionales han optado por un desarrollo del ser humano y el mejoramiento de la calidad de vida con el propósito de reducir la pobreza. Sin embargo, se ha venido presentando una pérdida de identidad frente a los modelos de vida de las comunidades indígenas y tribales, las cuales intentan adaptarse a parámetros expresados en índices estratégicos cuyo objetivo final es la maximización de la relación factor-espacio.

En este marco, la flexibilización laboral se ha propuesto como una salida a las preocupaciones de competitividad y viabilidad económica generadas a partir de la globalización de la economía.¹ Una legislación laboral maleable y adaptable a

* Miembro del grupo de investigación Derecho público y TIC de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho y politóloga de la Universidad Nacional de Colombia. Correspondencia: ipleon@ucatolica.edu.co
ipleon@unal.edu.co

** Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Correspondencia: gjolizarazop@gmail.com

¹ María Alejandra Gómez Vélez, "Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo", *Diversitas, Perspectivas en Psicología* 10, núm. 1 (2014): 105.

los cambios del sistema productivo, la desregularización y la privatización fueron algunas de las estrategias para enfrentar el desempleo, pero pronto mostraron sus límites para comprender que los salarios están asociados con la calidad de vida de los trabajadores.

Al mismo tiempo, la protección de territorios ancestrales se ve amenazada por la globalización. Las economías se han desterritorializado, en la medida que también deben adaptarse a las transformaciones que ocurren en otras partes del planeta. Una forma de afrontar los problemas locales que ha suscitado este fenómeno ha sido la proliferación de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales provenientes de la sociedad civil organizada, que tienen cierta autonomía frente a los Estados-nacionales e inciden en las decisiones que antes le competían soberanamente al Estado.

Ya sea frente a la flexibilización laboral o a la desterritorialización, el concepto de desarrollo origina un discurso sobre el avance de la sociedad y un sujeto determinado. Se trata de un sentido del progreso en el que se contempla el uso de recursos escasos, el grado de producción de la sociedad y el sentido de productividad y competencia de sus individuos, entre otros elementos.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha comprendido el sentido de cambio que subyace en las comunidades y la sociedad y rescata la compleja red de condiciones que existen en torno a lo económico, lo político y lo cultural. Muestra de ello son las iniciativas con miras a su centésimo aniversario, en las que se encuentran estrategias que buscan potenciar las capacidades del ser humano, dados el avance técnico y tecnológico, los retos que impone la sociedad de consumo y la necesidad de elevar los índices de la calidad de vida y reducir la pobreza.

La noción de justicia social, como las de progreso y desarrollo, es el hilo conductor que permite considerar tanto las transformaciones en el espectro laboral como los procesos en torno a las comunidades y los territorios ancestrales. El crecimiento de una economía “saludable” y la disminución de la pobreza implican la superación de sociedades atrasadas y coloniales, para dar lugar a economías modernas y, de esta forma, configurar el ideal de individuo que ha de trabajar y desenvolverse en esa sociedad.

Organizaciones internacionales como la OIT han desempeñado un papel predominante en la definición de estrategias para alcanzar el desarrollo y en la

delimitación del sujeto idóneo, en coherencia con dichas estrategias. Las organizaciones de carácter supranacional influyen en la formulación de políticas públicas a partir de las cuales los Estados no solo toman decisiones, sino que las implementan y evalúan, con lo que generan las fronteras entre lo permitido y lo vedado.

La Organización Internacional del Trabajo, como otras organizaciones supranacionales, ha sido una institución orientada por los objetivos del desarrollo y el propósito de alcanzar un mayor bienestar en la sociedad. Con el trabajo como eje de su acción, la OIT persigue la posibilidad de obtener un ingreso justo y fomenta la seguridad y estabilidad laboral. Ello con el convencimiento de que un trabajo decente otorga libertad para que las personas expresen sus intereses y participen en las decisiones que afectan sus vidas, con el fin de avanzar hacia la eliminación de la pobreza y el disfrute de los beneficios de la integración de la globalización económica.²

El primer capítulo, titulado “Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social”, presenta diversas perspectivas en torno a la idea de progreso y su impacto en la configuración de los imaginarios sociales y, por esta vía, en la forma como se conciben las organizaciones y los ideales internacionales. El argumento que se presenta —en términos teóricos y algunas veces filosóficos— ofrece un marco de comprensión de los documentos que abordan el papel y la influencia de la OIT en aspectos como los derechos y las demandas laborales y la protección de los territorios ancestrales, toda vez que ofrece las herramientas para comprender cómo se configuran una visión del mundo y la inclusión o exclusión de comunidades y personas en torno a ella.

Este esquema conceptual se complementa con el capítulo titulado “La OIT en Colombia: impulso del principio de una sociedad con justicia social”, en el que el autor narra la influencia de la OIT en la consolidación de la democracia global, los derechos y la libertad de sectores sociales excluidos y vulnerables. Para ello recurre a la globalización y al derecho como ejes que facilitan comprender la evolución de la OIT en Colombia y sus retos frente a las tensiones entre la Constitución Política y el modelo económico de mercado.

“Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento para la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas

2 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Un vistazo a la OIT* (Ginebra: Autor, 2008), 4.

y tribales” enseña una dimensión no muy conocida de la OIT. El autor presenta la protección de los territorios y las comunidades como uno de los ámbitos de acción de la Organización, lo que ha representado uno de los mayores logros en Colombia frente al modelo de desarrollo extractivista.

La protección de los derechos de sectores excluidos y vulnerados, como las comunidades indígenas y tribales, se ha visto favorecida por la acción de la OIT en Colombia. La relación de esta dimensión con el trabajo y con la búsqueda de una mejor calidad de vida queda reseñada en el capítulo titulado “La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas”. En este apartado se refieren los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia que afectan a dichos pueblos desde la perspectiva de la defensa del territorio y el impacto de problemáticas como el tráfico de drogas.

Por otra parte, “Balance del trabajo decente en las políticas públicas colombianas” aborda el trabajo como una realidad social compleja en la que se entrelazan la globalización, las innovaciones tecnológicas, los modelos económicos y el papel del Estado. En este capítulo, el autor sostiene que el trabajo decente es un elemento fundamental para la construcción del futuro que se ha propuesto desde la OIT, por lo que se plantea la necesidad de cuestionar esta categoría en un contexto de declive de la soberanía tradicional de los Estados, la informalidad y la flexibilización laborales y los efectos de la economía globalizada.

Por último, en “Análisis comparativo de modelos de gestión urbana para el reconocimiento de poblaciones históricamente discriminadas y en situación de vulnerabilidad en Bogotá y la región metropolitana de Curitiba” se compara la implementación de políticas públicas originadas en las Cartas Constitucionales de la República Federal de Brasil y la República de Colombia, para la protección y garantía de derechos de grupos indígenas y tribales que habitan la región metropolitana de Curitiba y el distrito capital de Bogotá. El documento establece las acciones vinculantes de los Estados frente a las políticas internacionales y su aplicación en el ámbito territorial. Asimismo, equipara los enfoques argumentativos con los cuales los Gobiernos de Bogotá y Curitiba tratan la formulación de estas políticas públicas, tanto en la democratización de la gestión urbana como en el mejoramiento de la calidad de vida de estas poblaciones.

En conjunto, el libro ofrece al lector un contexto general y ampliado de la historia, los retos y las perspectivas de la OIT a propósito de su centésimo aniversario. La obra recoge la construcción de los marcos de comprensión y la materialización de reivindicaciones laborales que dieron origen a la organización, así como los contextos en los que tienen lugar sus acciones tanto el escenario internacional como regional y nacional.

El lector podrá encontrar las dos dimensiones principales de actuación de la OIT a lo largo de todo el texto: la protección de los derechos de los trabajadores y la defensa de las comunidades indígenas y tribales, sin descuidar los demás temas que se han convertido en focos estratégicos en la búsqueda y consolidación del desarrollo humano y el progreso social y económico de los pueblos.

Referencias

Gómez Vélez, María Alejandra. “Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo”. *Diversitas, Perspectivas en Psicología* 10, núm. 1 (2014): 103-116.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Un vistazo a la OIT*. Ginebra: Autor, 2008.

DISCUSIONES SOBRE DESARROLLO, EXCLUSIÓN Y JUSTICIA SOCIAL

Ivonne Patricia León*

1

Los paradigmas científicos, como los culturales, son configuraciones espacio-temporales que, en el plano espacial, comprenden una estructura simbólica más o menos flexible que, cuando es sometida a una tensión excesiva, pierde su forma y pasa a constituir otro paradigma cultural diferente y, en el plano temporal, toman formas, perduran por un tiempo y luego se desintegran.

Los regímenes de significación incluyen dos componentes: una economía cultural y un modo específico de significación. Una economía cultural supone relaciones de producción específicas de los objetos y las ideas, condiciones específicas de recepción, un marco institucional que medie entre las dos anteriores y un modo particular de circulación de dichos objetos e ideas.³

El ideal de desarrollo que se plantea una sociedad, así como su marco jurídico y la forma en la que son percibidos sus efectos obedecen en gran medida a la idea de justicia imperante y de la forma en que los “otros” son incluidos o excluidos. Cualquiera que sea el modelo de desarrollo por el que una sociedad se oriente, es imprescindible desentrañar el régimen de significación que subyace en él, pues

.....
* Miembro del grupo de investigación Derecho público y TIC de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho y politóloga de la Universidad Nacional de Colombia. Correspondencia: ipleon@ucatolica.edu.co

3 Scott Lash, *Sociología del posmodernismo* (Madrid: Amorrortu, 2007), 21.

de este dependerá la producción de mercancías, de bienes culturales y del territorio en sí mismo.

El concepto de desarrollo y la idea de progreso están atados a una construcción discursiva sobre la crisis o aquello que hay que superar. A su vez, la identificación del riesgo (crisis) determinará los márgenes de inclusión y exclusión en la sociedad. De esta forma, los modelos de desarrollo delimitan y son delimitados por los principios de justicia, por lo que es en este marco en el que se deben estudiar las instituciones y los mecanismos de exclusión de una sociedad.

Toda sociedad y todo modelo de desarrollo configuran un “otro” cuando establecen las fronteras de su propio mundo y sus horizontes de sentido, esto es, cuando diseñan sus instituciones y se orientan por un determinado concepto de justicia. La dialéctica violenta que evita la proliferación de lo distinto queda oculta tras un orden jurídico-político excluyente que pasa por alto la complejidad de la definición identitaria, cuyas consecuencias totalizadoras evitan la posibilidad de resistencia frente a esos modelos.

La industrialización, la técnica y el conocimiento científico invaden todos los ámbitos de la vida humana, incluida la comunicación. Aparecen sociedades de conocimiento que determinan la marcha económica y cultural del mundo. Estos hechos, que no tienen más de cuatro décadas, suponen un desplazamiento completo de todas las cuestiones axiológicas y, por tanto, también de las religiosas y éticas; todas quedan afectadas, aun las organizaciones, las relaciones sexuales, la familia, la procreación y la política, entre otros, están permeadas por la sociedad del conocimiento.

La nueva agenda involucra problemas como la democratización por medio de la institucionalización de mecanismos de participación, transparencia, lucha contra la corrupción, institucionalidad y el imperio de la Constitución y la ley, exigencias mínimas de gobernabilidad política que facilitan y crean las condiciones para la inversión de empresas nacionales y extranjeras. Lo anterior propicia un entorno para el buen funcionamiento de los mecanismos del mercado y la liberalización comercial, indispensables para el crecimiento económico y el bienestar de las poblaciones.

Por lo anterior, es necesario comprender que la concepción de justicia en una sociedad —y, con ella, las instituciones que se plantean en torno a un cierto ideal de progreso—, se funda en un continuo ejercicio de inclusión y exclusión. Para

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

avanzar en este objetivo, se propone desentrañar las formaciones discursivas y el régimen de significación que subyacen en el establecimiento de la exclusión en una sociedad a partir del modelo de desarrollo imperante y establecer el papel de la OIT en la configuración de alternativas de sociedad.

La fe en el progreso y el triunfo de la razón

La oposición entre pasado y presente se encuentra asociada con la concepción misma del tiempo y de la historia, como anota Le Goff, en línea con Piaget: “[...] comprender el tiempo significa liberarse del presente”.⁴ Mas dicha distinción no es natural, sino una construcción del hombre. Hasta el siglo XVIII se valoró el pasado como el tiempo de los orígenes y los antepasados y se lo relacionó con la felicidad; no fue sino hasta la primacía de la ciencia que se consideró pasado como sinónimo de atraso y moderno, como símil de progreso.⁵

El progreso fue la manifestación del triunfo de la razón y de la transformación de la concepción sobre la historia. Las ideas acerca de la contemplación de la creación divina y la naturaleza cedieron su lugar al proyecto logocéntrico y se ve a Dios como ingeniero y matemático, así como a la convicción en las posibilidades que ofrece la intervención humana en el medio. La evolución de las ciencias y las técnicas y el vínculo que se propuso entre desarrollo histórico y avance material fundamentaron la fe en el progreso y la centralidad de la razón como las conocemos en la actualidad.

El modelo feudal de producción buscaba asegurar la subsistencia de la comunidad. Desde esta perspectiva, el crecimiento no fue una noción importante; además, la religión condenó el apego a lo material y el anhelo de transformar el orden deseado y diseñado por Dios.⁶ La fortuna consistía en aceptar el destino y afrontar los designios de Dios, ya que la sacralidad se expresaba mediante las estructuras del mundo y de los acontecimientos. La Iglesia era la única fuente de autoridad religiosa y, con ello, aseguraba su dominio sobre las creencias y los valores de la comunidad, mientras la justicia era la denominación común del poder político

4 Jacques Le Goff, *Pensar la historia. Modernidad, presente, progreso* (Barcelona: Paidós, 2005), 15.

5 Le Goff, *Pensar la historia*, 15-16.

6 Le Goff, *Pensar la historia*, 204.

que entremezclaba la función del monarca de conservar las leyes tradicionales sin inventar nuevas y velar por su aplicación.⁷

Entre 1114 y 1150, Bernardo Silvestre presentó en *Megacosmus et microcosmus* la imagen de una diosa naturaleza que deseaba conducir al universo del caos primitivo a la civilización y un hombre dotado de aptitud técnica y propensión a la cultura. Silvestre sustrae a la naturaleza algunos de sus poderes para transferirlos a la ciencia, representada en la figura de *Physis*,⁸ pero el autor no alcanza a distinguir la figura del progreso material, cultural y científico que se anuncia en su relato. No fue sino hasta el Renacimiento y el advenimiento de una nueva época que auguraba la centralidad del ser humano y el desplazamiento de Dios por la razón que el progreso empezó a tomar la forma que hoy conocemos.

Nicolás Maquiavelo fue uno de los primeros en advertir sobre la necesidad de captar la oculta racionalidad de la historia para comprenderla como pasado y, de esta forma, poder crear el porvenir.⁹ Tal pensamiento, producto del clima humanístico del siglo XV, excluyó a Dios de los asuntos de los seres humanos —en particular de la política—, limitó la moral al ámbito privado y enfrentó al individuo con sus decisiones al encarar la fortuna, esta vez entendida como la capacidad para sobreponerse a la adversidad y la voluntad para cambiar el rumbo de los acontecimientos.

Entre 1620 y 1720, la idea de progreso se afianzó en el ámbito científico, pero solo se extendió a los campos de la filosofía, la economía (política) y la historia en 1740.¹⁰ Copérnico desplazó la visión geocéntrica del universo; Kepler formuló las leyes empíricas del movimiento planetario; Galileo avanzó en la descripción matemática de la naturaleza y restringió los estudios científicos a aquello que se pudiera medir y cuantificar. El universo comenzó a ser explicado de acuerdo con la bella simetría de las leyes de Newton. La ley de la gravitación universal y las leyes de atracción-repulsión de los cuerpos celestes formuladas por Isaac Newton

7 Perry Anderson, *Transiciones de la Antigüedad al feudalismo* (Madrid: Siglo XXI, 1990), 36.

8 Le Goff, *Pensar la historia*, 206.

9 Ruggiero Romano y Alberto Tenenti, *Los fundamentos del mundo moderno* (Madrid: Siglo XXI, 1980), 153-154.

10 Le Goff, *Pensar la historia*, 210.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

reforzaron el paradigma mecanicista (cientificista) que aportó un método matemático para describir la naturaleza y predecir sus efectos.¹¹

En este clima intelectual, Bodin expresó que la historia tenía un sentido cíclico que oscilaba entre el desarrollo y la decadencia, sin que se produjera el retorno al punto inicial, toda vez que se trataba de una espiral o un ascenso gradual. Francis Bacon formuló las bases del método inductivo, expresó el sentido de acumulación dentro de la noción de progreso y planteó la ruptura con el pasado para alcanzar la felicidad. Por su parte, René Descartes sentó las bases de la idea de progreso mediante la concepción del mundo como orden absoluto, cognoscible de modo intelectual preciso y formable matemáticamente y estableció la separación entre sujeto y objeto que fundamenta la subjetividad y la centralidad de la razón en la relación individuo-medio.¹²

En adelante, la noción de progreso ocupó buena parte de las discusiones filosóficas y teóricas. La fe en el progreso fundamentó el Enciclopedismo, la Ilustración y la Revolución francesa. La creencia en que el ser humano tenía un sentido de perfectibilidad que lo impulsaba a avanzar en búsqueda de su mejoramiento dinamizó el sentido de la historia.

La idea de progreso funda la representación del tiempo, de la sucesión de los siglos, cuyo punto de llegada es el futuro [...]. La historia ya no está pautada por etapas del progreso, sino por el progreso mismo, por un movimiento global e irresistible cuya finalidad se basa en la actualización de los grandes valores que orientan el perfeccionamiento del espíritu humano.¹³

No obstante, aunque la idea de progreso pronto fundamentó buena parte de las utopías y materializaciones de la Revolución francesa, no se impuso sin problemas o resistencias. Edmund Burke, por ejemplo, consideraba que el progreso debía ser un proceso lento y paulatino que no generara rupturas abruptas con el pasado ni con la historia; se trataba de un progreso fundamentalmente moral, animado por Dios y la tradición (prejuicios).¹⁴ El romanticismo y el pensamiento

11 Daniel Botkin, *Armonías discordantes. Una ecología para el siglo XXI* (Madrid: Acento, 1993), 130-131; Ivonne Patricia León, "La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental: Rawls, una reformulación" (tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2014), 15-16.

12 Le Goff, *Pensar la historia*, 211-212.

13 Bronislaw Baczo, *Lumieres de l'utopie* (Paris: Payot, 1978), citado en Le Goff, *Pensar la historia*, 215.

14 Le Goff, *Pensar la historia*, 220.

conservador representaron dos corrientes que rescataron el pasado, lo exaltaron y reivindicaron la tradición en oposición a la naciente y cada vez más popular idea de progreso.

La civilización empezó a manifestarse junto con la idea de progreso para hacer referencia a una serie de elementos sociales que son contrastados con el primitivismo y la barbarie. La Europa moderna se consideró civilizada y estaba englobada en la Modernidad, caracterizada por la tecnología, el aumento de la productividad y la creencia en el desarrollo económico, valores que fueron de la mano de la individualidad que se erigió frente a la familia, la comunidad y las instituciones religiosas. Asimismo, la civilización y el progreso implicaron el comportamiento no salvaje en la vida cotidiana, además de la reducción de la violencia y la crueldad. Los valores del progreso, la modernidad y la civilidad terminaron por imponerse en las ciencias y en lo social.

Durante los siglos XVII y XVIII tuvieron lugar el aumento de la población y de las tierras cultivadas, la destrucción de recursos por la explotación en las colonias europeas, el surgimiento de la sociedad de mercado, la intensificación de la producción y la acumulación base de la emergente Revolución industrial.¹⁵ Tal Revolución significó una transformación profunda en la producción de bienes y el sistema económico y las metáforas mecánicas surgidas en este período dominaron las concepciones sobre el progreso, la belleza y la arquitectura desde mediados del siglo XIX hasta el final de la Segunda Guerra Mundial.

En el siglo XIX, sin que tuviera intención, Darwin eclipsó las discusiones sobre el progreso desde su teoría de la adaptación de las especies, luego trasplantadas e impuestas a las ciencias sociales. A partir de la concepción darwinista se consideró que la evolución natural de la historia y de la sociedad, ya no solo de las especies, determinaba el progreso y el éxito de unas Naciones sobre otras. Las transformaciones y tergiversaciones que sufrió la teoría darwinista, al ser llevada al ámbito de las ciencias sociales, no fueron cuestionadas hasta entrado el siglo XX. El principio que rige a la noción de progreso desde entonces parece ser el del positivismo, que rechaza la metafísica y la teoría para reivindicar lo medible, números sobre letras y artes, discusión de la que no escaparon los pensadores del siglo XIX sin importar su corriente ideológica. Así lo señala Damián Pachón:

.....
¹⁵ León, "La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental", 14.

El eco del progreso llegaría a Hegel, Comte y Marx. En Hegel el espíritu es la razón expuesta en el tiempo, es el progreso mismo de la libertad, es la providencia, la historia. Su punto de partida se dio en Oriente y culminó en Alemania después de haber pasado por el mundo antiguo. En Hegel, pues, el movimiento de la omnipotente razón, la “razón pulpo”, es progresivo en sí mismo. En Marx, en muchos aspectos su heredero, el progreso se refiere a las condiciones materiales de existencia, pero él termina acogiendo la antigua versión al ensalzar la ciencia y el desarrollo de las fuerzas productivas.¹⁶

Desde la visión hegeliana de la historia, lo que se produce es un avance en el que progresar implica eliminar las formas preexistentes o pasadas, pero sin renunciar al acumulado positivo alcanzado hasta entonces. La historia del progreso es destrucción y acumulación, tragedia y epopeya y nada se alcanza sin desgarramiento ni dolor, por lo que el desarrollo del espíritu hacia su autorrealización no puede surgir sino por medio de una constante lucha consigo mismo, en un proceso profundamente conflictivo y doloroso.¹⁷

Considerar a la civilización y al progreso como parte del mismo debate —autorrealización del espíritu— llevó a contemplar que el segundo no podía ser solo una variable económica, sino que tenía un impacto particular en el desarrollo de la sociedad y los individuos. El progreso no se refiere a la acumulación material, puesto que comporta dos dimensiones: una económica, referida a la producción creciente de instrumentos de fuerza y bienestar para la sociedad, y otra intelectual y moral, en la que el principal foco de atención es el progreso de la humanidad.¹⁸

El progreso implicó dos formas de conceptualizar el avance de una sociedad: la primera, asociada con el desarrollo tecnológico y económico catapultado por el perfeccionamiento de las ciencias y, el segundo, como la capacidad de liberarse del pasado en un impulso constante e irrefrenable por la perfectibilidad moral e intelectual del ser humano.

Este sentido del progreso —como vinculación entre lo económico y lo social y proceso de conflictos, contradicciones y reconciliaciones— es el entramado desde el cual se produce la filosofía política marxista. El fin último del socialismo

16 Damián Pachón Soto, “Crítica y redefinición de la categoría de progreso”, *Revista de Ciencia Política*, núm. 9 (enero-junio 2010): 139.

17 Mauricio Rojas, “La idea de progreso y el concepto de desarrollo”, *Cuadernos de la EPIC*, núm. 6 (noviembre 2011): 37.

18 Le Goff, *Pensar la historia*, 221.

solo se alcanza desde la lucha y las contradicciones. La dialéctica de Marx plantea el devenir histórico en torno a tres momentos que bien podrían expresarse en términos hegelianos como tesis, antítesis y síntesis: el momento de la explotación y la lucha de clases consolidada por el capitalismo y la burguesía, al que se opone el momento de la lucha, la contradicción y la revolución, el momento del socialismo, del que surge una sociedad nueva, el momento del comunismo.

En el socialismo, el progreso se aborda y desarrolla de la mano de la utopía. Según Maxime Leroy, “sucede a menudo encontrar una serie de palabras mágicas incluidas en la esfera de otras dos palabras más generales: Progreso y Ciencia, que deben darles la plenitud de un significado real”.¹⁹ Uno de los socialistas utópicos más importantes, Saint-Simon, reivindicó el futuro a partir del progreso al negar cualquier posibilidad de volver al pasado y considerar que la “edad de oro” y la perfección social se encontraba en un momento avanzado de la historia, hacia adelante. Solo el perfeccionamiento de las ciencias, las artes y los oficios podían darles a los trabajadores el papel que merecían en la historia y evidenciar los excesos de una clase ociosa y parasitaria que transitaba en contra del bienestar de la mayoría.

La utopía es un elemento central del progreso, ya que representa el paso de un momento histórico a otro, de una etapa de crisis o limitaciones a un estadio superior en el que la sociedad alcanza el bienestar, la estabilidad y la felicidad. La utopía es asumida como una alternativa frente a la crisis y puede verse bien como una perspectiva que hace frente a la industrialización y la creciente urbanización que acarrearán la idea de progreso o como el fin del progreso en sí mismo, el avance hacia la promesa de crecimiento y desarrollo económico. Ya sea como crítica, alternativa o cristalización del progreso, la utopía plantea un futuro imaginado, pero no quimérico ni producido por un discurso ficcional. “[...] su advenimiento estaría garantizado por el ritmo mismo de la Historia y por sus *leyes*, otras tantas fórmulas para designar al Progreso que concluiría con la utopía realizada”.²⁰

En este contexto emergió la Primera Internacional Obrera, conocida también como Asociación Internacional de los Trabajadores (AIT), fundada en 1864, en un intento animado por Carl Marx y Pierre-Joseph Proudhon, entre otros, con el

19 Maxime Leroy, *Histoire des idées sociales en France* (París: Gallimard 1946), citado por Le Goff, *Pensar la historia*, 221.

20 Bronislaw Baczkowski, *Los imaginarios sociales* (Buenos Aires: Nueva Visión, 1999), 91.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

propósito de alcanzar la emancipación de los trabajadores y el mejoramiento de sus condiciones laborales y de vida.

La AIT tendría un doble objetivo en la evolución del movimiento obrero internacional: agrupar a todas las organizaciones obreras del mundo, e infundirles una clara conciencia comunista sobre sus metas y los medios de acción a emplear para alcanzarlas. Pronto se desmarcaron de ese programa las organizaciones inglesas, que se orientaron definitivamente hacia la lucha sindical, sin apenas presencia del socialismo como referente político.²¹

La falta de consistencia ideológica y el auge del desarrollo industrial pronto llevaron al fracaso de la Primera Internacional. Sin embargo, la crítica al desarrollo y al progreso alentó las movilizaciones obreras posteriores; se extendió el movimiento sindical y se establecieron los objetivos políticos de las reivindicaciones laborales que años más tarde animarían el surgimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Esta organización es quizá la representación más importante de la utopía, que se hace posible para materializar una alternativa al proceso de progreso y desarrollo centrado en lo económico, toda vez que incorpora elementos de lo social y lo humano frente a una actividad que pareciera ser puramente económica. Al respecto señalan Rodgers, Lee, Swepston y Van Daele:

Recuerdo perfectamente que en aquellos días la OIT no era más que un sueño. Para muchos, un sueño irrealista: ¿quién había oído jamás hablar de gobiernos que se reunieran para mejorar las condiciones de trabajo a nivel internacional? Todavía más irrealista era la idea de que las personas a quienes aquello afectaba directamente, es decir, los trabajadores y los empleadores de los distintos países, colaboraran con los gobiernos para determinar cuáles debían ser esas condiciones de trabajo.²²

A finales del siglo XIX, el mito del progreso dejó de ser un elemento que se transmitía por medio de obras cultas y se convirtió en un mito difuso que formaba parte del imaginario colectivo. Los cambios acaecidos durante la industrialización y la urbanización fueron formulados en términos de progreso e inscritos en un discurso unificador sobre la evolución continua, acumulativa y orientada hacia un futuro prometedor. Para asegurar la difusión de este

21 Lucía Rivas Lara, "La Primera Internacional: introducción". *Cuadernos*, núm. 38 (septiembre 2014): 9.

22 Gerry Rodgers et al., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009), 1.

imaginario se emplearon las innovaciones tecnológicas como la locomotora, la escuela y la historia que ella difunde.²³

El mito del progreso pronto llevó a considerar el escenario o la utopía de un futuro en el que individuos libres eran gobernados por la razón, donde no existía la desigualdad entre los pueblos ni se producían guerras o conflictos, en el que las personas gozaban de los benéficos efectos de la civilización, el perfeccionamiento moral, la racionalización de sus instituciones, el crecimiento y la felicidad individual y colectiva.²⁴ Fue este el imaginario social que propició el surgimiento de organizaciones internacionales como la Sociedad de Naciones.

Los catorce puntos de Woodrow Wilson en 1918 bien podían ser considerados la materialización de la utopía. Su contenido idealista no tardó mucho en desaparecer del escenario de las relaciones internacionales; sin embargo, motivó la posterior creación de un orden internacional basado en la cooperación y la verificación de los compromisos de las Naciones. Se trató de una estructura institucional universal, en la que participó la mayor cantidad de Estados y terminó disolviéndose debido al advenimiento de la Segunda Guerra Mundial.

Con el fin de esa guerra y tras conocer el inevitable retorno de la guerra, la utopía se centró en la posibilidad de instaurar la democracia como un mecanismo de contención y desarrollo para las Naciones. El nuevo orden surgido después de 1945 fue construido en torno a cuatro ideas: 1) el compromiso con la apertura económica de las regiones como una forma de fortalecer la gobernabilidad democrática; 2) el surgimiento de acuerdos y organizaciones internacionales que aseguraban el cumplimiento de los compromisos; 3) la consolidación de un nuevo pacto social fundamentado en el orden democrático occidental, y 4) un orden cooperativo y único de seguridad.²⁵

El 14 de agosto de 1941, Winston Churchill y Franklin Delano Roosevelt suscribieron la Carta del Atlántico, en la que se planteaba la necesidad de crear una nueva organización internacional con el propósito de sustituir a la Sociedad de

.....
23 Baczko, *Los imaginarios sociales*, 97-98.

24 Baczko, *Los imaginarios sociales*, 99.

25 John Ikenberry, "Globalización y orden político: los orígenes de la integración económica mundial y sus consecuencias", *Colombia Internacional*, núm. 52 (mayo-agosto 2001): 11-12.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

las Naciones y asegurar el mantenimiento de un nuevo orden mundial.²⁶ No fue sino hasta la Conferencia de San Francisco, celebrada en 1945, cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y se fijó como uno de sus objetivos promover el progreso social.²⁷

La palabra progreso aparece solo tres veces en la Carta de las Naciones Unidas: la primera, para enunciar el compromiso de los Estados miembros en la promoción del progreso social y el nivel de vida dentro del concepto más amplio de la libertad; la segunda, para instituir como uno de sus fines emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de los pueblos; la tercera, en el Artículo 55 del Capítulo IX sobre la cooperación internacional económica y social, en donde se puede leer:

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; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.²⁸

En adelante, las organizaciones internacionales derivadas del nuevo orden internacional surgido de 1945, entre ellas la OIT, señalaron entre sus propósitos las líneas más generales de la fe en el progreso y el motor orientador de la razón occidental, que terminaron por cristalizar un concepto de desarrollo que pretendía alcanzar los fines de una sociedad bien ordenada y orientada por la equidad, en la

.....
26 Sobre el propósito de mantenimiento de la paz en el orden internacional surgido tras la Segunda Guerra Mundial, en particular el papel de la ONU, se pueden consultar los trabajos de Germán Vallejo Almeida, "Principios de las operaciones de mantenimiento de la paz", *Novum Jus* 5, núm. 1 (enero-junio 2011): 79-98; "Alcances de las operaciones de mantenimiento de la paz", *Novum Jus* 6, núm. 2 (julio-diciembre 2012): 9-28; *Las operaciones de paz de la ONU: una opción para el caso colombiano* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015).

27 Uldarico Figueroa, *Manual de organismos internacionales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991), 81; Romel Jurado Vargas, "Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos", *El Cotidiano*, núm. 180 (julio-agosto 2013): 36.

28 Organización de Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas* (San Francisco: Autor, 1945), art. 55.

que fuera posible obtener mayor bienestar social mediante el desarrollo económico y la disminución de la pobreza.

Para su conmemoración del centésimo aniversario, en 2019, la OIT implementará siete iniciativas enmarcadas en un conjunto de actividades destinadas a preparar a la Organización para asumir con éxito los retos de su mandato en materia de justicia social en el futuro. En este marco, la OIT considera que “el trabajo tiene la capacidad de relegar la pobreza a la historia, proporcionar trabajo decente y un buen nivel de vida a escala universal, y ampliar a todas las personas la protección contra los riesgos de la vida laboral”.²⁹ Las siete iniciativas pasan por la configuración de un futuro en el que sea posible hacer frente a los acelerados cambios tecnológicos, el cambio climático para reconfigurar las formas de producción, hacer realidad la igualdad de oportunidades, reducir la pobreza por medio de propuestas multidimensionales y consolidar el esquema de gobernanza de la OIT en favor de la justicia social.

Entre 1945 y 1975, la línea fundamental del progreso fue la económica y la mayoría de veces se asocia con el crecimiento. Esta tendencia se expandió más allá de Occidente y generó reacciones desde las denominadas Naciones del Tercer Mundo, que criticaron el progreso como un proceso eurocéntrico que desconocía otras formas de vida. Desde entonces, como se ha visto hasta este punto, el progreso no se reduce al crecimiento económico o al desarrollo tecnológico, sino que conlleva un complejo esquema de imaginarios y representaciones que involucran tanto al pasado como al futuro, en el que la utopía, en tanto capacidad para imaginar alternativas posibles, constituye un elemento determinante.

Dialéctica del desarrollo

La noción de desarrollo es polémica y polisémica, pero el sentido del término no puede entenderse sin que se consideren aparejados a él los conceptos de progreso, crecimiento económico y globalización. A partir de la segunda mitad del siglo XX se pueden encontrar las definiciones de desarrollo aportadas por el estructuralismo, neoliberalismo, neoestructuralismo, ambientalismo y las teorías enfocadas en

.....
²⁹ Organización Internacional del Trabajo [OIT], “Iniciativas para el centenario de la OIT”, <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang-es/index.htm> (acceso noviembre 27, 2017).

lo social, cuya generalidad parece ser el crecimiento y el paso de un momento en la historia a otro de mayor avance tecnológico, económico o social.

Desde sus inicios en el siglo XVIII, la idea de desarrollo estuvo ligada al crecimiento económico y, pese a que desde el siglo XX se fueron incorporando variables de orden cualitativo para su definición, suele relacionarse con factores y cambios en la vida del individuo y de la sociedad en la que habita, aunque algunos autores se enfocan en el aspecto material del cambio.³⁰ Este sentido en la idea de desarrollo ha hecho que se le considere en oposición al atraso, asumido como premodernidad o subdesarrollo.

El interés de los países industrializados en el desarrollo puede rastrearse en los postulados keynesianos y la preocupación por reducir las dificultades recurrentes del sistema de producción capitalista. La crisis económica había llevado a la aplicación de algunas medidas diseñadas por Kelsen, pero pronto fue necesario dar cabida a nuevas ideas en un contexto de conflicto bélico y social. El auge y la expansión del socialismo obligaron al capitalismo a buscar medios efectivos de control que evitaran la acumulación de presiones internas. Las medidas adoptadas canalizaron el crecimiento económico de forma que las clases trabajadoras se vieran beneficiadas, dieron paso a una economía capitalista planificada y fomentaron el impulso de la libre empresa.³¹

La atención que los Estados avanzados prestaban al desarrollo quedó expuesto en el discurso de 1949 que el presidente Harry Truman emitió en la posesión de su cargo.

Debemos embarcarnos en un nuevo programa para hacer que los beneficios de nuestros avances científicos y el progreso técnico sirvan para la mejora y el crecimiento de las áreas subdesarrolladas. Creo que deberíamos poner a disposición de los amantes de la paz los beneficios de nuestro almacén de conocimientos técnicos, para ayudarles a darse cuenta de sus aspiraciones para una mejor vida, y en cooperación con otras naciones deberíamos fomentar la inversión de capital en áreas necesitadas de desarrollo.³²

30 Silvia London y María Martha Formichella, "El concepto de desarrollo de Sen y su vinculación con la educación", *Economía y Sociedad* XI, núm. 17 (enero-junio 2006): 19.

31 Sergio De la Peña, *El antidesarrollo de América Latina*, 13ª ed. (Ciudad de México: Siglo XXI, 1999), 6.

32 Discurso de posesión del presidente Harry Truman, en 1949, citado en Fernando Lizana Ibáñez, *Análisis de la realidad y desarrollo humano sostenible* (San José: UNED, 2007), 141.

De este proceso se extraen la irrelevancia de la intervención del Estado en la economía, la solución del problema ideológico y su desplazamiento por el problema de la ciencia y su avance, la organización social basada en lo administrativo, el funcionamiento de la economía por un sistema de asignación de recursos y la distribución geográfica de actividades de acuerdo con las capacidades de los Estados para garantizar el bienestar de la mayoría. Se popularizaron lo que se conoció como la división internacional del trabajo, el orden mundial en torno a la idea de centro y periferia y la concepción acerca del desarrollo económico, que tuvo su auge en el siglo XX junto con la idea de modernización.³³

La Declaración sobre el derecho al desarrollo sostiene que la “persona humana” es el sujeto central del proceso del desarrollo de los pueblos y su principal beneficiario y que los Estados tienen el deber de crear condiciones favorables para que este sea posible:

1. El derecho al desarrollo es 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 que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.
2. 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.³⁴

El propósito del desarrollo estuvo en el horizonte de las Naciones Unidas, inclusive desde la Declaración de San Francisco, en la que la cooperación internacional para el desarrollo en búsqueda del bienestar económico y social quedó reseñada como uno de sus principales objetivos. En adelante, la cooperación internacional se enfocó en estrategias que permitieran el avance de los países más pobres, desde una perspectiva que superara las concepciones asistencialistas de ayuda y, en su lugar, fomentara los principios de codecisión, corresponsabilidad,

33 Norbis Mujica Chirinos y Sorayda Rincón González, “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”, *Revista Venezolana de Gerencia* 15, núm. 50 (abril-junio 2010): 298.

34 Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (Washington: Autor, 1986), art. 1.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

coparticipación y cofinanciamiento de los proyectos y programas de colaboración instrumentados entre donante y receptor.³⁵

En la Declaración de San Francisco se puede leer,

- a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.³⁶

Desde el estructuralismo, corriente de pensamiento de la década del cuarenta del siglo XX, se explicaron estas transformaciones, al considerar que el desarrollo era resultado de la evolución de las ideas económicas en torno a los problemas del capitalismo y, en particular, de la preocupación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por el futuro de las Naciones al terminar la Segunda Guerra Mundial. A estas inquietudes se fueron sumando poco a poco las demandas de los países dependientes de economías foráneas y cuya especialización se produjo en el sector de materias primas.³⁷

De la mano del estructuralismo se emplearon los términos riqueza y crecimiento económico para indicar el cambio en las condiciones materiales de las Naciones. La idea de progreso económico surgida de la Revolución industrial y el auge de la racionalidad técnica e instrumental pronto fue vista, por una parte, como un imperativo hacia el cual se debe avanzar y, por otra, como sinónimo de explotación, colonialismo y exclusión de otra.

En el afán del progreso se adelantaron la ciencia, las artes, las letras y el estilo de vida, teniendo papel significativo las invenciones, los descubrimientos y la afluencia de los metales preciosos provenientes de las colonias, así como también los nuevos

35 Juan Pablo Prado Lallande, "La ONU y el desarrollo: una reflexión crítica y propositiva", *Foro Internacional* XLVI, núm. 2 (abril-junio 2006): 265-276.

36 Organización de Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, art. 55.

37 Mujica Chirinos y Rincón González, "El concepto de desarrollo", 296-297.

productos primarios que se incorporaron al patrón de consumo occidental, por lo que el progreso surgió de un proceso de concentración, explotación colonial y exclusión.³⁸

La separación entre unos países desarrollados o industrializados en los que las ciencias, las artes y la empresa generaban amplios beneficios económicos y unos Estados atrasados en los que el desarrollo se planteaba solo como una posibilidad y con economías dependientes, dio lugar a la preocupación por la forma como se producía el desarrollo. Es en este contexto en el que se llama la atención sobre la diferenciación entre desarrollo y subdesarrollo, teorizado en principio por André Gunder Frank y académicos marxistas en las décadas del sesenta y del setenta para explicar la separación entre países abastecedores de materias primas y aquellas que monopolizaban la producción de bienes manufacturados, así como para explicar la producción y distribución de la riqueza y la pobreza y el fracaso de algunos Estados en la aplicación de formas de gobierno de corte liberal y políticas exitosas de trabajo asalariado.³⁹

Según Édgar Meléndez:

La división internacional del trabajo no es más que el mecanismo por el cual un buen grupo de países, de los llamados subdesarrollados, se han especializado en ser meros almacenes e importadores de materia prima y a lo sumo de productos semielaborados, mientras otros, los desarrollados, son los grandes centros industrializados donde se le otorga valor agregado a lo que circulará “globalmente” como producto final.⁴⁰

La división internacional del trabajo, fundamentada en la globalización de la producción de empresas multinacionales consideradas desde la década del ochenta como actores de la nueva economía mundial, se caracterizó por contar con un fuerte sistema financiero global, producción flexible y multilocal, bajos costos de transporte, una revolución tecnológica y de la información, desregulación de las economías nacionales, dominio de agencias financieras multilaterales y emergencia del capitalismo trasnacional en Estados Unidos, Japón y Europa. Todas estas transformaciones tienen una intensidad desigual, según las capacidades, la

38 Al respecto se puede consultar también a De la Peña, de donde Mujica, Chirinos y Rincón González toman la idea original. Sergio De la Peña, *El antidesarrollo de América Latina*, 7ª ed. (Ciudad de México: Siglo XXI, 1979); Mujica Chirinos y Rincón González, “El concepto de desarrollo”, 297.

39 James O'Connor, “Desarrollo desigual y combinado y crisis ecológica”, *Ambiente & Sociedad* VI, núm. 2 (diciembre 2003): 9-10.

40 Édgar Meléndez, “División internacional del trabajo”, <http://www.aporrea.org/endogeno/a136011.html> (acceso agosto 15, 2017).

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

ubicación geográfica y los recursos económicos de los Estados y se combinan con características de los países subdesarrollados en los que se procuran imponer.⁴¹

Estas relaciones se pueden explicar desde el desarrollo desigual, el cual se refiere a las interacciones entre el Estado y las clases sociales con la economía y centra su interés en la inequitativa distribución espacial, históricamente producida, de la industria, las instrucciones sociopolíticas, la riqueza y las relaciones laborales, entre muchas otras. “En otro nivel teórico, el desarrollo desigual podría ser definido como la relación de explotación entre la ciudad y el campo (poder imperial/colonia; centro/periferia) como la base para la reproducción del capitalismo global en su conjunto”.⁴²

Por otra parte, el desarrollo combinado explica la mezcla de formas económicas, sociales y políticas que se encuentran en regiones desarrolladas con las que se producen en las subdesarrolladas, esto es, una mixtura en la que se entrelazan nuevas y viejas formas sociales, políticas y económicas. Así lo explica O’Connor:

El ejemplo más importante de desarrollo combinado en la actualidad quizás se refiera a la “nueva economía global”, en la que el capital (siempre obsesionado con maximizar el incremento de las ganancias) combina tecnología de punta, organización industrial y división del trabajo con fuerza de trabajo barata y/o superexplotada.⁴³

La visión hegeliana representó un punto de inflexión importante, ya que avanzó en la comprensión del desarrollo desde la lógica dialéctica. Así, desde esta perspectiva, el desarrollo no se produce de modo lineal, sino por medio de conflictos y negaciones que lo van acercando a su fin último. De acuerdo con esta concepción de historia, la sociedad va progresando por la destrucción del estado preexistente de cosas, pero sin eliminar lo positivo que ya se ha alcanzado.

Podemos acercarnos a esta forma de pensar considerando el famoso concepto de “Aufhebung”, que bien resume en núcleo mismo de la dialéctica. Este término, cuyo sentido literal es el de abrogación o abolición, fue transformado por Hegel en un

41 Pablo Reyes Beltrán, *Derecho y globalización. Transformaciones del Estado contemporáneo* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2017), 50.

42 O’Connor, “Desarrollo desigual y combinado y crisis ecológica”, 10.

43 O’Connor, “Desarrollo desigual y combinado y crisis ecológica”, 10.

concepto multifacético que implica la simultaneidad de la negación, la superación, el progreso y la conservación.⁴⁴

Sin embargo, desde la óptica de Zygmunt Bauman, la sociedad del siglo XIX no es menos moderna que la del siglo XX: es moderna de manera diferente.⁴⁵ Lo que las hace igualmente modernas y distingue a la modernidad de otras formas de cohabitación humana es la modernización, definida por Bauman como compulsiva, continua, irrefrenable y eternamente incompleta, así como la sed de creación destructiva o creatividad destructiva que desmantela, elimina y limpia, con el propósito de aumentar la productividad y la competitividad. Las novedades de este tiempo son la decadencia de la “ilusión moderna” y el declive de la creencia en una sociedad justa y en las utopías realizables, que son desplazadas por la desregularización, la privatización de todos los ámbitos de la vida cotidiana y la exacerbación de la individualización.

El discurso ético-político de la “sociedad justa” se desplaza hacia el discurso por los derechos humanos y deja al poder público dos funciones: 1) la observancia de los derechos humanos, con el fin de que cada uno siga su propio camino, y 2) la garantía de la seguridad física y de la propiedad para este propósito. De acuerdo con Margaret Thatcher, no hay tal cosa como la sociedad: hay hombres, hay mujeres, hay familias. El derecho de las personas a ser diferentes y la inexistencia de líderes desplazados por la posibilidad del individuo de observar el ejemplo de otros iguales a él conllevan la responsabilidad de tomar decisiones y elegir un ejemplo en lugar de otro.⁴⁶

El desarrollo implica un proceso de expansión de las libertades para obtener aquello que se considera valioso o importante, en un accionar que parte del individuo, pero se refleja colectivamente en aspectos como la equidad y la sustentabilidad. En este contexto destacan los aportes de Amartya Sen, para quien el desarrollo es un proceso de expansión de las capacidades de las que disfrutaban los individuos.⁴⁷ Desde el concepto de capacidad, Sen aborda los problemas que afectan el bienestar humano, como la desigualdad, la pobreza y la injusticia

44 Rojas, “La idea de progreso y el concepto de desarrollo”, 34.

45 Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2005), 33.

46 Bauman, *Modernidad líquida*, 35.

47 London y Formichella, “El concepto de desarrollo de Sen”, 19.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

social. La concepción sobre el desarrollo no solo involucra las cuestiones económicas que lo determinan, sino aquellos factores aparejados a ellas, como la educación y las libertades.

Cuando Sen introduce el concepto de capacidades en su conferencia “¿Igualdad de qué?”, entiende por dicho concepto el que una persona sea capaz de hacer ciertas cosas básicas, como la habilidad de movimiento, la habilidad de satisfacer ciertas necesidades alimentarias, la capacidad de disponer de medios para vestirse y tener alojamiento, o la capacidad de participar en la vida social de la comunidad.⁴⁸

Asuntos como la inequidad en el acceso a los servicios públicos o de salud, la pobreza, el desempleo y el analfabetismo constituyen un desafío ético, en la medida en que controvierten las construcciones sociales y culturales de la individualidad expresada en constantes violaciones a los derechos humanos. La ocupación de la mano de obra es uno de los puntos de mayor interés en las teorías sobre el desarrollo, porque es la condición esencial para lograr la más elevada producción y porque significa la solución a las presiones sociopolíticas generadas por el hambre y el desempleo.

El desarrollo se configura entonces como un derecho que involucra procesos globales de carácter 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.⁴⁹

Con el desarrollo se pretende dar solución a problemas como la pobreza y la inequidad y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Como una forma de humanizar el sistema capitalista y las formas de producción neoliberal en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, el enfoque estructuralista de corte marxista terminó por influir en los análisis sobre el desarrollo y en particular, sus consideraciones sobre el trabajo y el impacto de las formas de producción sobre la vida de los seres humanos. Desde la perspectiva marxista se considera que:

48 Martín Urquijo Angarita, “La teoría de las capacidades en Amartya Sen”, *Edetania: estudios y propuestas socio-educativas*, núm. 46 (diciembre 2014): 66.

49 ONU, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*.

[...] la acumulación de capital altera la composición orgánica de éste, aumentándola vía inversión, pues el capital constante crece más rápidamente que el variable. Al mismo tiempo, la introducción de innovaciones tecnológicas por parte de los capitalistas incrementa la productividad y disminuye el precio de los productos, y ello trae consigo una plusvalía superior. De este modo, la plusvalía se distribuye de manera desigual entre los capitalistas, lo que conduce a la eliminación de los más débiles del mercado y genera una tendencia a la concentración del capital en manos de unos pocos.⁵⁰

Esta postura crítica dio lugar a los análisis sobre la dependencia, para cuestionar el carácter de las relaciones entre los países del centro y de la periferia. Las teorías de la dependencia desempeñaron un papel importante en la configuración de lo que los Estados con menores avances económicos, sociales y tecnológicos consideraron desarrollo. Ejemplo de esta tendencia fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), fundada con el objetivo de contribuir al desarrollo de los Estados latinoamericanos.

Asimismo se destaca el Centro de Alternativas de Desarrollo de Chile (Cepaur), del cual emergió el enfoque del “desarrollo a escala humana”, orientado hacia la satisfacción de las necesidades desde un nuevo modo de interpretación de la realidad y alternativas al modelo económico tradicional. Este enfoque se orienta a la satisfacción de necesidades humanas fundamentales como el ocio, la participación y la subsistencia, entre otras, indispensables para la satisfacción de otras como la identidad y la libertad.⁵¹

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha trazado como ejes estratégicos de su acción: reducción de la pobreza, gobernabilidad democrática, prevención y recuperación de crisis, ambiente y energía, empoderamiento de la mujer, desarrollo humano y enfoque poblacional. En cada uno de estos campos, los informes del PNUD se han convertido en una importante herramienta de incidencia política a la que acuden los Estados para incrementar el bienestar de sus poblaciones desde una óptica que intenta beneficiar a los desfavorecidos.

50 Antonio Luis Hidalgo, *El pensamiento económico sobre desarrollo. De los mercantilistas al PNUD* (Huelva: Universidad de Huelva, 1998), 31.

51 Manfred Max-Neef, Antonio Elizalde y Martín Hopenhayn, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones* (Barcelona: Icaria, 1998), 42, citado en Rodrigo Mogrovejo, *Desarrollo: enfoques y dimensiones* (La Paz: Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios Cebem, 2010), 14.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social.

Con una posición cercana a la de Amartya Sen, el PNUD entiende por desarrollo la posibilidad de fomentar las capacidades de las personas en una sociedad para satisfacer sus necesidades y por capacidades, lo que una persona puede ser o hacer en la vida; se contemplan entre ellas “disfrutar de una vida larga y saludable, haber sido educado, acceder a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida digno y poder participar en la vida de la comunidad”.⁵²

El desarrollo humano involucra una perspectiva que trasciende lo económico y que considera el fomento y la potenciación de determinadas características de los individuos en la sociedad. No se trata de una visión limitada a la propuesta neoliberal de producción y acumulación impuesta a partir del Consenso de Washington y los informes del Banco Mundial que circulan desde la década del ochenta, desde los cuales se pretendía la disminución del papel del Estado y la desregulación de la economía con un enfoque aperturista.

La concepción estructural e institucional del desarrollo llama la atención sobre el carácter de las interacciones que lo hacen posible. Este proceso involucra individuos y comunidades, pero también instituciones, agencias y medios de los que dependerán las metas y los objetivos trazados. Se trata de buscar más que la combinación eficaz de recursos escasos, la potenciación y utilización de las capacidades ocultas y diseminadas en la sociedad, en un esfuerzo colectivo encauzado por el desarrollo.⁵³

Progreso y exclusión. Los retos de la utopía

El progreso y el desarrollo privilegian la innovación y los cambios continuos, resultado de varios siglos de avances científicos y técnicos y de una sociedad cimentada en el crecimiento acelerado de la economía relacionado con los avances tecnológicos y científicos, de autonomía y de diferenciación social.

En las últimas décadas, la profundización de los avances científicos y tecnológicos, la generalización de la industrialización, la aparición de las sociedades de conocimiento y la globalización han ocasionado la desaparición de las sociedades preindustriales. Sin embargo, esta transformación no implica, por sí

52 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], “Desarrollo humano: concepto”, <http://desarrollohumano.org.gt/desarrollo-humano/concepto/> (acceso mayo 23, 2017).

53 Albert Hirschman, “Auge y ocaso de la teoría económica del desarrollo”, *El trimestre económico* 47, núm. 188 (octubre-diciembre 1980): 1063.

misma, la aparición de una sociedad neoclásica ni la explotación de personas y medios naturales.

El progreso y el desarrollo presionan las transformaciones políticas y económicas de los Estados, lo que abre una nueva dimensión de análisis, despolitización, descentralización e individualización de la sociedad. Desde esta perspectiva se alza la crítica a la visión reduccionista de ambos fenómenos como hechos fundamentalmente económicos y se acepta que están compuestos por dimensiones culturales, jurídicas, sociales, políticas y económicas que afectan las esferas nacionales, regionales y locales.

Los principios orientadores de este modelo son la diplomacia transparente y pública, como el mecanismo idóneo para superar las tensiones entre Estados; la apertura económica, como herramienta para el desarrollo de las Naciones; una institucionalidad supranacional para el fomento de la democracia.

El surgimiento y la evolución de la OIT no ha sido ajena a estos valores guía. La Organización surgió en 1919, basada en la idea de que solo es posible alcanzar la paz a partir de la justicia social, lo que hace necesario avanzar en torno a la superación de la injusticia, la miseria y las privaciones que sufren los seres humanos al verse impelidos a ciertas formas de trabajo, así como al desempleo.

El progreso no es una noción que pueda identificarse con corrientes filosóficas y políticas como el liberalismo, la democracia y la igualdad jurídica. En ocasiones se ha asociado la idea de progreso con la civilización y se ha sostenido la primacía de unas sociedades sobre otras.

La identidad sobre la que se construye el progreso occidental surge de la confrontación ideal del yo individual y del ideal social, lo cual está ligado a la cultura, los valores y los principios. Así, la civilización se configura a partir de un sentido de identidad, resultado de la “carga” que imponen las instituciones por las que transita el individuo y desde la que se construye la idea del “otro”, el diferente, extraño o ajeno.⁵⁴

La cultura occidental, y en particular la modernidad, ha considerado al sujeto, en su individualidad como medida de lo humano. Esa es una de las causas por la cual resulta difícil para el individuo aceptar al diferente, ya que la identificación con ese portador de notables diferencias, se hace riesgosa, en la medida que esta ajenezad,

54 Mabel Inés Falcon, “Anotaciones sobre identidad y otredad”, *Revista Electrónica de Psicología Política* 11, núm. 31 (noviembre-diciembre 2013): 2.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

implica modificar la propia identidad erigida en ideal del sujeto y de la cultura de pertenencia.⁵⁵

El desarrollo del conocimiento tecnocientífico no es una práctica neutral en relación con la vida, en general, y la vida humana, en particular y, por tanto, requiere una resignificación radical. Las reacciones ciudadanas plantean desafíos para la producción de los sistemas científicos, para la legitimidad de las instituciones sociales y para la organización de los sistemas educativos en todos sus escenarios. Al mismo tiempo, implican nuevas perspectivas que replantean la relación individuo-individuo e individuo-naturaleza.⁵⁶

Lo propio de las estructuras de conocimiento en el sistema-mundo moderno es la ruptura entre ciencia y filosofía, que conlleva la separación entre lo verdadero y lo bueno-bello y entre lo práctico y la metafísica. Estas escisiones conducen a legitimar la eliminación de la diferencia y de la particularidad, con lo que se niega la posibilidad de edificar sociedades incluyentes y cosmopolitas como las reconocidas formalmente por las organizaciones internacionales de carácter supranacional.

Ya desde la industrialización, en el siglo XIX, se empezaba a discutir sobre la cuestión social, debido a los efectos negativos de esta sobre la vida de las personas. Las demandas de los trabajadores trascendieron el ámbito local con la creación de la Asociación Internacional de Trabajadores o Primera Internacional, que reclamaba por la protección y emancipación de la clase trabajadora, labor que continuó con la segunda Internacional y la adopción del Convenio 169 de la OIT en 1889.⁵⁷

En un intento por promover relaciones laborales cada vez más inclusivas, la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa planteó como uno de sus objetivos forjar una convergencia eficaz de las políticas nacionales e internacionales, conducentes a una globalización equitativa y a un mayor acceso al trabajo decente para hombres y mujeres en todo el mundo;

55 Falcon, "Anotaciones sobre identidad y otredad", 2.

56 Ivan Illich, *Obras reunidas*. Tomo I (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 107; Sergio Néstor Osorio García, "Bioética global y pensamiento complejo", *Revista Latinoamericana de Bioética* 8, núm. 2 (2008): 111; Van Rensselaer Potter, *Bioethics: Bridge to the Future* (Nueva Jersey: Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971), 13; Van Rensselaer Potter, *Global Bioethics. Building on the Leopold Legacy* (East Lansing: Michigan State University Press, 1988), 57.

57 Rodgers et al., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social*, 4.

promueve, a su vez, el respeto por la dignidad humana y la prosperidad mundial, con el propósito de satisfacer las necesidades y esperanzas de los pueblos, las familias y las comunidades en todo el mundo.⁵⁸

El proyecto normativo de la Modernidad surge en un proceso de civilización y racionalización de las cosmovisiones, cuya expresión se manifiesta en la formación discursiva de la voluntad a partir de una democracia deliberativa, con sujetos libres que se someten solo al mejor argumento. Sin embargo, lejos de que se hubiera alcanzado la ilustración, el proceso modernizador ha develado regresos cíclicos a la barbarie y sus estructuras deben ser cuestionadas. Cada orden social se basa en un esquema de clasificación que distingue, incluye y excluye a personas y cosas relacionadas con ellas, orden y crisis, lo propio y lo ajeno, la civilización y la barbarie.⁵⁹

Arjun Appadurai, en el marco de su reflexión sobre minorías étnicas y violencia global, plantea la posibilidad de una operación correctora de alcance mundial que se sirva de los idiomas, de la “etnificación” y la institucionalización de las minorías, pero en realidad está orientada a preparar el mundo de los vencedores de la globalización, liberadora del incómodo ruido de los perdedores. Podría incluso tratarse de una inmensa modalidad de lo que se conoce como genocidio, una tendencia generalizada en todo el mundo a organizar la desaparición de los vencidos.⁶⁰ En últimas, es una forma de reorientar el caos e intervenir en la naturaleza desordenada, para dominar, subordinar o rehacer mediante la configuración de nuevos sentidos e imaginarios de apropiación del mundo.

La construcción de imaginarios permite explorar las formas en las que la sociedad se apropia de su contexto y la manera como se constituye la experiencia, dada la producción de sentido sobre las realidades ajenas. Toda sociedad configura un “otro” cuando delinea los límites de su propio mundo y cuando fija sus fronteras de sentido, las cuales se constituyen desde la heteronomía que se refiere al origen externo y extrasocial de las instituciones.⁶¹

58 Franciso Rafael Ostau de Lafont de León y Rocío Poveda Peña, “La negociación colectiva: análisis y su papel en la protección social en Colombia”, *Novum Jus* 3, núm. 2 (julio-diciembre 2009): 240.

59 Josexto Berian, *Modernidades en disputa* (Barcelona: Anthropos, 2005), 113-114.

60 Arjun Appadurai, “La nueva lógica de la violencia”, *Revista de Occidente*, núms. 266-267 (2003): 74.

61 Cornelius Castoriadis, *Sujeto y verdad en el mundo histórico-social. Seminarios 1986-1987. La creación humana I*, trad. Sandra Garzonio (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004), 53-54.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

La construcción de sentido de la institución y la sociedad se erige como encubrimiento de este origen interno y como protección frente a la posibilidad de la contestación interna o la agresión externa; la aceptación de que esta creación de sentido es posible constituye también la aceptación de la posibilidad de su destrucción.⁶²

La diferenciación y exclusión del “otro” puede ser mitigada con la asimilación o la absorción de aquel que se sitúa como extraño o fuera de la sociedad. Esta inclusión se logra con mecanismos como la educación, la estratificación y la temporalización que delimita entre pasado y futuro, este último entendido como horizonte o espacio de lo civilizado. Sin embargo:

No existe una tendencia socialmente condicionada a la realización del orden civilizatorio, como pensaban los fundadores europeos de la sociología y sus epígonos norteamericanos de las teorías de la modernización, sino una disputa entre orden y desorden cuyo resultado final es altamente contingente, especialmente en la modernidad.⁶³

Así, el problema del “otro” remite a la necesidad de justificar intelectualmente la convivencia con otras personas y que precisa experimentar la peculiar realidad del propio yo.⁶⁴ El avance de la tecnología, la degradación ambiental y los cuestionamientos a la modernidad y a la racionalidad han hecho que la identidad y la diferencia se conviertan en elementos cruciales para la forma de comprender el mundo. Así lo señala Kapuscinski:

[...] a lo mejor nos dirigimos hacia un mundo tan nuevo y diferente que las experiencias acumuladas a lo largo de la historia nos resulten insuficientes para comprenderlo y para movernos en él sin perder el rumbo [...] En este mundo de nuevo cuño, a cada momento nos toparemos con un nuevo Otro, que poco a poco irá emergiendo del caos y de la confusión de nuestra contemporaneidad.⁶⁵

62 León, “La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental”, 74.

63 Al respecto se puede estudiar el documento de Bauman, en el cual se abordan las consecuencias de la Modernidad en torno a la idea de orden y desorden como mecanismo de exclusión. Zigmunt Bauman, “Modernidad y ambivalencia”, en *Las consecuencias perversas de la Modernidad*, comp. Josetxo Beriain (Barcelona: Anthropos, 1996), 114.

64 León, “La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental”, 75; Miguel Ángel Montoya Sánchez y Berta Osorio Salazar, “La otredad o ‘la idea del otro’. El tratamiento de los conflictos en el Centro de conciliación de la Universidad de Antioquia: una visión integral”, *Estudios de Derecho* 61, núm. 151 (2011): 274.

65 Ryszard Kapuscinski, *Encuentro con el otro* (Barcelona: Anagrama, 2006), 26.

En este contexto, es preciso reconocer que el mundo asiste a la transición del sistema económico fordista (Estado-centro-desarrollista) al posfordista (Estado-neoliberal-global), caracterizado por un mercado que controla las fuerzas de trabajo, con el fin de garantizar un proceso de mayor acumulación a escala global mediado por organizaciones internacionales y empresas multinacionales.

Todas las acciones de liberalización económica (apertura de mercados y reformas laborales, comerciales, cambiarias, monetarias, etc.), unidas a reformas estructurales para minimizar el papel del Estado en la economía se reflejan en la descentralización administrativa, fiscal y política, junto con la nueva privatización de recursos naturales y ambientales, orientados por los lineamientos del Consenso de Washington.

La teoría económica del desarrollo propició una idea de progreso en la que lo más importante es el cumplimiento de metas, basado en índices matemáticos sin que sean analizadas sus consecuencias sobre la vida de las personas en la sociedad. En este contexto, la OIT ha logrado vincular la producción de mercancías y el proceso laboral que la sustenta con una concepción de desarrollo integral y armónica que sugiere el marco necesario para la promoción del individuo y el mejoramiento de sus condiciones de existencia. Reflejo de ello es la Conferencia General de la OIT en la que se adoptaron como principios fundamentales:

- (a) el trabajo no es una mercancía;
- (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
- (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.⁶⁶

Un ejemplo de estas transformaciones es el control del valor de la mano de obra, que se produce en el mercado neoliberal amparado por políticas de desprotección, debilidad o desaparición de las organizaciones sindicales. La

.....
66 Francisco Rafael Ostau de Lafont de León y Leidy Ángela Niño Chavarro, "Las cláusulas *self-executing* de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia de derecho laboral colectivo (Convenios 87 y 98)", *Prolegómenos. Derechos y Valores* XVI, núm. 31 (julio-diciembre 2013): 126-127.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

recuperación neoliberal del modelo privatista de la regulación jurídica de las relaciones laborales, orientado por las reglas del mercado y la concepción del trabajo como mercancía, produce dispersión y fragmentación del modelo de Estado social y el debilitamiento del proteccionismo laboral, la seguridad social y el derecho colectivo.⁶⁷

Este esquema de desarrollo desconoce las nuevas y complejas realidades socioeconómicas en las que se adelanta la actividad laboral, con lo que deslegitima las reivindicaciones de los trabajadores a quienes se les asocia con una forma sindical arcaica y con posturas contrarias a la noción de progreso.

Estas transformaciones, orquestadas por organismos multilaterales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, así como los Estados industrializados y sus corporaciones, tienen la finalidad de reformar la economía de los Estados periféricos —en especial, de los latinoamericanos—, con la idea de construir en la región una economía de libre mercado.

Asistimos a nuevas relaciones económicas globales, a una novedosa deprecación capitalista que beneficia a grandes transnacionales, en detrimento de la mayoría de la población. Aquí, el Estado se convierte en un ente más de la economía global que facilita el acceso a recursos naturales, ambientales, intelectuales y culturales (conocimiento ancestral).

Ante una falta de protección seria y responsable por parte de los Estados nacionales, los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y las de negritudes se ven expuestas a intereses de las industrias transnacionales que intervienen los ecosistemas planetarios y sus servicios ambientales. Por la escasez de regulaciones satisfactorias en los Estados megadiversos, sus Gobiernos se convierten en intermediarios para la expropiación y privatización de recursos que, desde cualquier perspectiva económica o política, les pertenecen a toda la humanidad y en especial a aquellos pueblos que durante miles de años los desarrollaron y preservaron.

Incluso el derecho se redefine para pasar de un derecho penal de seguridad a un derecho penal del riesgo; en él, los delitos se presentan como un peligro abstracto, mientras se pretende la protección de bienes jurídicos colectivos o

67 Ostau de Lafont de León y Poveda Peña, "La negociación colectiva: análisis y su papel en la protección social en Colombia", 239-241.

universales. Eugenio Raúl Zaffaroni manifiesta que el derecho penal del riesgo desemboca en un Estado preventista que ahoga al Estado de derecho y confunde prevención con represión penal.⁶⁸ El derecho penal del riesgo sanciona conductas con referencia en lo que podría suceder bajo determinadas condiciones, ya que “los riesgos no aluden a daños acaecidos, ni a una patente destrucción, sino que su latencia, pese a lo imperceptible, es una constante que resulta imperioso tener en cuenta a la hora de tomar decisiones”.⁶⁹

A modo de conclusión

La emergencia de las sociedades capitalistas impuso un modelo de organización social basado en las relaciones individuales orientadas por la competencia, la eficiencia, la productividad y el sometimiento del otro. Considerar a la modernidad y al progreso desde su óptica económica y excluir al desarrollo humano y social ha generado relaciones sociales asimétricas, en las que los vencedores imponen las reglas y un orden sobre los vencidos, para crear nuevas formas de esclavización laboral.

Como respuesta a este modelo, Esther Ceceña sostiene que sobrevivir en una sociedad que fragmenta requiere la restauración de viejas solidaridades familiares, vecinales y comunitarias que faciliten armar corazas, cristalizadas en legislaciones que tengan en cuenta lo colectivo; estas deben abarcar derechos ambientales, naturales (sujeto) y ecológicos, para reducir la vulnerabilidad a la que están expuestos los sectores populares y desposeídos.⁷⁰

Es cada vez más importante que los ciudadanos asuman explícitamente su capacidad de cuestionar y transformar las instituciones. En esta tarea es pertinente comprender la ambigüedad que tiene lugar en las sociedades occidentales actuales, por ejemplo, “la calidad del compromiso con los derechos humanos por parte de los países que los pisotean cotidianamente o que los quieren para ellos

68 Eugenio Zaffaroni, *Derecho penal* (Buenos Aires: Edia, 2000), 336.

69 Julio César Montañez, “Sociedad del riesgo y principio de precaución: su recepción en el derecho penal contemporáneo” en *Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria*, comp. Ana Isabel Gómez Córdoba (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 21.

70 Ana Esther Ceceña, *Hegemonía, emancipaciones y políticas de seguridad de América Latina. Dominación, epistemologías insurgentes, territorios y descolonización* (Lima: Programa Democracia y Transformación Global, 2008), 94.

pero no para los otros, mientras suscriben declaraciones, en esa medida, hipócritas y cínicas”⁷¹.

A menudo, esta consideración de los Estados Unidos como abanderado en la instauración y consolidación de los sistemas democráticos se encuentra asociada con una idea de la pobreza como generadora de la destrucción ecológica y de los países en vías de desarrollo y subdesarrollados como condenados a exportar materias primas y sin la tecnología necesaria para llevar a cabo procesos de desarrollo sustentable, con problemas de inequidad y miseria; por ende, están condenados a depender de los países y las etnologías de los países desarrollados, pues estos últimos son los únicos con la madurez sociopolítica suficiente para velar por la preservación y conservación del ambiente y las sociedades del mundo.

En contraste con esta posición, cada vez más países concuerdan con que son la sociedad de consumo y los efectos de la industrialización las causas de la crisis ambiental actual. El desarrollo humano se plantea, entonces, como una alternativa a este esquema económico una forma de humanizar los procesos de explotación generados por el capitalismo y profundizados por la globalización. El fortalecimiento de lazos democráticos, la cooperación económica y la reducción de la pobreza son algunos de los compromisos más sobresalientes de las organizaciones internacionales en este propósito.

La transparencia institucional y el respeto por los derechos no encuentran una base de desarrollo estable cuando la resistencia social es criminalizada y se admiten el clientelismo y la corrupción. Las contradicciones entre una amplia gama de derechos y las restricciones materiales de la población abren abismos entre lo jurídico formal y lo real sustantivo y legitiman nuevas formas de exclusión de un “otro” o extraño y de sus visiones del mundo.

La Organización Internacional del Trabajo es consciente de que las relaciones laborales abarcan un amplio espectro de relaciones sociales que no pueden limitarse a lo económico y requieren centrar el papel del desarrollo humano. Por ello, ha favorecido el reconocimiento de derechos étnicos y ha ejercido una presión externa sobre el Estado para garantizar el respeto de los derechos humanos. No obstante, aún es necesario consolidar la consulta previa como derecho y protegerla de la visión que considera que el veto en la explotación de recursos naturales en

71 Cornelius Castoriadis, *La montée de l'insignifiance. Les Carrefours du labyrinthe*. Vol. IV (Paris: Éditions du Seuil, 1996), 45.

territorio indígena podría frenar proyectos de interés general, en un contexto en el que las negociaciones son exitosas, pero la implementación nunca es efectiva.

Es imperativo avanzar en la reconfiguración cultural de las sociedades occidentales, superar la idea de progreso como *continuum* lineal y excluyente, así como la del desarrollo basada en beneficios económicos y materiales y reducir la brecha entre la formulación y la aplicación de las normativas, los principios y los derechos planteados por las organizaciones internacionales, entre ellas, la OIT.

Comprender que el progreso y el desarrollo no son conceptos unívocos, que la modernidad se puede producir en un espectro amplio de civilizaciones y que la inclusión es el valor fundamental de cualquier proyecto de desarrollo humano sostenible es la estrategia de la cual resultan el pluralismo y el encuentro entre el pasado y las expectativas de un mejor futuro.

Referencias

- Anderson, Perry. *Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo*. Madrid: Siglo XXI, 1990.
- Appadurai, Arjun. “La nueva lógica de la violencia”. *Revista de Occidente*, núms. 266-267 (2003): 67-82.
- Baczko, Bronislaw. *Los imaginarios sociales*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1999.
- Bauman, Zigmunt. “Modernidad y ambivalencia”. En *Las consecuencias perversas de la Modernidad*, compilado por Josetxo Beriain, 73-120. Barcelona: Anthropos, 1996.
- Bauman, Zigmunt. *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Berian, Josetxo. *Modernidades en disputa*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- Botkin, Daniel. *Armonías discordantes. Una ecología para el siglo XXI*. Madrid: Acento, 1993.
- Castoriadis, Cornelius. *La montée de l’insignifiance. Les Carrefours du labyrinthe*. Vol. IV. París: Éditions du Seuil, 1996.
- Castoriadis, Cornelius. *Sujeto y verdad en el mundo histórico-social. Seminarios 1986-1987. La creación humana I*. Traducido por Sandra Garzonio. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Ceceña, Ana Esther. *Hegemonía, emancipaciones y políticas de seguridad de América Latina. Dominación, epistemologías insurgentes, territorios y descolonización*. Lima: Programa Democracia y Transformación Global, 2008.
- De la Peña, Sergio Néstor. *El antidesarrollo de América Latina*. 13ª ed. Ciudad de México: Siglo XXI, 1999.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

- De la Peña, Sergio Néstor. *El antidesarrollo de América Latina*. 7ª ed. Ciudad de México: Siglo XXI, 1979.
- Falcon, Mabel Inés. “Anotaciones sobre identidad y otredad”. *Revista Electrónica de Psicología Política* 11, núm. 31 (noviembre-diciembre 2013): 1-9.
- Figueroa, Uldarico. *Manual de organismos internacionales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Hidalgo, Antonio Luis. *El pensamiento económico sobre desarrollo. De los mercantilistas al PNUD*. Huelva: Universidad de Huelva, 1998.
- Hirschman, Albert. “Auge y ocaso de la teoría económica del desarrollo”. *El trimestre económico* 47, núm. 188 (octubre-diciembre 1980): 1055-1077.
- Ikenberry, John. “Globalización y orden político: los orígenes de la integración económica mundial y sus consecuencias”. *Colombia Internacional*, núm. 52 (mayo-agosto 2001): 5-24.
- Illich, Ivan. *Obras reunidas* Tomo I. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Jurado Vargas, Romel. “Luces y sombras del origen de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *El Cotidiano*, núm. 180 (julio-agosto 2013): 31-40.
- Kapuscinski, Ryszard. *Encuentro con el otro*. Barcelona: Anagrama, 2006.
- Lash, Scott. *Sociología del posmodernismo*. Madrid: Amorrortu, 2007.
- Le Goff, Jacques. *Pensar la historia. Modernidad, presente, progreso*. Barcelona: Paidós, 2005.
- León, Ivonne Patricia. “La cuestión del otro en la responsabilidad social ambiental: Rawls, una reformulación”. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Lizana Ibáñez, Fernando. *Análisis de la realidad y desarrollo humano sostenible*. San José: UNED, 2007.
- London Silvia y María Marta Formichella. “El concepto de desarrollo de Sen y su vinculación con la educación”. *Economía y Sociedad* XI, núm. 17 (enero-junio 2006): 17-32.
- Meléndez, Édgar. “División internacional del trabajo”. <http://www.aporrea.org/endogeno/a136011.html> (acceso agosto 15, 2017).
- Mogrovejo, Rodrigo. *Desarrollo: enfoques y dimensiones*. La Paz: Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios Cebem.
- Montañez, Julio César. “Sociedad del riesgo y principio de precaución: su recepción en el derecho penal contemporáneo” en *Genética, riesgo y derecho penal: una aproximación interdisciplinaria*, compilado por Ana Isabel Gómez Córdoba, 19-50 Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.
- Montoya Sánchez, Miguel Ángel y Berta Osorio Salazar. “La otredad o ‘la idea del otro’. El tratamiento de los conflictos en el Centro de conciliación de la Universidad de Antioquia: una visión integral”. *Estudios de Derecho* 61, núm. 151 (2011): 170-292.

- Mujica Chirinos, Norbis y Sorayda Rincón González. “El concepto de desarrollo: posiciones teóricas más relevantes”. *Revista Venezolana de Gerencia* 15, núm. 50 (abril-junio 2010): 294-320.
- O’Connor, James. “Desarrollo desigual y combinado y crisis ecológica”. *Ambiente & Sociedade* VI, núm. 2 (diciembre 2003): 9-23.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Carta de las Naciones Unidas*. San Francisco: Autor, 1945.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Washington: Autor, 1986.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. “Iniciativas para el centenario de la OIT”. <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/centenary/lang--es/index.htm> (acceso noviembre 27, 2017).
- Osorio García, Sergio Néstor. “Bioética global y pensamiento complejo”. *Revista Latinoamericana de Bioética* 8, núm. 2 (2008): 106-113.
- Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael y Leidy Ángela Niño Chavarro. “Las cláusulas *self-executing* de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia de derecho laboral colectivo (Convenios 87 y 98)”. *Prolegómenos. Derechos y Valores* XVI, núm. 31 (julio-diciembre 2013): 123-134.
- Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael y Rocío Poveda Peña. “La negociación colectiva: análisis y su papel en la protección social en Colombia”. *Novum Jus* 3, núm. 2 (julio-diciembre 2009): 237-270.
- Pachón Soto, Damián. “Crítica y redefinición de la categoría de progreso”. *Revista de Ciencia Política*, núm. 9 (enero-junio 2010): 131-154.
- Potter, Van Renssalaer. *Bioethics: Bridge to the Future*. Nueva Jersey: Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971.
- Potter, Van Renssalaer. *Global Bioethics. Building on the Leopold Legacy*. East Lansing: Michigan State University Press, 1988.
- Prado Lallande, Juan Pablo. La ONU y el desarrollo: una reflexión crítica y propositiva. *Foro Internacional* XLVI, núm. 2 (abril-junio 2006): 262-290.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. “Desarrollo humano: concepto”. <http://desarrollohumano.org.gt/desarrollo-humano/concepto/> (acceso mayo 23, 2017).
- Reyes Beltrán, Pablo. *Derecho y globalización. Transformaciones del Estado contemporáneo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2017.
- Rivas Lara, Lucía. “La Primera Internacional: introducción”. *Cuadernos*, núm. 38 (septiembre 2014): 6-12.

•Discusiones sobre desarrollo, exclusión y justicia social•

Rodgers, Gerry, Eddy Lee, Lee Swepston y Jasmin Van Daele. *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

Rojas, Mauricio. “La idea de progreso y el concepto de desarrollo”. *Cuadernos de la EPIC*, núm. 6 (noviembre 2011): 3-56.

Romano, Ruggiero y Alberto Tenenti. *Los fundamentos del mundo moderno*. Madrid: Siglo XXI, 1980.

Urquijo Angarita, Martín. “La teoría de las capacidades en Amartya Sen”. *Edetania: estudios y propuestas socio-educativas*, núm. 46 (diciembre 2014): 63-80.

Vallejo Almeida, Germán. “Alcances de las operaciones de mantenimiento de la paz”. *Novum Jus* 6, núm. 2 (julio-diciembre 2012): 9-28.

Vallejo Almeida, Germán. “Principios de las operaciones de mantenimiento de la paz”. *Novum Jus* 5, núm. 1 (enero-junio 2011): 79-98.

Vallejo Almeida, Germán. *Las operaciones de paz de la ONU: una opción para el caso colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

Zaffaroni, Eugenio. *Derecho penal*. Buenos Aires: Edia, 2000.

LA OIT EN COLOMBIA: IMPULSO DEL PRINCIPIO DE UNA SOCIEDAD CON JUSTICIA SOCIAL

Pablo Ignacio Reyes Beltrán*

Introducción

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es una agencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1919 como parte del Tratado de Versalles, con el que se concluyó la Primera Guerra Mundial. Tras el fin de la confrontación bélica, los debates giraban en torno a alcanzar una sociedad con mayor justicia social, lo que sería esencial para construir una paz duradera tanto en los Estados como en el orden supranacional que surgió del Tratado: la Sociedad de las Naciones. Por tanto, en los primeros años de la primera posguerra se produjo una nueva ola constitucional que, en palabras de Grossi, “la propia constitución ya nunca más se distanciará ni se situará por encima de la historia cotidiana del ciudadano sino que, por el contrario, se sumerge en la misma para regularla”.⁷²

Los fundadores de la OIT buscaban implementar unas condiciones de trabajo más humanas y dignas para los obreros de los países miembros con las que se

.....
* Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la misma universidad. Miembro del grupo de investigación Podea de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Correspondencia: pireyesb@unal.edu.co

72 Paolo Grossi, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 108.

combatieran la injusticia, las privaciones y la pobreza extrema que, para varios sectores intelectuales, era una de las causas sociales de la Gran Guerra en Europa.

Desde sus inicios, la OIT se consagró a instaurar una mayor justicia social, fiel al principio de universalidad y no discriminación; ello le otorgó el título de una gran comunidad, al ser más amplia que las otras organizaciones de las Naciones Unidas: “[...] la OIT no está integrada únicamente por gobiernos, sino también por representantes de trabajadores y de empleadores, conectados a su vez a sus propias redes mundiales”.⁷³

La OIT influyó en los Estados miembros para crear una legislación sobre el trabajo, con participación tripartita —Gobiernos, empleadores y empleados—; esto permitió el acceso de los actores sociales, económicos y políticos para instaurar el Estado social de derecho. Las legislaciones impulsadas a partir de la década del treinta y en especial después de la Segunda Guerra Mundial buscaban presentar a la población todo un breviario jurídico que se proyectara sobre la comunidad, pues “hay un esfuerzo por leer y aprehender los valores e intereses difundidos en la sociedad y los trabajadores y transformarlos en reglas jurídicas”.⁷⁴

La eficacia de la OIT se vio afectada por los grandes sucesos mundiales: guerras (locales, regionales y mundiales), crisis económicas, conflictos sociales y, en las últimas décadas, la globalización y su economía de mercado, que resultan contrarias a los principios fundacionales de la OIT; no obstante, sigue siendo fundamental a la hora de aportar un equilibrio entre el Estado y el mercado, la sociedad y el individuo y, en la actualidad, entre las políticas económicas, sociales y ambientales y el desarrollo sostenible.

La OIT ha tenido avances y retrocesos, ya que su principio universal de justicia social se ha enfrentado a factores económicos y políticos adversos a un trabajo decente para millones de personas en el mundo. Los cien años de la OIT han demostrado que la cooperación internacional en materia laboral ha sido más fructífera que la producida en el campo económico y político, pues ha impulsado un derecho internacional del trabajo tan importante como cualquier otra legislación internacional, en el que las lagunas tienen un espacio reducido, pues se ha caracterizado por una reglamentación para el presente y el futuro laboral de los

73 Gerry Rodgers et al., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009), 10.

74 Grossi, *El novecientos jurídico*, 103.

trabajadores; ahí, las formaciones sociales se convierten en la articulación normal e insustituible de las asociaciones humanas.

El siguiente escrito se introduce en el papel de la OIT en la posibilidad de consolidar una democracia global y en los derechos que tienen que ver con una mayor igualdad y libertad por sectores sociales excluidos y vulnerables como en su tiempo eran los trabajadores y, ahora, las comunidades étnicas.

El contenido del artículo es el siguiente: en primera instancia, la multilateralización del planeta, en la cual está inmersa la OIT; más adelante, la forma como la OIT ha contribuido a garantizar derechos a sectores sociales vulnerables a partir de la promulgación de sus convenios, que han beneficiado comunidades y trabajadores; por último, el ingreso de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, para garantizar derechos sociales y culturales que tienden a ser violados por el modelo económico de mercado que se impone en el país a partir de la década del noventa.

La multilateralización del planeta

La globalización ha posibilitado el incremento de intercambios políticos, económicos y culturales en el ámbito internacional, con nuevas oportunidades para el dinamismo del capital, las cuales están asociadas con la existencia de empresas transnacionales que no necesariamente tienen un país de origen, por lo que la producción puede hacerse en los países que ofrezcan mejores ventajas comparativas. También ha propiciado el aumento del comercio exterior favorecido por la liberalización y la apertura de mercados.⁷⁵

En este contexto, trabajadores y minorías étnicas han quedado expuestos a la economía del mercado capitalista, lo que es una muestra del actual declive de la democracia y la erosión de los derechos sociales. Los Estados Nación han quedado expuestos a una red de jerarquías y divisiones que garantizan el orden global mediante nuevos mecanismos de control con características legales y económicas y la OIT se erige como una institución supranacional que se inspira en una sociedad con relaciones de laborales más humanas y dignas, donde se combatieran la injusticia, las privaciones y la pobreza extrema.

.....
⁷⁵ Pablo Reyes, *Globalización y derecho: las transformaciones contemporáneas del Estado* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2017), 29.

Para Hugo Fazio, entre la teoría política y la filosofía se ubican los debates jurídicos sobre la globalización, los cuales han dividido a los juristas en dos posiciones: los defensores del globalismo jurídico y los detractores. En la línea crítica se ubican aquellos teóricos que buscan reafirmar al Estado como el único mecanismo de regulación y expresión de las particularidades de la sociedad y rechazan el globalismo jurídico basado en elementos distintivos de Occidente y su individualismo —que es lo que subyace a la doctrina de los derechos humanos—, pues desconocen la especificidad de los contextos sociales y culturales en los que se desarrollan los ordenamientos jurídicos y el tutelaje que ejercen las grandes potencias del mundo. En la otra orilla se ubican los juristas que están de acuerdo con una jurisdicción penal internacional, articulada en torno a un derecho cosmopolita y la universalidad de los derechos humanos.⁷⁶

El mismo autor menciona que al margen del Estado han surgido nuevas fuentes del derecho, entre las que encontramos las disposiciones de los órganos supranacionales o regionales, la normatividad proferida por los tribunales penales internacionales y la jurisprudencia que se origina en los grandes bufetes de abogados; por otro lado se encuentran los sujetos jurídicos internacionales (FMI, BM y OIT) y las uniones económicas regionales, que producen sus propias normatividades. Para Fazio, el campo en donde más ha incidido el derecho internacional es el económico, en el que se conformaron nuevos esquemas contractuales que tienen como finalidad liberalizar los intercambios comerciales, facilitar la movilidad de capitales y mercancías y reducir la regulación que pesaba sobre los mercados nacionales.⁷⁷

Lo anterior está enfocado hacia la privatización del derecho económico internacional a favor de los grandes agentes transnacionales, al arrebatar funciones legítimas del Estado y, de esta manera, obligarlo a organizarse mediante la mercantilización de alguna de sus actividades.⁷⁸ La OIT forma parte de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales que comienzan a consolidarse como organismos que inciden en la autonomía, soberanía y autodeterminación de los Estados a partir de la Segunda Guerra Mundial.

76 Hugo Fazio, *¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación* (Bogotá: Uniandes, 2011), 70.

77 Fazio, *¿Qué es la globalización?*, 70-71.

78 Saskia Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización* (Barcelona: Bellaterra, 2003), 45.

García Segura⁷⁹ encuentra una serie de teorías en tensión para clasificar estos actores: i) la perspectiva realista, que entiende como único actor del derecho internacional al Estado en su concepción clásica; ii) la tendencia transnacionalista, que pretende superar las limitaciones del realismo político y propone un incremento del número y tipo de actores internacionales, incluidos actores internos de los Estados en categorías funcionales (autoridades locales, empresas multinacionales, grupos de presión, organizaciones no gubernamentales, agencias no gubernamentales, organismos supranacionales y de justicia etc.), lo que abre paso a nuevas actividades que superan a los Estados, y iii) el paradigma del sistema global elabora con mayor precisión las categorías que proponía el transnacionalismo, al enfatizar en el abandono de la territorialidad como fuente de calificación de un actor internacional y en las formas como lo local afecta lo global y viceversa.⁸⁰

Las anteriores precisiones sobre los organismos multilaterales, internacionales o transnacionales permiten ampliar las categorías de aquellos actores que tienen participación y relevancia internacional; sin embargo, se deberá atender la categorización que responda a la realidad actual contemporánea en la que se aprecia “la creciente influencia y el impacto internacional que actores no estatales como las corporaciones económicas, las organizaciones no gubernamentales, los municipios, las organizaciones sociales y los pueblos, entre otros, tienen en las relaciones internacionales”,⁸¹ ya que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial:

[En] la escena internacional ha asistido a la multiplicación, en número y variedad, de los actores que intervienen en ella. Desde la multiplicación del número de estados como consecuencia del proceso descolonizador hasta la de las empresas multinacionales como resultado de la mundialización de la economía, pasando por la proliferación de las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales,

79 Caterina García Segura, “La evolución y el concepto de actor en la teoría de las relaciones internacionales”, *Papers* 41 (1992): 13-31, www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/25159/58481 (acceso noviembre 12, 2017).

80 Mónica Fernández et al., *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público. Transformaciones necesarias* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 20-25.

81 Ángel Tuirán, ed., *Acción internacional de los gobiernos locales o nuevas formas de diplomacia* (Bogotá: Ibáñez, 2017), 2.

todas las ampliaciones sucesivas del número de actores internacionales han obedecido a la evolución y a la dinámica del sistema internacional contemporáneo.⁸²

Los eventos de los últimos setenta años “nos aconsejan la admisión como actores internacionales de toda una serie de entidades, colectivos y/o individuos que poseen, o pueden poseer, diferentes capacidades para actuar autónomamente”,⁸³ como las multinacionales, las empresas y las entidades financieras internacionales, ya que “la capacidad para actuar autónomamente de la que gozará una gran multinacional norteamericana, europea o japonesa no tendrá ni punto de comparación con la que se le pueda presumir a un Estado soberano en vías de desarrollo”,⁸⁴ es decir, el papel del Estado se encuentra doblegado a otros poderes y actores de la escena internacional.

A efectos del presente escrito se entenderán como actores internacionales los siguientes: los Estados; las instituciones y los centros internacionales (FMI, BM y OMC); las organizaciones internacionales gubernamentales (ONU, OIT, OEA); organizaciones no gubernamentales; las empresas o corporaciones multinacionales y transnacionales; los actores interestatales no gubernamentales (sindicatos, iglesias, partidos políticos).

Estamos en un mundo cada vez más global, lo que ha profundizado las desigualdades sociales porque los poderes económicos supranacionales tienen cada vez más capacidad de regular la actividad económica e incidir en la política doméstica de los Estados Nación. Por tanto, los movimientos del capital tienen un alcance más allá de los espacios y territorios nacionales y los Estados no pueden regularlo y controlarlo con eficacia.⁸⁵

La proliferación y el robustecimiento de un supranacionalismo muestran dos tendencias: la primera sugiere la desaparición del Estado contemporáneo a causa de la globalización y el surgimiento y la consolidación de una variedad de actores que ubican al Estado en una situación subordinada a sus intereses. La segunda se inclina por la adaptación del Estado a una realidad nueva: la reconfiguración no solo de sí mismo, sino de sus elementos constitutivos. La adaptación del Estado

82 García Segura, “La evolución el concepto de actor”, 14.

83 García Segura, “La evolución el concepto de actor”, 29.

84 Socorro Ramírez, “Nuevos actores sociopolíticos en el escenario internacional”, *Colombia Internacional*, núm. 37 (1997), <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiant37.1997.04> (acceso noviembre 12, 2017).

85 Antonio Negri y Michael Hardt, *Multitud* (Madrid: Debolsillo, 2006), 321.

se produce en la medida en que la globalización y su actividad multilateral son vistas como procesos de entendimiento y percepción de la realidad actual en los ámbitos político, social y económico.

El Estado es un ente evolutivo y transformable, extendido hacia el exterior y aparentemente más débil hacia el interior, que se transformó al ser afectado por dos contextos: el propio y el supranacional. Ello originó entidades superiores al propio Estado que abarca incluso los elementos básicos del ordenamiento estatal como la población, el territorio y el Gobierno.

En el contexto colombiano, los últimos Gobiernos del siglo XX crearon todas las condiciones económicas (privatizaciones, flexibilización laboral, desmonte de subsidios, reformas comerciales y el inicio de la firma de tratados de libre comercio, etc.), políticas (descentralización administrativa, fiscal y política) y sociales (profundización de la coerción y regulación poblacional por vía del aumento del control policial y militar de sus territorios), inmersas en una propuesta estratégica de gobernabilidad en el país (seguridad, democrática e imperio de la ley), para favorecer el interés de los Estados desarrollados y sus corporaciones transnacionales y facilitar sus inversiones en el país.⁸⁶

La política del Estado colombiano estuvo encaminada a insertar a la Nación en la nueva dinámica capitalista global. Ante la imposibilidad de ingresar a la economía planetaria como proveedores de bienes y servicios o de productos manufacturados, las élites aceptaron reestructurar el andamiaje institucional del país a las nuevas realidades económicas globales, a partir de la Constitución de 1991. Imponer esta nueva política económica provocó un proceso de reordenamiento del territorio, desregulación de los activos nacionales por medio de la privatización, reorganización de la política monetaria hacia el control de la inflación y flexibilización laboral que viola los convenios adquiridos con la OIT, entre otros. Los Estados quedaron expuestos a intereses privados transnacionales, regionales y nacionales, con el fin de crear condiciones favorables para la inversión extranjera y nacional de los sectores estratégicos para la economía nacional: mineros, energéticos, ambientales, telecomunicaciones y financieros, que afectaron las comunidades rurales en todo el país.

.....
⁸⁶ Reyes, *Globalización y derecho*, 235.

En esta etapa se construyeron herramientas institucionales y legales para concesionar y permitir proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales. Además, los Gobiernos de los últimos años han intentado legitimar la entrega de licencias al capital extractivista transnacional, con el argumento de que esta actividad económica es necesaria para la apropiación de capital y divisas por parte del Estado; por tanto, debe existir una entidad encargada de la evaluación previa de estos proyectos.

El discurso de los funcionarios del Estado es que no debe existir preocupación social frente a las consecuencias de los megaproyectos mineros, ya que las evaluaciones previas suponen un estudio ambiental y sociojurídico serio que determinará las implicaciones y los impactos ambientales y sociales. Sin embargo, el marco fáctico para los proyectos mineros va mucho más allá de las consecuencias sociales, ambientales y económicas, pues las externalidades como el empobrecimiento de las comunidades de los territorios colindantes no son tenidas en cuenta a la hora de entregar las licencias, ya que es un mecanismo que favorece al inversionista extranjero y no dimensiona los posibles daños irreversibles sobre los ecosistemas ni las responsabilidades individuales sobre ellos. Por eso, los mecanismos legales adoptados en Colombia a partir de los convenios con la OIT se convierten en herramientas de defensa de los derechos y territorios de las comunidades étnicas.

En todo caso, las injusticias que motivan las quejas de muchos grupos excluidos y subordinados es la falta de estructuras legales internacionales y nacionales que garanticen derechos y más aún las instituciones globales son vehículos de la globalización capitalista, que son puestas al servicio de las corporaciones multinacionales y proscriben cualquier intento de redistribuir la riqueza basada en la solidaridad social.

La positividad de la OIT y el bloque de constitucionalidad. Ante un mundo global de desigualdades

Ante la falta de derechos y justicia para los sectores sociales vulnerables y excluidos, es necesario construir instituciones de justicia independientes del control de los intereses económicos y políticos de los Estados Nación y de actores privados. Por eso, los principios de justicia universales y los derechos humanos deberán

estar fundamentados y respaldados por organismos poderosos y autónomos, pues los tribunales nacionales han sido inoperantes a la hora de luchar contra las injusticias de este mundo cada vez más globalizado, donde lo económico prima sobre lo social. De ahí la importancia de los tratados firmados con organismos internacionales, los cuales buscan incidir en las decisiones domésticas sobre asuntos de violación de derechos humanos de sectores sociales y minorías étnicas y raciales y de su incorporación al bloque de constitucionalidad.

Durante los siglos XIX y XX, los derechos y la justicia eran garantizados por las Constituciones Nacionales, pero hoy, ante la vulneración y violación de derechos civiles en especial de grupos minoritarios en Estados Nación subordinados, cuyas instituciones no garantizan derecho alguno, estas comunidades han optado por apelar sus derechos sociales frente a instancias internacionales y globales, los cuales han sido elevados a la categoría de los derechos humanos.

En todo el mundo, las ONG, los organismos multilaterales (ONU y OIT, entre otros) y las jurisdicciones internacionales (CPI) interceden ante las injusticias cometidas contra las mujeres, las minorías raciales, las poblaciones indígenas, los obreros, los campesinos y los grupos subordinados. Desde la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos se constituyeron como una garantía universal para contrarrestar las injusticias de los sistemas legales nacionales y se resumen en uno solo: el derecho a tener derechos tanto dentro como fuera de las jurisdicciones nacionales.⁸⁷

Para muchos defensores de derechos humanos, la dificultad para defender los derechos de las minorías subordinadas o excluidas es la inexistencia de estructuras institucionales que los garanticen. El bloque de constitucionalidad hace posible hablar de la Constitución global del Estado y da lugar a una suerte de Constitución en sentido material; de esta forma, la teoría del bloque supera la concepción documental de la Carta, al ampliar el espectro de herramientas interpretativas para garantizar la justicia y la inclusión de grupos vulnerables que caracterizan al Estado social de derecho, instaurado a partir de la Constitución de 1991.⁸⁸

.....
87 Negri y Hardt, *Multitud*, 315-316.

88 Hernán Alejandro Olano García, "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Estudios constitucionales* 3, núm. 1 (2005): 233.

En virtud del Artículo 93 de la Constitución se establece una fórmula que consagra el efecto interpretativo que deben producir las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno. Ello trae como consecuencia que el contenido y el alcance de las normas reguladas por la Constitución y las legales deban ser fijados teniendo en cuenta las disposiciones inscritas en tratados internacionales ratificados por Colombia, en este caso, de la OIT.⁸⁹

El bloque de constitucionalidad se encuentra basado en varios artículos de la Constitución de 1991 por los cuales la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por medio de su ejercicio hermenéutico, ha conferido fuerza normativa a instrumentos internacionales sobre derechos humanos y ha adoptado criterios para determinar qué normas pueden ser inscritas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Tras una revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede afirmarse que el bloque de constitucionalidad se presenta como una estrategia del Estado colombiano para garantizar el cumplimiento de sus deberes internacionales, al coordinar el derecho interno con las normas internacionales aprobadas y armonizar el principio de supremacía constitucional con el de primacía del derecho internacional.⁹⁰

Las anteriores particularidades del bloque de constitucionalidad son fruto de la lógica de la Corte Constitucional dirigida a integrar la interpretación interna de los derechos fundamentales con la hermenéutica internacional, con el fin de asegurar las obligaciones adquiridas y actuar en coherencia con la visión general de los derechos humanos que, en relaciones laborales, han sido regulados y establecidos por la OIT.⁹¹

En primera instancia está el criterio de interpretación, el cual constituye la mejor opción para trabajar las antinomias entre la legislación nacional y el bloque de constitucionalidad en las que es necesario dilucidar la relación intrínseca entre

89 Jorge Enrique Carvajal, *Derecho, seguridad y globalización* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 7; Alejandro Ramelli, "Sistema de fuentes de derecho internacional público y 'bloque de constitucionalidad' en Colombia", *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 11 (2004), <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5711/7482> (acceso noviembre 12, 2017).

90 Luis Fajardo, "Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia", *Revista Universidad Sergio Arboleda* 7, núm. 13 (julio-diciembre 2007): 19. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf> (acceso noviembre 12, 2017).

91 Fajardo, "Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad", 20.

las instituciones y las reglas del ordenamiento jurídico visto como un todo.⁹² Al tratarse de normas contemporáneas en conflicto que tienen la misma jerarquía o carácter general, debe ser el intérprete quien opte por alguna solución; en este caso, Uprimny y Rodríguez desarrollan una propuesta con algunos postulados que se fundamentan en el análisis del ordenamiento jurídico como un sistema y, por tanto, tienen en cuenta su lógica interna como criterio para la elección de una alternativa interpretativa.

El postulado de la universalidad es la base normativa de la interpretación, el cual permite excluir alternativas hermenéuticas absurdas y limitar el número de posibilidades que las normas pueden ofrecer. Si bien existen dos normas que sugieren dos interpretaciones en torno a la inclusión de los convenios y las recomendaciones de la OIT dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el concepto en virtud del cual tendría que basarse la disertación es el bloque de constitucionalidad y sus consecuencias jurídicas.

Luego de analizar la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional respecto al significado de este concepto y sus implicaciones en el ordenamiento, surgen las siguientes alternativas: primero, se ha denominado bloque de constitucionalidad a las normas de rango constitucional; segundo, a los parámetros de constitucionalidad de las leyes y, tercero, a las normas que son constitucionalmente relevantes para la resolución de un caso específico.⁹³

La noción universal básica para el debate hermenéutico es la tercera acepción de bloque de constitucionalidad, toda vez que permite la inserción de estas disposiciones externas en el ordenamiento como parámetro constitucionalmente relevante para la resolución de un caso concreto. El postulado de la armonía sistémica o de la lealtad al ordenamiento se funda en las siguientes premisas: i) no debe atribuirse a una regla un significado que la hiciera contradictoria frente a otras reglas pertenecientes al ordenamiento jurídico; ii) no debe asignarse a una regla un significado tal que la hiciera incoherente con otras reglas pertenecientes

92 Uprimny y Rodríguez, *Interpretación judicial*, 15.

93 Rodrigo Uprimny, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf (acceso noviembre 12, 2017).

al ordenamiento jurídico, y iii) debe atribuirse a una regla un significado que la haga más coherente con otras pertenecientes al sistema.⁹⁴

En síntesis, la alternativa hermenéutica elegible debe consultar esa lógica inscrita en el sistema respecto al tópico que se esté trabajando para lograr una óptima coherencia con esta suerte de “espíritu” delineador del ordenamiento jurídico. Las tensiones que surjan se solucionan al acudir a una armonización que tenga en cuenta el hilo conductor de esta temática en el ordenamiento jurídico

El inciso 2 del Artículo 93 brinda un rango constitucional a los tratados de derechos humanos que se refieren a derechos que ya están inscritos en la Carta.⁹⁵ Corresponde al intérprete escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la protección de los derechos humanos teniendo en cuenta la jurisprudencia de instituciones internacionales al respecto; por tanto, si la normatividad internacional hace alusión a un derecho o deber expresamente incorporado en alguna disposición constitucional (como sucede con el derecho al trabajo), la norma de reenvío pertinente es el inciso 2 del Artículo 93, la cual le designa un rango de carácter constitucional a ese precepto externo.⁹⁶

La OIT en Colombia: una garantía de derechos a comunidades vulnerables y poblaciones trabajadoras

La idea de profundizar la democracia en las sociedades actuales, donde la característica principal es la protesta multitudinaria con críticas organizadas al sistema global, es crear instituciones y mecanismos que suponen un nuevo grado de institucionalización más allá de las estructuras legales nacionales y garanticen los derechos colectivos de las minorías étnicas o laborales de los trabajadores, a partir de la ratificación y del sometimiento a los tribunales internacionales de los Estados Nación, para crear una verdadera justicia supranacional y nacional. Esto, más aún cuando las Naciones poderosas o los mismos particulares transnacionales y nacionales tienen el poder de anular sanciones en contra de sus intereses. En este contexto se inscribe la OIT y, a partir de sus convenios, ha tratado de paliar

94 Uprimny y Rodríguez, *Interpretación judicial*, 208.

95 Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”.

96 Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”.

algunas injusticias cometidas por la globalización económica y su modelo de mercado, que afectaron a muchos sectores sociales vulnerables del mundo.

La consulta previa: protección de derechos colectivos

En el ordenamiento jurídico colombiano se introdujeron varias normas para la protección de los derechos de las comunidades étnicas y raizales, como en los Artículos 1, 13, 47, 53, 54, 68 y 93 de la Constitución de 1991. En ellos se estipulan varias disposiciones que cumplen con ese propósito.

En el plano internacional —e integrado al bloque de constitucionalidad— se implementó el Convenio 169 de la OIT, que fija una serie de obligaciones a los Estados miembros y unos deberes que tienen la finalidad de preservar los derechos de esos pueblos y sus territorios, uno de los cuales es el derecho a la consulta previa. Este instrumento se gestó en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y pretendía la consolidación de los sistemas democráticos y la obligación de garantías, promoción, respeto y protección por los Estados constitucionales modernos de los pueblos ancestrales y sus derechos históricos sobre el territorio. Antes de 1990, la OIT era el organismo internacional que había asegurado los derechos de diversos grupos sociales, ya sean comunidades indígenas o de trabajadores.

La Corte Constitucional, surgida de la Constitución de 1991, hizo frente a la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, al definir el alcance y el contenido del concepto de consulta previa recogido en el Convenio 169 de la OIT. Asimismo, por medio de su jurisprudencia, el Consejo de Estado ha señalado pautas para el reconocimiento del derecho a la consulta previa en las actuaciones administrativas que vulneran derechos fundamentales de las comunidades al implementar proyectos relacionados con la actividad minera, acceso a recurso biodiverso y la construcción de grandes obras de infraestructura, entre otros.

La consulta previa respecto de medidas administrativas aplica cuando quiera que alguna entidad del Estado en ejercicio de su función administrativa va a realizar actos específicos que puedan afectar a las comunidades étnicas; tal es el caso, por ejemplo, de las licencias para explotación de recursos naturales, de los permisos o autorizaciones ambientales, de las concesiones, de la contratación de una obra públi-

ca determinada, de los programas de fumigación de cultivos ilícitos y de los permisos de investigación, entre otras.⁹⁷

A partir de la Constitución de 1991 se planteó un modelo de protección ambiental en el país, al reconocer a la población como una aliada para la conservación de la biodiversidad. Ante este supuesto constitucional, en 2002 la Unidad administrativa especial de parques nacionales naturales (AEPNN) adoptó una política de participación social en la Conservación de las reservas naturales que propuso un modelo administrativo para el manejo de las áreas protegidas y los territorios ancestrales de pueblos indígenas que se encuentran superpuestos. La Constitución Política de 1991 admite la propiedad colectiva de los pueblos indígenas como un derecho fundamental en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, el cual establece que los Estados parte adquieren el compromiso de respetar la importancia que reviste para los pueblos tribales su relación con las tierras que ocupan o utilizan. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales [...].⁹⁸

Como lo señaló la Corte, el Convenio 169 de la OIT es una valiosa herramienta que se integra al bloque de constitucionalidad; por ella, el Estado colombiano se comprometió con la comunidad internacional a adoptar medidas tendientes a lograr el respeto, la participación y la garantía de la supervivencia social, económica y cultural de los pueblos indígenas y tribales de la Nación. Lo anterior

97 Juan Pablo Charris, "El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública", *Derecho del Estado*, núm. 33 (julio-diciembre 2014): 132.

98 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-661 de octubre 23 de 2015*, M. P. María Victoria Calle Correa.

deja entrever que el Convenio 169 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, además, contempla el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente acerca de las decisiones administrativas y legislativas que puedan afectar su territorio.⁹⁹

La declaratoria de las áreas del Sistema de parques nacionales naturales en Colombia requiere surtir los procesos de consulta previa, porque está relacionada con medidas administrativas que pueden afectar los territorios ancestrales, en razón a que se verían limitados los usos y las prácticas tradicionales sobre los recursos naturales. La posibilidad de coexistencia de áreas protegidas y zonas de reserva indígena, el reconocimiento de la propiedad colectiva como un derecho fundamental y la categorización constitucional de estas zonas como inalienables, imprescriptibles e inembargables —al igual que las áreas de parques nacionales— muestran la compatibilidad entre resguardos indígenas y áreas del Sistema de parques nacionales naturales. Para Lopera y Dover, la llegada del siglo XXI consolidó en Colombia:

[Un modelo de] desarrollo caracterizado por la explotación intensiva de recursos naturales, la generación de nuevas fuentes de energía y la construcción de obras de infraestructura como vías y puertos, con la finalidad principal de establecer corredores de movilidad que permitan sacar nuestras materias primas a los mercados internacionales.¹⁰⁰

La consulta previa es un derecho fundamental cuyos titulares son los grupos étnicos y los habilita para decidir sobre toda medida tomada por el Estado, que los afecte.

El derecho fundamental a la consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del Estado colombiano; en el derecho que tienen los pueblos de autodeterminarse en cuanto a sus prioridades en lo que concierne al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y los territorios que ocupan o utilizan; y en el derecho de par-

99 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Ginebra: Autor, 1989).

100 Patricia Lopera y Robert Dover, "Consulta previa, ciudadanía diferenciada y conflicto socioambiental", *Boletín de Antropología* 28, núm. 45 (2013): 77.

participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas y políticas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente.¹⁰¹

Para las comunidades afrodescendientes, el Artículo 55 transitorio de la Constitución Política instauró el deber de expedir una ley que les otorgara derechos a la propiedad colectiva y la identidad cultural a aquellas que han ocupado tierras baldías de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción. Entonces se expidió la Ley 70 de 1993, por la cual se reconoce el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras constituidas en consejos comunitarios, que ha asignado la labor de administrar y conservar la biodiversidad de sus territorios.

La Corte Constitucional admitió que las comunidades negras eran titulares de los derechos contemplados en el Convenio 1699 de la OIT, al tratarse de un grupo étnico regido por costumbres y prácticas ancestrales propias. El reconocimiento de los derechos fundamentales a la propiedad colectiva, consulta previa, integridad y subsistencia de las comunidades negras son aplicadas a su favor al estar en áreas protegidas en donde sus prácticas ancestrales de utilización de los recursos naturales deben estar en consonancia con la conservación de las áreas protegidas. La Corte ha señalado:

[...] las comunidades negras son titulares de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Más concretamente, la Corte señaló que tales comunidades y sus miembros, tanto como los de los pueblos indígenas, son titulares de todos los derechos consagrados en el referido Convenio 169 de la OIT, pues sin ninguna duda cumplen las condiciones y supuestos previstos por su artículo 1º, cuyas definiciones determinan su campo de aplicación.¹⁰² (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-680).

Ante la debilidad institucional para facilitar la participación de la ciudadanía en Colombia, los mecanismos instituidos por la legislación nacional son los medios para atender las demandas de la población e incidir en las decisiones de política pública por parte del Estado.

En el derecho colombiano no se establece de manera general una obligación de consultar y menos aún de contar con el consentimiento de las poblaciones

101 Charris, "El consentimiento libre, previo e informado", 125.

102 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-680 de 27 de agosto de 2012*, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

locales, comunidades indígenas o afrodescendientes que reciben los impactos directos de los megaproyectos.

La legislación colombiana ha encaminado la participación ciudadana en estos casos, a título individual, a través del derecho a tomar parte en los procedimientos de expedición de licencias y otros trámites ambientales, para informarse, presentar argumentos o plantear recursos, sin que su opinión vaya a tener efectos vinculantes. Por lo que respecta a mecanismos institucionalizados de participación colectiva, existen figuras como las audiencias públicas ambientales y los cabildos abiertos, con efectos meramente informativos, pero no vinculantes; las consultas populares, cuya decisión sí vincula a las autoridades, tienen a su vez gran dificultad para ser espacios de participación efectiva en el contexto de estos proyectos de desarrollo, porque las consultas de orden local no pueden versar sobre decisiones que correspondan a autoridades del orden regional o nacional.¹⁰³

Los conceptos más importantes sobre el derecho a la consulta es el de “afectación directa”. Como lo establece el Convenio 169, la consulta solo procederá si la medida en cuestión es susceptible de afectar directamente los derechos de una comunidad. Muchas veces los criterios utilizados para delimitar la aplicación de la consulta previa han variado con el paso del tiempo, al punto de no tener certeza de lo que en realidad significa “afectación directa”. No obstante, la Corte sí ha establecido que, en todo caso, dependerá de los hechos particulares del caso determinar si existe afectación a sus derechos. En abstracto no es viable determinar la procedencia de la medida sin que el juez constitucional realice un análisis fáctico que dé cuenta del grado de vulneración de los derechos de la comunidad.¹⁰⁴

Pese a lo anterior, esta Corporación sí ha definido con claridad que, en algunos casos específicos, pero no por ello taxativos, debe adelantarse la consulta respecto a las siguientes medidas:

- (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación

103 Lopera y Dover, “Consulta previa, ciudadanía diferenciadas y conflicto socioambiental”, 78-79.

104 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-661 de octubre 23 de 2015*.

profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. Como se mencionó en el capítulo anterior, en algunos casos se requerirá el consentimiento previo, libre e informado.¹⁰⁵

La normativa constitucional también ha indicado a quiénes se debe consultar. Así, tanto el Convenio como la jurisprudencia constitucional han señalado que se deben verificar dos criterios a la hora de determinarlo: el criterio objetivo y el subjetivo. El primero hace referencia a aquellos elementos que distinguen a la comunidad como pueblo étnico. El Convenio 169 habla de la continuidad histórica, la conexidad con la tierra o el territorio y la conservación de sus instituciones sociales, culturales, económicas o culturales, entre otras. El elemento subjetivo alude al autorreconocimiento de la comunidad como pueblo ancestral. Estos dos criterios han sido resaltados por la Corte en muchas providencias, ya que no es otra cosa que el desarrollo del Convenio.¹⁰⁶

La consulta no es un trámite cualquiera. La Corte ha fijado una serie de estándares para su desarrollo, a efectos de garantizar una protección efectiva de las comunidades y ha indicado que el procedimiento no es una simple reunión informativa, pues lo que se busca es que la comunidad esté informada sobre las medidas que se van a implementar y que lo que se consiga en dichas reuniones tenga incidencia directa en la manera de adelantar el proyecto, la medida, etc.¹⁰⁷

Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa comporta un verdadero derecho fundamental en cabeza de las comunidades y que tiene unos estándares definidos por la Corte Constitucional. Es un derecho complejo, pues exige varios requisitos. Pese a ello, si bien la Corte ha instituido los criterios para determinar su procedencia, los eventos en los cuales es obligatoria no son claros. En todo caso, es una forma de garantizar otros derechos de las comunidades.

En el ordenamiento jurídico colombiano se introdujeron varias normas para la protección de los derechos de las comunidades étnicas, raizales y afrodescendientes.

105 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-197 de 26 de abril de 2016*, M. P. Jorge Iván Palacio.

106 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-576 de 4 de agosto de 2014*, M. P. Luis Ernesto Vargas.

107 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-698 de 20 de septiembre de 2011*, M. P. Rodrigo Uprimny.

Como ya se vio, salvo por algunos casos muy precisos, las decisiones de la Corte Constitucional optaron por privilegiar y consolidar una dogmática fuerte en materia de consulta previa, que beneficia a las comunidades étnicas y sus derechos constitucionales. En una segunda etapa no solo la fortalecieron, sino que instituyeron reglas aplicables a casos concretos, en particular respecto al concepto de “afectación directa” y lo extendió a medidas legislativas o de carácter general.

En estas dos primeras etapas, la Corte ordenó la suspensión de algunos proyectos extractivos hasta tanto se hicieran las reuniones tendientes a garantizar el derecho a la consulta previa e incluso en algunos eventos exigió el consentimiento libre e informado. De la misma forma, definió a quiénes, cómo y cuándo se debía consultar. Desafortunadamente para algunos, con el cambio de magistrados en el presente siglo, se han tomado decisiones en las que la dogmática y las reglas constitucionales construidas por la Corte están siendo cuestionadas. Así, se han reabierto discusiones acerca de los elementos del derecho a la consulta previa, al introducir en el análisis dos aspectos muy importantes: el desarrollo económico y la imposibilidad de vetar proyectos.

En las últimas décadas, en Colombia ha tomado fuerza el modelo extractivista. A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la mayoría de los Gobiernos se preocupó por la elaboración de normas que propiciaran la incorporación de este modelo de desarrollo al país; por ejemplo, el presidente Santos ha utilizado la minería o la “locomotora minera” como un “caballito de batalla” en sus campañas presidenciales y durante su gobierno se han presentado más conflictos en materia de consulta previa.

Buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional en materia de consulta previa, en especial las más recientes, han estado influenciadas por la implementación del modelo económico extractivista y ha reinventado y reinterpretado normas o reabierto discusiones que las primeras sentencias de esa Corporación ya parecían haber zanjado, inclusive se ha afectado el bloque de constitucionalidad.

El derecho al sindicalismo y a la protección de los accidentes laborales

La Organización Internacional del Trabajo constituye un organismo especializado de las Naciones Unidas y es el ente encargado de producir normas de carácter internacional, construidas por Estados, empleadores y trabajadores (tripartismo),

que tienen como fin fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Tal regulación ha llegado a ser clasificada por la doctrina como normas de derechos humanos y está influenciada por la teoría de Keynes y su modelo económico y político a partir de la década del treinta.¹⁰⁸

Los tratados del mundo del trabajo que emite la OIT versan sobre el desarrollo de los derechos humanos y, por lo tanto, no se les puede aplicar la doctrina de las cláusulas non self executing, al ser imperativo en todo convenio sobre derechos humanos la aplicabilidad directa por parte de los operadores judiciales sin regulación previa por parte del Legislativo. Se parte del principio de que los Estados tienen la obligatoriedad de dar cumplimiento a los convenios internacionales suscritos en materia de derechos humanos, en especial los promovidos por la OIT, dado que no puede ser argumento de no aplicabilidad la falta de reglamentación de la cláusula de un convenio para convertirla en non self executing.

El Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, introducido en Colombia mediante la Ley 26 de 1976 dispone en su Artículo 2:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.¹⁰⁹

El Convenio determina para los trabajadores y empleadores el derecho de constituir y de afiliarse a una organización sindical que observe los estatutos de fundación de la misma. Según este Artículo de aplicación inmediata, los derechos son exigibles ante los operadores judiciales, es decir, se trata de una cláusula non self executing. Al ser de aplicación directa sin condicionamiento y, según la cláusula 310, se establece la condición de crear organismos adecuados que, en el caso colombiano, es el Ministerio de Trabajo, el cual fue instituido por la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4108 de 2011. Cabe destacar que el hecho de que en un Estado

108 Francisco Rafael Ostau de Lafont de León y Leidy Ángela Niño Chavarro, "Análisis de los efectos de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo sobre el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 por parte del Estado colombiano", *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, núm. 37 (2012): 49-68; Francisco Rafael Ostau de Lafont de León, *El derecho internacional laboral* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015).

109 Oficina Internacional del Trabajo, *Derecho sindical de la OIT: normas y procedimientos* (Ginebra: Autor, 1995), 13.

no exista una entidad o institución que asegure el respeto al derecho de sindicalización no quiere decir que el Gobierno de turno, al no suscribir el Convenio 98 con la OIT, carezca de la obligación de garantizarlo en su regulación interna.

El Convenio 87 de la OIT, que se refiere a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, prevé en su Artículo 2:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.¹¹⁰

La anterior disposición consagra la libertad de constitución y afiliación de organizaciones sindicales sin autorización ni condicionamiento alguno por parte de las instituciones estatales o privadas, lo cual refleja el respeto que desde la OIT se otorga a estas organizaciones sociales, desde la misma fundación de esta entidad supranacional.

Lo anterior se ratifica en el Artículo 11 del Convenio: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.¹¹¹ En este artículo se sostiene tanto la importancia del derecho de sindicación como la adopción de mecanismos que permitan su garantía tanto para trabajadores y para empleadores por parte del Estado y sus instituciones.

El Convenio 87 sobrepone a cualquier otro mandato la libertad de constitución y afiliación de organizaciones sindicales, así como el libre ejercicio del derecho de asociación, pero en todo caso y por su carácter particular respecto a otros sectores, el numeral 1 del Artículo 9 del Convenio prevé: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”.¹¹² Lo anterior muestra una aparente restricción al derecho a la sindicalización de sectores sociales, el cual se refiere a que cada Estado deberá regular las garantías establecidas en

110 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006).

111 OIT, *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios*.

112 OIT, *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios*.

el Convenio para las Fuerzas Armadas y de Policía y, conforme a tal disposición, “el Comité de Libertad Sindical se ha negado, por ello, a objetar las legislaciones que prohíben la huelga a estas categorías de trabajadores”.¹¹³

Por su parte, el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública del Estado, define en su Artículo 714 la adopción de condiciones y medidas para que los funcionarios públicos utilicen los procedimientos de negociación colectiva, según lo señalado en el Convenio 154, cuyo Artículo 2 indica que la expresión “negociación colectiva” significa determinar las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores públicos y regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus organizaciones. En el caso colombiano, la negociación colectiva fijada en ese Convenio es aplicada de forma limitada para los empleados públicos, toda vez que la Constitución Política de 1991 señala que las condiciones de trabajo las legisla el Congreso de la República.

Para Ostau y Niño, en los Estados en donde no existe esta limitación, los empleados públicos tienen derecho a una negociación colectiva sin necesidad de que se reglamente el Artículo 7 del Convenio 151, dado que el Convenio 154 sostiene que las partes son las que instituyen los procedimientos de negociación sobre la base del principio de buena fe y la garantía de la autonomía de la negociación. Al ser considerados los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT como pactos de instauración de garantías de derechos humanos, no necesitan ser reglamentados por el Estado, pues su aplicabilidad es directa por parte de los operadores judiciales de los países miembros de la OIT.¹¹⁴

Durante casi un siglo, la OIT ha ido conformando un código de normas internacionales sobre el trabajo, lo que representa un avance en el orden sociolaboral de la comunidad de países que forma parte de ella. En el ámbito de la seguridad social se han producido avances significativos. Lo anterior se observa en el Convenio 121 sobre prestaciones que deben recibir los trabajadores en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En él se incorpora la lista de enfermedades profesionales, incluidos los trastornos mentales y de comportamiento

113 Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1998), 98.

114 Francisco Rafael Ostau de Lafont de León y Leidy Ángela Niño Chavarro, “Aplicación de los convenios de la OIT en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los Jueces laborales en Colombia”. *Prolegómenos, Derechos y Valores* 13, núm. 26 (2010): 162-163.

a partir de 2010. Estos avances se ven socavados por la inexistencia de unos mecanismos de control, ya que no existe en la OIT un tribunal internacional que dicte sentencias judiciales vinculantes con respecto a la aplicación de las normas internacionales del trabajo. En todo caso:

La OIT promueve políticas y ofrece asistencia a los países con el objetivo de ayudar a extender la protección social a todos los miembros de la sociedad. La Seguridad Social implica acceso a la asistencia médica y garantía de ingresos, en especial en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales, maternidad, o pérdida del principal generador de ingresos de una familia. De todos ellos, esta ponencia abordará las prestaciones en caso de accidentes de trabajo enfermedades profesionales a través de un análisis del Convenio n° 121 que las regula.¹¹⁵

Las prestaciones a las que hace referencia el Convenio 121 son la asistencia sanitaria y las prestaciones periódicas por parte de los empleadores; no obstante, también obliga a los empleados a tomar medidas concernientes a la prevención y al empleo que desempeñan a diario. De acuerdo con el Protocolo de 2002 sobre el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, el “accidente del trabajo” designa los accidentes ocurridos en el momento de ejecutar un trabajo o en los trabajos que causen lesiones. Por otra parte, el vocablo “enfermedad profesional” distingue a toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulten de la actividad laboral.

La OIT y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad cognitiva

El derecho a la estabilidad laboral de personas con discapacidad se consagró en la Constitución Política de 1991 en los Artículos 13, 25, 47, 53, 54, 68, 93 y 94. Desde el punto de vista internacional, se desarrolló en instrumentos como el Convenio OIT C-111 de 1958, que entró en vigor en 1969 y trata el tema de la discriminación en el empleo y la ocupación, ratificado por Colombia mediante la Ley 1496 de 2011; el convenio C-159 del 20 de junio de 1983 y la Recomendación 168 de 1983 sobre la readaptación profesional y el empleo en personas inválidas,

.....
115 María Dolores Valdueza, “El Convenio No. 121 de la OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los mecanismos de control de su aplicación”, <http://islsol.org/wp-content/uploads/2013/01/El-Convenio-No-121.pdf> (acceso noviembre 12, 2017).

ratificado por Colombia con la Ley 82 de 1998, avanza en los derechos de las personas con alguna discapacidad cognitiva o física.

Unido a lo anterior, se destaca la normatividad internacional sobre el tema, como el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 —ratificado por Colombia con la Ley 1346 de 2009— y la Decisión 584 de 1994 de la Comunidad Andina de Naciones, en la cual se fijan mecanismos sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo para el personal que sufra un accidente o padezca enfermedades derivadas de su actividad laboral, cuyo fin es protegerlo ante una posible vulneración de sus derechos. La Corte Constitucional empezó a emitir jurisprudencia en razón a la necesidad de garantizar el derecho a la estabilidad laboral de personas con discapacidad física y cognitiva, debido a que son discriminadas por la condición que padecen y no quieren ser tratadas en forma diferencial, sino ser ubicados en trabajos en los que demuestren sus habilidades, con un trato digno e igualitario respecto al derecho a la estabilidad laboral.

El principio de estabilidad reforzada en personas en situación de discapacidad tiene su fuente en la Constitución Política de 1991, pero también es aplicable por analogía a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por estar incapacitados:

[...] aunque el periodo de incapacidad del trabajador se extienda por más de 180 días continuos, al empleador le corresponde reintegrar al trabajador en el cargo que ocupaba una vez se recupere o reubicarlo en caso de que continúe incapacitado parcialmente.¹¹⁶

Los convenios de la OIT no solo han beneficiado a las comunidades indígenas, locales y afrodescendientes en Colombia, pues otros sectores sociales como los trabajadores y las personas con discapacidad cognitiva o física se han beneficiado a lo largo del siglo XX y el XXI de los acuerdos celebrados entre este organismo y los Estados.

El término “discapacitado” ha evolucionado en las promulgaciones de la OIT, lo que ha incidido en el orden nacional colombiano. El objetivo era brindar mayor asistencia, protección y oportunidades a las personas trabajadoras con alguna discapacidad por parte de los Estados, empresarios y organismos internacionales.

116 Ricardo Barona, *Principio de estabilidad laboral* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014), 276.

Los primeros instrumentos internacionales adoptados por la ONU y la OIT se referían a las personas en esta situación de forma despectiva, y se les llamaba con apelativos de retrasados mentales, impedidos, incapaces o inválidos. No obstante, desde la primera mitad del siglo XX, en sus convenios y recomendaciones, la OIT ha promovido una mayor justicia social, tendiente a generar mejores oportunidades de un empleo decente y productivo para trabajadores en situación de discapacidad.

La OIT adoptó en 1925 el primer instrumento internacional que contiene disposiciones relativas a la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad. Dicho documento fue la Recomendación 22 de 1925, que erige los principios que deben tenerse en cuenta al determinar la indemnización por accidentes de trabajo. En su Capítulo I estableció:

En caso de accidente seguido de incapacidad para trabajar, las legislaciones o reglamentaciones nacionales deberían conceder indemnizaciones cuya tasa no fuese inferior a las señaladas a continuación:

1. En caso de incapacidad total permanente, una renta equivalente a los dos tercios del salario anual de la víctima;
2. En caso de incapacidad parcial permanente, una fracción de la renta debida en el caso de incapacidad total permanente, proporcional a la reducción de la capacidad para ganar causada por el accidente;
3. En caso de incapacidad total temporal, una asignación diaria o semanal igual a los dos tercios del salario de base de la víctima;
4. En caso de incapacidad parcial temporal, una fracción de la asignación diaria o semanal debida en el caso de incapacidad total temporal, proporcional a la reducción de la capacidad para ganar causada por el accidente.¹¹⁷

En 1944, la Recomendación 71 reconoció el derecho de las personas en situación de discapacidad a tener oportunidades de acceso a un trabajo digno. En el X principio general recomendaba: “Los trabajadores inválidos, cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales

.....
117 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *R022. Recomendación sobre indemnización por accidentes de trabajo (importe mínimo)* (Ginebra: Autor, 1925).

y de colocación en un empleo útil".¹¹⁸ Tanto la Recomendación 22 como la Recomendación 71 constituyen la génesis del derecho de las personas en situación de discapacidad a recibir formación especializada con el fin de obtener un empleo útil y a percibir una indemnización por parte del empleador cuando hay un accidente de trabajo.

En el Capítulo X de la Recomendación 71, la OIT manifestó que debía existir la más estrecha colaboración entre los servicios médicos para inválidos y los servicios de reeducación profesional y de colocación; además, agregó que debían desarrollarse los servicios especializados de orientación profesional para los trabajadores en alguna situación de discapacidad, para garantizar su derecho al trabajo y seleccionar el empleo más apropiado para ellos. Por último, expresó el Capítulo X:

42. 1) Siempre que ello fuere posible, los trabajadores inválidos deberían recibir su formación profesional en compañía de trabajadores válidos, en las mismas condiciones y con la misma remuneración.
- 2) La formación profesional debería continuarse hasta que el inválido pueda ocupar un empleo como trabajador plenamente capaz en el oficio o profesión en que haya recibido su formación.
- 3) Siempre que ello fuere pertinente, deberían hacerse esfuerzos para reeducar al trabajador inválido en su antigua profesión o en una profesión afín donde sus calificaciones anteriores puedan ser utilizadas.
- 4) Se debería inducir a los empleadores que dispongan de medios apropiados para la formación profesional a que formen una proporción razonable de trabajadores inválidos.
- 5) Se deberían organizar centros especializados de formación profesional, sujetos a una inspección médica apropiada, para los trabajadores inválidos que requieran una formación profesional especial.
43. 1) Se deberían adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores inválidos igual número de oportunidades para ingresar en un empleo que aquellas de que gocen otros trabajadores. Se debería inducir a los empleadores por medio de una amplia publicidad y por otros medios, e incluso obligarlos, cuando ello fuere necesario, a emplear un número razonable de trabajadores inválidos.

.....
¹¹⁸ Organización Internacional del Trabajo [OIT], *R071. Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) (importe mínimo)* (Ginebra: Autor, 1944).

•La OIT en Colombia: impulso del principio de una sociedad con justicia social•

2) En ciertas ocupaciones que se presten especialmente al empleo de trabajadores gravemente inválidos, dichos trabajadores deberían tener un derecho de prioridad en relación con todos los demás trabajadores.

3) Se deberían efectuar, en estrecha colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, los esfuerzos necesarios para proteger a los trabajadores inválidos contra toda discriminación que no esté relacionada con su capacidad de trabajo y su rendimiento y para eliminar los obstáculos que se opongan a su contratación, especialmente la posibilidad de gastos más elevados en caso de indemnización por accidente.

4) Se deberían poner a disposición de los trabajadores inválidos, que no hayan sido reeducados para un empleo normal, facilidades de empleo en centros especiales, a fin de que puedan desempeñar un trabajo útil que no haga la competencia al empleo de otros trabajadores.¹¹⁹

Lo anterior permite concluir el especial interés de la OIT por dar un trato en igualdad de condiciones y con la misma remuneración a trabajadores en situación de discapacidad y a quienes no lo están, por la imperiosa necesidad de capacitación y por el deber moral de los empresarios de vincularlos laboralmente.

En 1955, la OIT adoptó la Recomendación 99 sobre la adaptación y readaptación profesional de los “inválidos”:

(a) La expresión adaptación y readaptación profesionales designa aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que comprende el suministro de medios —especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva— para que los inválidos puedan obtener y conservar un empleo adecuado; y

(b) El término inválido designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental.¹²⁰

Nótese que se define el término inválido como toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado se hallen reducidas debido a una disminución física o mental y dentro de los deberes propuestos se conmina a adoptar todas las medidas necesarias y factibles para crear o desarrollar servicios

.....
119 OIT, R071. *Recomendación sobre la organización del empleo.*

120 Organización Internacional del Trabajo [OIT], R099. *Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesional de los inválidos* (Ginebra: Autor, 1955).

especializados de orientación profesional destinados a los inválidos que necesiten ayuda para elegir o cambiar de profesión.

En la Conferencia General, la OIT adoptó el Convenio 142 de 1975 sobre el desarrollo de los recursos humanos, con el fin de alentar y ayudar a todas las personas con alguna discapacidad a tener derecho a la igualdad sin discriminación alguna, además de garantizarles el desarrollo y la utilización de sus aptitudes de trabajo para su propio interés, beneficio y aspiración laboral, en consideración de las necesidades de la sociedad en donde se encuentran ubicadas. De igual manera, este Convenio insta a los Estados miembros de la OIT a diseñar e implementar sistemas abiertos, flexibles y complementarios de enseñanza general, técnica y profesional, así como la orientación escolar y de formación profesional a los trabajadores con alguna discapacidad. La Recomendación sobre desarrollo de recursos humanos 150 de 1975 refuerza el Convenio 142 de 1975, cuyo principio de incorporación o integración en el sistema común de orientación y formación profesionales destaca la importancia de educar a empleadores y trabajadores en relación con los trabajadores en situación de discapacidad y se exigen ajustes en los lugares de trabajo para adaptarlos a ellos.

La Resolución de la OIT sobre la readaptación profesional y la reintegración social de los inválidos o impedidos, adoptada el 24 de junio de 1975, refleja nuevamente la importancia que se otorga a la colaboración multisectorial entre organismos internacionales para lograr el pleno ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidades. En ese instrumento adicional, la OIT instaba a que se lanzara una campaña cabal en favor de la readaptación profesional y de la integración social de las personas discapacitadas, en cooperación y coordinación con la Naciones Unidas, sus organismos especializados y organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales (ONG). Esa campaña desembocó en el Año Internacional de las Personas con Discapacidad, en 1981, y el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (traducido inicialmente como Programa de Acción Mundial para los Impedidos), entre otras iniciativas.¹²¹

El Estado colombiano no ha sido ajeno a estas directrices internacionales: con la expedición de la Constitución de 1991, ha instituido los elementos fundantes del Estado social de derecho, lo que ha garantizado la protección de derechos a

121 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo* (Ginebra: Autor, 2015), 7.

personas en condición de discapacidad. Como ya se dijo, los Artículos 1, 13, 47, 53, 54, 68 y 93 de la Carta de 1991 abren la posibilidad de brindar protección a las personas en situación de discapacidad en el ámbito laboral, pues fija garantías de ingreso, permanencia y estabilidad a la hora de ejercer alguna actividad profesional.

La reciente sentencia de la Corte Constitucional unificó criterios de varias de sus providencias emitidas respecto al principio de la estabilidad laboral reforzada en el empleo para las personas que, debido a que no tienen un contrato de trabajo subordinado, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta como la incapacidad por no poder desarrollar sus funciones en el trabajo. Tal situación acarrea la ineficacia de la terminación de la relación contractual y se entiende que ese es un acto discriminatorio, a la luz del Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.¹²²

En todo caso, en Colombia los empleadores y el Estado siguen excluyendo y vulnerando los derechos de los trabajadores con discapacidad física o cognitiva, pues la aplicación de la normatividad nacional e internacional que protege esos derechos es poco efectiva. Por tanto, mediante la acción de tutela, la Corte Constitucional ha proferido sentencias que sirven de conector entre las empresas y los trabajadores con discapacidad. En la actualidad se habla de una cuota obligatoria de empleados discapacitados, aunque su contratación debería ser parte de una cultura igualitaria.

Conclusiones

Las decisiones de la Corte Constitucional en materia de consulta previa, en especial las más recientes, han estado influenciadas por la implementación de un modelo económico de reprimarización de la economía en la que el extractivismo de escala es el eje de la internacionalización y adaptación del país a los mercados globales; para ello se reinventan y reinterpretan normas que favorecen este esquema de desarrollo. Además, la Corte se desliga de sus primeras sentencias, emitidas en la década del noventa, que eran más progresistas e incluyentes respecto a las comunidades de asentamiento.

.....
122 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-049 de 2 de febrero de 2017*, M. P. María Victoria Calle.

El modelo extractivista dejó de ser un tema económico y se convirtió en un asunto constitucionalmente relevante que incide en la manera como los magistrados de la Corte Constitucional están tomando sus decisiones sobre derechos étnicos, en particular sobre la consulta previa. Puede observarse que el Artículo 93 de la Carta Constitucional ha constituido la piedra angular para la Corte Constitucional en su ejercicio interpretativo y jurisprudencial, cuyo fin es determinar la inclusión de los convenios firmados con la OIT y las recomendaciones del Comité referentes a los derechos de las comunidades y de las organizaciones sindicales en Colombia.

Este ejercicio interpretativo desarrollado por la Corte se basó en el principio de favorabilidad, en virtud del cual no pueden limitarse ni perjudicarse los derechos reconocidos por un Estado Nación con fundamento en su legislación interna o tratados internacionales, al aducir que estos instrumentos no los reconocen o lo hacen en un menor grado.¹²³ Cuando determinó la regla hermenéutica de favorabilidad, la Corte la integró a la interpretación del Artículo 93 y dedujo que este constitucionaliza los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y que el inciso 1 de dicha preceptiva permite incorporar al bloque ciertos derechos y principios, incluso cuando no se encuentran específicamente establecidos en su articulado, siempre y cuando constituyan derechos no limitables en estados de excepción.

La consulta previa es definida por el Convenio 169 de la OIT como el deber que tienen los Estados de consultar todas aquellas medidas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades y sus territorios. Frente a esa garantía, la Corte Constitucional ha expedido un abundante número de decisiones en las que ha desarrollado ese concepto. En su mayoría, los conflictos constitucionales que se han presentado y que la Corte Constitucional ha solucionado son de dos tipos: por un lado, aquellos que involucran proyectos extractivos que amenazan algún derecho de comunidades indígenas, afrodescendientes o raizales, el único instrumento jurídico apropiado para garantizar su defensa es la consulta y, segundo, las iniciativas legislativas para la implementación en Colombia de la

.....
123 Mónica Arango, "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Precedente. Revista Jurídica* (diciembre 2004): 95. <https://doi.org/https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406> (acceso noviembre 12, 2017).

economía extractiva, frente al cual la consulta previa se erige como un mecanismo de defensa.

Por otra parte, si bien la OIT ha reconocido las definiciones del concepto de servicio público esencial prestado por entidades públicas y privadas, lo importante es que los Estados y sus Gobiernos integren en su ordenamiento normativo el respeto por los acuerdos suscritos con organizaciones internacionales como la OIT. Serán las condiciones de cada país las que determinen el contenido del concepto, aunque dicho organismo ha establecido también que a la legislación interna de cada país no le corresponde un poder indiscriminado en la definición de los servicios esenciales, pues una delimitación extensa afectaría el derecho de huelga; por ello, debe propenderse por cierta restricción en el momento de definir lo que para cada Estado se considera como servicio público esencial o al elaborar un listado de tales actividades.

A manera de corolario, se afirma que el derecho relacionado con la estabilidad laboral de los trabajadores en condición de discapacidad es analizable desde las fórmulas de la validez de la justicia, la eficacia del derecho, la ponderación de principios propuesta por Alexy o como derechos simples. Aun así, la realidad de los derechos de los discapacitados sigue siendo la misma, pues mientras existan grandes desigualdades entre los derechos de los empleados y los empleadores no se podrá hablar de una equidad y justicia social. Por último, las personas en situación de discapacidad han sido vistas por la sociedad como improductivas, aun cuando cuentan con capacitación para acceder a cualquier labor que se les encomiende.

En muchas ocasiones la mayor discriminación es no proteger y garantizar sus derechos, por lo que la OIT ha instituido convenios encaminados a incluir a este sector de la sociedad, los cuales han sido integrados a la legislación nacional mediante sentencia de la Corte Constitucional y el bloque de constitucionalidad. Se tiene presente que el empleo dignifica al ser humano y que con el mínimo vital pueden satisfacerse las necesidades propias y las de las familias; el desconocimiento de los instrumentos internacionales y las normas internas que protegen a estos trabajadores ha dado lugar a que se genere discriminación laboral, al no otorgarles la estabilidad por el hecho de su condición especial relacionada con discapacidad física, mental o sensorial.

Referencias

- Arango, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. *Precedente. Revista Jurídica* (diciembre 2004): 79-102. <https://doi.org/https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406> (acceso noviembre 23, 2017).
- Barona, Ricardo. *Principio de estabilidad laboral*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2014.
- Carvajal, Jorge Enrique. *Derecho, seguridad y globalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Charris, Juan Pablo. “El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública”. *Derecho del Estado*, núm. 33 (julio-diciembre 2014): 123-147.
- Colombia, Corte Constitucional,. *Sentencia SU-049 de 2 de febrero de 2017*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional,. *Sentencia T-197 de 26 de abril de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-576 de 4 de agosto de 2014*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-661 de octubre 23 de 2015*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-680 de 27 de agosto de 2012*. M. P. Nilson Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-698 de 20 de septiembre de 2011*. M. P. Rodrigo Uprimny.
- Fajardo, Luis. “Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia”. *Revista Universidad Sergio Arboleda 7*, núm. 13 (julio-diciembre 2007): 15-34. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista13/Contenido%20y%20alcance%20jurisprudencial.pdf> (acceso noviembre 12, 2017).
- Fazio, Hugo. *¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación*. Bogotá: Uniandes, 2011.
- Fernández, Mónica, Vladimir Rodríguez, Jheison Torres y Germán Vallejo. *Fundamentos contemporáneos del Derecho Público. Transformaciones necesarias*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- García Segura, Caterina. “La evolución y el concepto de actor en la teoría de las relaciones internacionales”. *Papers* 41 (1992): 13-31. www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/25159/58481 (acceso noviembre 12, 2017).
- Gernigon, Bernard, Alberto Otero y Horacio Guido. *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1998.
- Grossi, Paolo. *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

•La OIT en Colombia: impulso del principio de una sociedad con justicia social•

- Lopera, Patricia y Robert Dover. “Consulta previa, ciudadanía diferenciadas y conflicto socioambiental”. *Boletín de Antropología* 28, núm. 45 (2013): 76-103.
- Negri, Antonio y Michael Hardt. *Multitud*. Madrid: Debolsillo, 2006.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Derecho sindical de la OIT: normas y procedimientos*. Ginebra: Autor, 1995.
- Olano García, Hernán Alejandro. “El bloque de constitucionalidad en Colombia”. *Estudios constitucionales* 3, núm. 1 (2005): 231-242.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra: Autor, 1989.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *R022. Recomendación sobre indemnización por accidentes de trabajo (importe mínimo)*. Ginebra: Autor, 1925.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *R071. Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) (importe mínimo)*. Ginebra: Autor, 1944.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *R099. Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesional de los inválidos*. Ginebra: Autor, 1955.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*. Ginebra: Autor, 2015.
- Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael y Leidy Ángela Niño Chavarro. “Análisis de los efectos de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo sobre el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 por parte del Estado colombiano”. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, núm. 37 (2012): 49-68.
- Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael y Leidy Ángela Niño Chavarro. “Aplicación de los convenios de la OIT en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los Jueces laborales en Colombia”. *Prolegómenos, Derechos y Valores* 13, núm. 26 (2010): 163-175.
- Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael. *El derecho internacional laboral*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Ramelli, Alejandro. “Sistema de fuentes de derecho internacional público y ‘bloque de constitucionalidad’ en Colombia”. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 11 (2004). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5711/7482> (acceso noviembre 12, 2017).
- Ramírez, Socorro. “Nuevos actores sociopolíticos en el escenario internacional”. *Colombia Internacional*, núm. 37 (1997). <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/colombiant37.1997.04> (acceso noviembre 12, 2017).

- Reyes, Pablo. *Globalización y derecho: las transformaciones contemporáneas del Estado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2017.
- Rodgers, Gerry, Eddy Lee, Lee Swepston y Jasmien Van Daele. *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- Sassen, Saskia. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Bellaterra, 2003.
- Tuirán, Ángel, ed. *Acción internacional de los gobiernos locales o nuevas formas de diplomacia*. Bogotá: Ibáñez, 2017.
- Uprimny, Rodrigo y Rodríguez, Andrés Abel. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. 2ª ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- Uprimny, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf (acceso noviembre 12, 2017).
- Valdúeza, María Dolores. “El Convenio No. 121 de la OIT sobre prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los mecanismos de control de su aplicación”. <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/El-Convenio-No-121.pdf> (acceso noviembre 12, 2017).

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TERRITORIOS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Germán Vallejo Almeida*

De forma progresiva, la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales ha ido ocupando un lugar cada vez más importante en la agenda internacional, al punto de que el sistema de las Naciones Unidas, mediante la Organización Internacional del Trabajo, ha dado lugar a un reconocimiento de los derechos de estos pueblos en el Convenio 169 de 1989 como referente universal para la protección de estos pueblos.

El Convenio 169 generó un cambio paradigmático en la comprensión de los derechos de estas comunidades, al admitir sus aspiraciones de asumir el control de sus propias instituciones, sus formas de vida y su desarrollo. Para ello, incluyó sendas disposiciones en relación con sus derechos colectivos, no discriminación y ser consultado sobre cualquier decisión legislativa, administrativa y económica que pudiera afectar sus derechos y sus territorios —presupuesto fundamental para la garantía del resto de sus derechos—.

.....
* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Cooperación y Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, España y doctor en Derecho del programa conjunto de la Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Es profesor de la Universidad Católica. Correspondencia: germanvallejo@hotmail.com o gvallejo@ucatolica.edu.co

Con el presente artículo se pretende examinar la importancia de la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema universal e interamericano de derechos humanos, para identificar sus principales avances en Colombia y sus criterios de aplicación.

El trabajo se divide en cuatro apartes: primero, una reflexión sobre la comprensión de los territorios ancestrales como eje de los derechos de los pueblos indígenas y tribales; segundo, un análisis sobre el valor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como herramienta para la protección de los territorios ancestrales y su incorporación en Colombia; tercero, una revisión de algunas fuentes jurídicas internacionales y nacionales que han desarrollado los postulados del Convenio 169 y que bogan por la protección de los territorios ancestrales y cuarto, un examen sobre la consulta previa como mecanismo de protección de los territorios tribales y sus referentes normativos y jurisprudenciales en Colombia.

Protección de territorios ancestrales

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas y, desde su cosmovisión, la tierra y los territorios son elementos esenciales en su vida cultural, social y espiritual. Para una porción considerable de ellos, el territorio tiene un significado sagrado que dista de las concepciones economicistas y productivistas del desarrollo social moderno, pues en él se sustenta la supervivencia, sus instituciones tradicionales espirituales y su cultura particular.

Para Mikel Berraondo, los derechos de los pueblos indígenas por el territorio gravitan en dos dimensiones: el espacio y los procesos. En el primero, la reivindicación territorial se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales; en el segundo, se configura el derecho a la libre determinación, que se traduce en controlar sus procesos de orden político, económico, social, cultural y espiritual, para asegurar la continuidad material y cultural como pueblos indígenas.¹²⁴ Desde esta perspectiva, el territorio es un “sistema de re-

124 Mikel Berraondo, *Territorios indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho* (Pamplona: Instituto Promoción de Estudios Sociales, 2013), 26.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

cursos y jurisdiccional” en donde se ejercen derechos colectivos cuyo titular es dicho pueblo.¹²⁵

Tal concepción material e inmaterial sobre el territorio contraría la visión occidental que se ha construido sobre este, en la cual la posesión sobre la tierra y los recursos se vincula en exclusiva al poder político y económico de quien la posea. Como se verá a continuación, para los pueblos indígenas y tribales, el reconocimiento de sus derechos colectivos sobre sus territorios ancestrales tiene diversas vertientes —territoriales, jurídicas, culturales, sociales, económicas, políticas y espirituales— que emanan de su derecho a la libre determinación.

El reconocimiento otorgado a los pueblos indígenas y tribales en el Convenio 169 de la OIT es fundamental para la recuperación y la protección de sus tierras, de su hábitat y la convivencia armónica condición sin la cual no se podría asegurar su supervivencia como colectivo, más aún después de haber sido víctimas de seculares despojos de sus territorios ancestrales y tradicionales.

Dadas estas nociones sobre la concepción de territorio, es conveniente examinar el reconocimiento de estos derechos en el Sistema internacional de los derechos humanos, en particular a partir de la promulgación del Convenio 169 de la OIT y su impacto en Colombia.

Convenio 169 de la OIT como herramienta para la protección de territorios ancestrales

La Organización Internacional del Trabajo ha tenido como una de sus prioridades la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Desde sus primeras investigaciones, orientadas a analizar las condiciones de trabajo forzoso en el mundo, esta Organización prestó especial atención a la grave situación de explotación laboral en la que se encontraban “trabajadores nativos”, desprovistos de sus derechos.

Tras la creación de las Naciones Unidas, en 1945, la OIT amplió su campo de estudio sobre la situación de los trabajadores indígenas y, con participación de otras agencias del sistema de la ONU, condujo la elaboración del Convenio 107 de los pueblos indígenas y tribales, que fue sustituido en 1989 por el Convenio 169, en un intento por consolidar diversas normativas orientadas al reconocimiento de

.....
125 Elena Lazos, “Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios”, https://www.researchgate.net/publication/265920858_Ideas_sobre_Identidad_Pueblos_Indigenas_y_Territorios (acceso octubre 9, 2017).

la voluntad de dichos pueblos a asumir el control de su forma de vida, desarrollo económico y fortalecimiento de su identidad.

El Convenio refleja el consenso entre los mandantes tripartitos de la OIT (trabajadores, empleadores y representantes de Gobierno) en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales y las responsabilidades de los Gobiernos de protegerlos. Por su naturaleza de tratado internacional, adquiere carácter obligatorio para los Estados, por lo cual, una vez ratificado, tienen el deber de revisar y adecuar la legislación y la normatividad interna en torno a las disposiciones del Convenio.

El objetivo del Convenio, como se ha mencionado, es superar las prácticas discriminatorias que afectan a los pueblos indígenas y tribales para garantizar su participación en las decisiones y los procesos que impacten la subsistencia.¹²⁶ Por lo anterior, este Tratado se fundamenta en el reconocimiento de los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas atribuyen a sus territorios ancestrales, dado que son esenciales para garantizar el conjunto más amplio de sus derechos. En el Convenio se advierte:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.¹²⁷

126 Además, el Convenio cubre una amplia gama de derechos relativos a los pueblos indígenas, "que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras". Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013), 1.

127 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Ginebra, 27 de junio de 1989), art. 14.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Los Estados que ratifiquen el Tratado deberán acordar los procedimientos apropiados para establecer las tierras que han ocupado estos pueblos y asegurar la protección efectiva de los derechos de propiedad, goce y utilización libre de la misma. A estos derechos se vinculan otros igualmente esenciales para el libre desarrollo de la identidad: el respeto por la relación cultural y espiritual de los pueblos con la tierra y el territorio;¹²⁸ la protección especial a la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras;¹²⁹ el respeto por las tradiciones de transmisibilidad de los derechos sobre la tierra¹³⁰ y la asignación eventual de tierras en caso de no contar con las suficientes para garantizar su subsistencia.¹³¹

Otra consideración fundamental de este instrumento es la obligación expresa de llevar a cabo una consulta a los pueblos indígenas y tribales cuando se pretenda adoptar medidas administrativas o legislativas que de alguna forma interfieran con el pleno goce de sus derechos. Para James Anaya, relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, además de ser la piedra angular del Tratado,¹³² la consulta previa es un elemento central para un nuevo modelo de relaciones entre los Estados y tales pueblos, así como para un nuevo esquema de desarrollo en el que se asume al territorio indígena como presupuesto para el ejercicio de sus otros derechos.

Sobre este aspecto, en los Artículos 6, 7, 15, 16, 17, 22, 27 y 28, el Convenio 169 regula con amplitud la consulta previa como mecanismo de participación para que los pueblos indígenas accedan a los procesos de toma de decisiones que pudieran comprometer sus derechos, en especial los concernientes a la protección de los territorios ancestrales. Tal disposición implica para el Estado la obligación

128 OIT, *Convenio 169*, art. 13.

129 OIT, *Convenio 169*, art. 15.

130 OIT, *Convenio 169*, art. 17.

131 OIT, *Convenio 169*, art. 19.

132 Esta interpretación también reitera la Observación general sobre el Convenio núm. 169, 79.a, presentada por la CEACR, la cual establece que "la consulta previa resulta en la piedra angular del Convenio y la base de todas sus disposiciones. Encontrando en la participación de los pueblos indígenas, un elemento fundamental para garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el diálogo". Organización Internacional del Trabajo [OIT], "Consulta y participación de los pueblos indígenas. CEACR Observación general Convenio 169", <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oitceacr/544-oit-ceacr-209-og-consulta.html> (acceso septiembre 12, 2017).

de consultar y adoptar medidas legislativas y administrativas que garanticen su cumplimiento.

La incorporación del Convenio 169 en la normatividad y la jurisprudencia de los países que lo han ratificado ha sido esencial para salvaguardar los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales de cada Nación. En consonancia con lo anterior, en el siguiente apartado se presentan los fundamentos con los cuales se incorpora el Convenio 169 en Colombia y su impacto en la normativa y la jurisprudencia nacionales.

Incorporación del Convenio 169 en Colombia

Durante la década del ochenta y la primera década de 2000, en el continente americano se llevaron a cabo procesos de reforma constitucional y consolidación de democracias. En Colombia, aunque no hubo exactamente un tránsito desde un régimen autoritario a uno democrático, se promulgó una nueva Constitución en 1991, caracterizada, entre otras cosas, por su generosidad en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes. Por un lado, se incorporaron derechos civiles y políticos a grupos minoritarios y, por otro, en aceptación de la diversidad, se incluyó el otorgamiento de derechos especiales a pueblos indígenas y tribales, amparados en los avances del derecho internacional en esta materia. A partir de la expedición de la Constitución de 1991 se empezó a conceder fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los Artículos 53, 93, 94 y 214 constituyen las disposiciones superiores que ha usado la Corte Constitucional para fallar sobre el tema.

La incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno deberá ir siempre ligada a la lectura conjunta de los derechos fundamentales,¹³³ puesto que forman parte del bloque de constitucionalidad. En 1997, la Corte Constitucional dio el siguiente concepto sobre la composición del bloque de constitucionalidad:

[...] está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control

.....
133 La ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y el afianzamiento del sistema regional de derechos humanos han tenido como resultados más llamativos la ratificación de la Convención americana sobre derechos humanos y el reconocimiento de organismos principales del Sistema interamericano como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque “son normas situadas en el nivel constitucional”, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.¹³⁴

Así, ambos grupos de derechos deben complementarse y sostenerse mutuamente, formando una “doble fuente” y “doble protección” en el desarrollo de los derechos humanos. Esta “doble fuente” debe ser dinamizada entre el derecho internacional y el derecho constitucional, por lo que el intérprete de la norma debe optar por la más favorable a la realización de la dignidad de la persona.¹³⁵ Su utilización deriva del hecho de que la Constitución misma no es lo suficientemente amplia para cobijar todos los asuntos referentes a la constitucionalidad en una Nación o a su aplicación en el ámbito internacional. En esa medida, se vuelve necesario complementar con otras disposiciones —con un cuerpo normativo más flexible—, para atender nuevos asuntos normativos que sean consecuentes con los cambios históricos, sociales y políticos que ocurren en el mundo.¹³⁶

Sobre ese fundamento se incorporó en Colombia el Convenio 169 al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”. Quinche Ramírez destaca:

[...] el Convenio núm. 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, especialmente por lo establecido en el artículo 17 del mismo, que prevé el derecho fundamental a la consulta previa. Se trata aquí de una norma internacional de aplicación directa, que contiene un derecho no expresamente consagrado en la Constitución Política, que ha dado lugar a numerosas declaratorias de inexequibili-

134 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes.

135 Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008), 57.

136 Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que la incorporación de tratados internacionales son “verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-225 de 1995*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

dad, así como a un buen número de amparos proferidos en favor de las comunidades indígenas y sus miembros.¹³⁷

Este Tratado ha sido un elemento vital en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en Colombia al decidir el devenir y la protección de sus territorios, admitir su potestad de decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo y participar directamente por medio de la consulta previa en las decisiones que afecten sus derechos colectivos.

Previo a la elaboración del Tratado y su posterior ratificación por Colombia, los pueblos indígenas y tribales del país contaban con pocas herramientas jurídicas para salvaguardar su cultura y sus derechos sobre el territorio. Este desconocimiento sobre su identidad cultural condujo a numerosas violaciones de sus derechos, incluido el de decidir sus prioridades en lo concerniente al proceso de desarrollo económico, social y cultural.

Un elemento sustancial de la incorporación del Convenio 169 en Colombia —reconocido por la Corte Constitucional— es la afirmación del concepto de territorio que contempla este Tratado. El territorio se compone de la totalidad del hábitat que las comunidades ocupan o utilizan conforme a su visión y cultura, por lo que se impone a los Estados la obligación de asegurar su protección, en aras de salvaguardar su integridad cultural y sus derechos.

Desde su adopción, el Convenio 169 ha sido “el instrumento de derecho internacional más comprehensivo para proteger, en la legislación y en la práctica, los derechos de los pueblos indígenas y tribales”.¹³⁸

La protección del territorio en el Sistema universal de los derechos humanos

En el Sistema universal de protección de los derechos humanos, la protección de los territorios ancestrales toma especial importancia en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, cuyos Artículos 8, 10, 25, 26, 27, 28, 29 y 32 detallan un amplio catálogo de derechos

137 Manuel Quinche Ramírez, “El control de convencionalidad” (tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia, 2013), 6, citado en Gloria Amparo Rodríguez, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia* (Bogotá: GIZ, 2014), 52.

138 Rodolfo Stavenhagen, *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas* (Ciudad de México: Unesco, 2007), 17.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

al respecto. Entre sus aspectos más novedosos se destaca la obligación de los Estados de asegurar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas;¹³⁹ derecho a tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido¹⁴⁰ y el derecho a la reparación, restitución e indemnización justa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado.¹⁴¹

Si bien se ha entendido que la Declaración es un instrumento no vinculante —soft law—, sus consideraciones no han sido desconocidas dentro del Sistema interamericano¹⁴² y, en cambio, han sido altamente referenciadas por sus Altas Cortes para pronunciarse sobre el tema.

La Declaración es el primer reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales del mundo que se expone en un documento normativo oficial de Naciones Unidas y es el único instrumento jurídico internacional que los admite de manera expresa y abierta. Conseguir su implementación es un reto considerable para los Estados.

Sistema interamericano de los derechos humanos

En el Sistema interamericano de los derechos humanos, la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales se ha fundamentado en la interpretación del Artículo 23 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre de 1948 y en el Artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos de 1969. Estos artículos contemplan el derecho a la propiedad del que gozan todas las personas, sin distinción alguna por su condición étnica u otra distinción particular.

139 Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Resolución 61/295 de la Asamblea General (Nueva York, 13 de septiembre de 2007), art. 10.

140 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 26.

141 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 28.

142 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172; *Caso comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2012, serie C No. 212; *Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012, serie C No. 245.

Desde el Sistema Interamericano, la Comisión interamericana de derechos humanos (CIDH) se ha ocupado de aprobar resoluciones y dictaminar recomendaciones especiales a los Estados en materia de protección de los derechos humanos de estas comunidades. La CIDH ha reaccionado positivamente por la aceptación del Convenio 169 por parte de los países de la OEA y ha reiterado la obligación que tienen estos en cuanto a la protección de estos pueblos y en especial de los territorios ancestrales colectivos. Sobre esta materia ha enfatizando en:

[...] adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones. También ha explicado la CIDH que los Estados deben aplicar mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales y asegurar, así, el disfrute efectivo de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169. La falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169.¹⁴³

Durante las últimas décadas, tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han tenido un peso significativo en los países de la región en materia de derechos de los pueblos indígenas, en particular en el reconocimiento y la protección de sus territorios ancestrales.

Para la CIDH, como organismo especializado en la protección y observancia de los derechos humanos,¹⁴⁴ la protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales es un asunto de especial importancia por las vulneraciones a las que han sido sometidos y por la comprensión del territorio, puesto que es un elemento sustancial que condensa sus derechos económicos, sociales, culturales y políticos.

.....
143 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (acceso septiembre 18, 2017).

144 "1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". Organización de Estados Americanos [OEA], *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General* (La Paz, octubre de 1979), art. 1.1.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre el tema y ha recalcado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”.¹⁴⁵ Cabe resaltar que, al ser la Corte IDH un tribunal internacional, sus sentencias —reconocidas dentro del Sistema como *hard law*— son de obligatorio cumplimiento para los países miembros de la OEA, lo cual repercute directamente tanto en las obligaciones que se les imponen a los Estados como en la protección a los derechos de los pueblos.

Algunos casos emblemáticos que la Corte IDH ha decidido sobre esta materia¹⁴⁶ han señalado las responsabilidades de los Estados en relación con los derechos sobre los territorios ancestrales y reafirman una concepción amplia y diferente sobre el territorio como un elemento esencial para su libre determinación.

Protección de los territorios ancestrales en Colombia

En Colombia, la protección de los territorios ancestrales ha constituido una obligación de carácter constitucional. En primer lugar, son reconocidos como principios fundamentales en la Constitución el deber del Estado de “reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural”¹⁴⁷ y también de “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.¹⁴⁸ En segundo lugar, tales principios

.....
145 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79*, párr. 148, p. 82.

146 A partir de la sentencia histórica del caso Awás Tingni de 2001, la Corte ha dictado seis nuevas sentencias entre los años 2005 y 2012, que no solo confirman la doctrina asentada en la primera, sino que la refuerzan positivamente, al avanzar en el difícil camino de la implementación de los derechos. Estas son: *Comunidad mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C No. 79*; *Caso de la comunidad moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, serie C No. 124*; *Caso de la comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125*; *Caso comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C No. 146*; *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C No. 172*; *Caso comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C No. 214*; *Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, serie C No. 245*. Todas estas sentencias se pueden consultar en la página web de la Corte Interamericana de derechos humanos. <http://www.corteidh.or.cr/>

147 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 7.

148 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 8.

constitucionales se han integrado a las normas de tratados internacionales que se han ocupado de amparar estos derechos, de conformidad con el Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

Entre los estándares nacionales también se encuentra el marco normativo especial desarrollado en decretos reglamentarios y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional,¹⁴⁹ la cual ha sido una de las más progresistas en el continente americano. Por ese motivo, es común encontrarla referenciada en varios casos de la Corte IDH. Para Catalina Botero existen dos grandes “tipos” de sentencias de la Corte Constitucional:

[Uno] referido a las obligaciones en cabeza del Estado derivadas del reconocimiento de la propiedad de las comunidades indígenas sobre los territorios ancestrales, y otro, en relación con las facultades de los miembros de la comunidad respecto del territorio que habitan.¹⁵⁰

Según esta Corporación, el derecho de propiedad sobre los territorios tiene la mayor relevancia en el esquema constitucional y explica el carácter fundamental del derecho al territorio colectivo en los siguientes términos:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas [...].

Sin este derecho, los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al

149 Al respecto, pueden verse las siguientes sentencias en materia de protección de territorios ancestrales: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-188 de 1993*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; *Sentencia T-079 de 29 de enero de 2001*, M. P. Fabio Morón Díaz; *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis; *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil; *Sentencia T-909 de 25 de octubre de 2002*, M. P. Jaime Córdoba Triviño; *Sentencia T-433 de 23 de mayo de 2011*, M. P. Mauricio González Cuervo.

150 Catalina Botero, “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Precedente* (2013): 67.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.¹⁵¹

Con esta sentencia como precedente, la Corte Constitucional ha dictado numerosos fallos favorables sobre la protección de los territorios ancestrales. Asimismo, ha contribuido a consolidar la idea de pluralismo jurídico y la importancia de mantener una jurisdicción especial para el tratamiento de asuntos de las comunidades indígenas y territorios colectivos de los pueblos tribales.

Otorgar tan particular reconocimiento al territorio ha sido necesario para avanzar en el sustento jurisprudencial de otros aspectos que son vitales para la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, el reconocimiento paralelo de los derechos sociales, políticos, económicos y culturales. Como muestra se puede mencionar el desarrollo que se ha hecho sobre derecho de uso, explotación y administración de los recursos naturales —al ser un elemento transversal de la protección de los territorios ancestrales— abordado por la Corte en las Sentencias T-634 de 1999; C-891 de 2002; C-620 de 2003; C-180 de 2005; T-778 de 2005; T-282 de 2011; C-366 de 2011; T-384A de 2014.

Adicional a las sentencias de la Corte, en 2014 el Gobierno nacional emitió el Decreto 2334, “Por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y los territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, y se adicionan los artículos 13,16 y 19 del Decreto 2664 de 1994”. Este Decreto es fundamental, ya que incorpora la protección de los territorios ancestrales de manera explícita: en primer lugar, reconoce la relaciones materiales e inmateriales entre los pueblos indígenas y el territorio, de acuerdo con sus usos y costumbres y que constituyen su ámbito tradicional, espiritual y cultural, en el marco de lo establecido en la Ley 21 de 1991;¹⁵² en segundo lugar, porque da prelación a la protección de la posesión de territorios ancestrales o tradicionales de comunidades indígenas en riesgo o situación de desplazamiento forzado¹⁵³ y en tercer lugar, porque fija

151 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-188 de 1993*.

152 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, “Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos y su recuperación” (Bogotá: *Diario Oficial* 41.627, 7 de diciembre de 1994), art. 3.

153 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, art. 7.

los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de los territorios ocupados ancestral o tradicionalmente por los pueblos indígenas.¹⁵⁴

Al día de hoy, pese a los múltiples retos que se deben superar desde el Estado, estamos avanzando en la superación de un legado de opresión, discriminación y desconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de esas comunidades.

Referentes internacionales que regulan la consulta previa

En el Convenio, la OIT encuentra en la consulta previa una forma de diálogo que tiene por objeto la armonización de intereses que se contraponen, de manera que ayuda a evitar y resolver conflictos entre los sujetos participantes y se asume la importancia de los territorios indígenas como el medio apropiado para desarrollar su plan de vida y sus derechos como minoría.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, como pronunciamiento más reciente acerca de la consulta previa, incorpora los criterios del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras. También incluye la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas cuando se vean afectados sus derechos.¹⁵⁵ Si bien la Declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante, sí implica un compromiso para los Estados y un instrumento de presión para los que no lo han firmado, por cuanto en el plano internacional la costumbre entre naciones sí comporta este carácter vinculante.¹⁵⁶

Otras instancias del Sistema internacional no vinculantes, pero sí relevantes sobre consulta previa son: Observaciones individuales de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR), encargada de evaluar el cumplimiento del Convenio 169 y emitir comentarios y recomendaciones a los Estados sobre la aplicación del mismo. Otro órgano es el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CEDR), encargado de formular

.....
154 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2664 de 1994*, art. 1.

155 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 10, 19 y 28.

156 César Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2009), 12.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

recomendaciones a los Estados sobre la aplicación de distintas disposiciones del Convenio para su cumplimiento.

Dentro del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, está el relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien se encarga de investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas y recopilar información sobre violaciones de dichos derechos. Si bien sus pronunciamientos no tienen un carácter vinculante, los informes del relator pueden tener una considerable fuerza política y hacer visibles las violaciones o amenazas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En el Sistema interamericano de derechos humanos, los principales instrumentos en materia de protección de los derechos humanos son la Declaración americana de derechos y deberes del hombre y la Convención americana sobre derechos humanos y sus dos órganos principales: la Corte IDH y la CIDH.

La Corte IDH, que es vinculante con los Estados parte, ha desarrollado una amplia jurisprudencia relativa a la consulta previa como herramienta de protección de sus territorios ancestrales y otros derechos que afecten su libre autodeterminación. Con sus sentencias se han detallado los eventos en los cuales debe adelantarse este procedimiento.

En casos como *Yakye Axa vs. Paraguay* (2004) y *Saramaka vs. Surinam* (2007), la Corte IDH ha señalado la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado —por encima de la consulta— y desarrollar el concepto del territorio para las comunidades indígenas conforme a su espiritualidad y cultura.¹⁵⁷ Sobre este tema, tanto la CIDH como la Corte IDH han hecho extensiva la obligación que tienen los Estados de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios. El relator especial de las Naciones Unidas ha formulado la obligación general en los siguientes términos:

De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales

.....
157 Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas*, 19.

y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado [...]. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares.¹⁵⁸

La consulta previa en Colombia

En la normatividad nacional, el derecho a la consulta previa puede comprenderse desde dos dimensiones: primera, desde el derecho procesal que presupone un requisito de procedibilidad previo a la ejecución de cualquier tipo de acto que pueda incidir en el territorio indígena o que pueda afectar su identidad cultural y étnica; segunda, como un derecho sustantivo, por medio del cual los pueblos indígenas pueden tener acceso a la participación informada, de buena fe y culturalmente adecuada sobre las decisiones que atañen a su derecho a la libre determinación.¹⁵⁹

En Colombia, el desarrollo de la figura obedece a diversas normas que incluyen a la consulta previa como un deber del Estado ante cualquier proyecto que se desee adelantar y que afecte a los pueblos indígenas y tribales. Por ejemplo, a partir de la Ley 99 de 1993, para explotaciones de los recursos naturales deberá hacerse consulta previa a los representantes de las comunidades, con respeto por su integridad cultural, social y económica.¹⁶⁰

En armonía con lo anterior, puede identificarse que el Decreto referido busca adaptarse a las exigencias del Convenio, según el cual la consulta previa es obligatoria en todos los casos en los que se adopten medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas. En contraste, pese a los avances

.....
158 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* (Nueva York, 5 de octubre de 2009), párrs. 62-63.

159 Carlos Eduardo Salinas, "La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia", *Derecho del Estado*, núm. 27 (2011): 238.

160 Colombia, 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" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 41.146, 22 de diciembre de 1993), art. 76.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

progresistas del Estado en la adopción del Convenio 169, se incorporó en la normatividad nacional el Decreto 1320 de 1998, que provocó una gran controversia entre los pueblos indígenas y el Gobierno, entre otras circunstancias, por la manera en la que esta norma salió a la luz pública y por sus implicaciones.¹⁶¹

En primer lugar, su elaboración y expedición se adelantó sin haber consultado previamente a las comunidades indígenas y sin atender las disposiciones del Decreto 1397 de 1996, pues tampoco fue concertado con la Comisión Nacional y la Mesa permanente antes mentadas.

En segundo lugar, insta al responsable del proyecto, de la obra o actividad a hacer la consulta previa e impone un plazo de veinte días para que los pueblos indígenas y tribales den respuesta para su participación en la elaboración de los estudios ambientales.¹⁶² Tal disposición ha causado polémica, dado que el Estado se aleja de su responsabilidad de llevar a cabo la consulta, como lo establece el Convenio 169. Además, el procedimiento y los tiempos que fija el Decreto no cumplen con los criterios de buena fe, de ser culturalmente adecuada y de tener el propósito de llegar a un acuerdo, pues desconoce los espacios propios de reflexión y análisis de cada comunidad para determinar la mejor conveniencia para sus pueblos, lo que resulta “inflexible y por lo tanto vulneratorio [sic] de los usos y costumbres de los pueblos”.¹⁶³

En tercer lugar, ignora la concepción amplia de territorio formulada en el Convenio, al regular el mecanismo de consulta previa solo para la explotación de los recursos naturales. Tal disposición excluye la noción de territorio, entendida como el espacio físico donde los pueblos indígenas y tribales controlan sus procesos sociales, culturales, políticos, económicos y espirituales.

Para varios autores como Londoño,¹⁶⁴ Salinas¹⁶⁵ y Rodríguez,¹⁶⁶ lo dispuesto por el Decreto se abstrae de lo señalado en el Convenio 169 y rompe con uno

161 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 201.

162 Colombia, Congreso de la República, *Decreto 1320 de 1998*, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.340, 15 de julio de 1998), art. 50.

163 Beatriz Londoño, *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas* [documento inédito] (Bogotá, 1998).

164 Londoño, *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas*.

165 Salinas, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos”, 238.

166 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 201.

de los propósitos fundamentales de la consulta, ya citado por James Anaya, de transformar las relaciones entre los Gobiernos y los pueblos indígenas en favor de la construcción de un nuevo modelo de desarrollo. Para Rodríguez, las disposiciones del Decreto también son contrarias a la Carta Política, vulneran los derechos de los pueblos indígenas y muestran que existe un conflicto de normas, por lo que añade:

Bajo estas premisas, evidentemente el decreto 1320 de 1998 es contrario a la Carta Política y vulnera los derechos de los pueblos indígenas y muestra que existe un conflicto de normas: unas normas superiores que establecen los principios (las normas constitucionales) además de una ley (ley 21 de 1991) que ratifica el Convenio núm. 169 de la OIT que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiteradas sentencias. Ambas disposiciones tienen prevalencia frente a un decreto reglamentario (el 1320) que vulnera los principios constitucionales y por lo tanto generan inseguridad jurídica y limitan los derechos de los pueblos indígenas.¹⁶⁷

Pese a la expedición de este Decreto, la consulta previa se ha encontrado salvaguardada por las numerosas sentencias que ha expedido la Corte Constitucional en esta materia, con fundamento en los compromisos asumidos por el Estado en materia de protección de los pueblos indígenas al ratificar el Convenio 169. Un ejemplo de ello es la Sentencia SU-039 de 1997, considerada un hito en la jurisprudencia nacional. En este caso la Corte invocó el Tratado y suspendió la explotación sísmica de la empresa Occidental Petroleum en territorio u'wa porque no hizo consulta previa, libre e informada con esta comunidad. Sobre este tema, la Corporación indicó:

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la

167 Rodríguez, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, 203.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.¹⁶⁸

Según lo ha establecido la Corte Constitucional —que en últimas ha sido el órgano encargado de proteger la figura invocando al Convenio 169 y darle alcance dentro del ordenamiento por medio de la construcción de una línea jurisprudencial uniforme— el incumplimiento de esta obligación acarrea consecuencias en distintos ámbitos, pues no solo supone eludir los compromisos internacionales asumidos por el Estado, sino también desconocer la Constitución.

Criterios para la aplicación de la consulta previa

Las normas internacionales y los pronunciamientos de órganos internacionales señalan con claridad los lineamientos básicos sobre la manera de adelantar los procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales. Estos parámetros constituyen, a su vez, el contenido esencial del derecho a la consulta previa.

Se otorga tanta importancia a la utilización del mecanismo porque se ha entendido que propender por la garantía efectiva de los derechos de estas comunidades culturalmente diferentes es un paso imprescindible para garantizar su supervivencia, pues se encuentran en situación de vulnerabilidad:

[...] por la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales.¹⁶⁹

168 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

169 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle.

Estos estándares deben ser: el principio de buena fe, la consulta informada, una consulta culturalmente adecuada, el propósito de llegar a un acuerdo y el carácter previo de la consulta.¹⁷⁰

— Principio de buena fe: el Estado debe asegurar un diálogo genuino con los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el ánimo de llegar a un acuerdo. Cabe recordar que estas comunidades se encuentran en condiciones de exclusión y vulnerabilidad en el goce de sus derechos; por tanto, las medidas que deben adoptar son aquellas que permitan superar esta situación y entreguen herramientas efectivas a las comunidades para desarrollar el proceso de consulta.

— Consulta informada: la consulta debe contener toda la información relacionada sobre las posibles afectaciones que generaría una decisión legislativa o administrativa o la ejecución de un proyecto.

— Una consulta culturalmente adecuada: al hacer la consulta se deben respetar las costumbres, normas y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales.

— El propósito de llegar a un acuerdo: como el fin de la consulta es lograr un consenso, el Estado no debe imponer las formas y los medios, sino asegurar los mecanismos de los pueblos indígenas y tribales de toma de decisiones, con respeto por sus costumbres y estructuras organizativas, de modo que se les conceda la oportunidad de incidir de forma positiva en las decisiones que afectan sus intereses.

— El carácter previo de la consulta: la consulta debe garantizar la participación de los pueblos indígenas y deberá hacerse antes de tomar cualquier decisión administrativa, legislativa o que autorice la puesta en marcha de algún proyecto que pudiera afectarlos.

En Colombia, el desarrollo de estos criterios ha sido clave en materias administrativas que tengan un impacto en el ambiente y los recursos naturales. A la hora de hacer la consulta, se articulan diversas instituciones del Estado que se encargan de velar por el buen procedimiento, entre ellas, el Ministerio del Interior, por medio de la Dirección de Consulta Previa como principal responsable de los procesos de consulta a las comunidades étnicas.

170 Rodríguez Garavito, ed., *La consulta previa a pueblos indígenas*, 40.

La Procuraduría General de la Nación, por medio del Grupo de Asuntos Étnicos —adscrito a la Procuraduría delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos—, tiene el deber de velar por la promoción y protección de los derechos de los grupos étnicos e intervenir ante autoridades públicas en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de las garantías y de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos de los grupos étnicos, así como apoyar los procesos de consulta previa que deben adelantarse en los territorios.

Otra institución que brinda acompañamiento es la Defensoría del Pueblo, por medio de la Defensoría delegada para indígenas y minorías étnicas y, cuando se trata de temas ambientales, corresponde a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y a la Corporación Autónoma Regional (CAR), que son las encargadas de otorgar las licencias y los permisos ambientales.

De esta manera, en atención a las disposiciones del Convenio 169, se ha desarrollado toda una arquitectura institucional para proteger los derechos de los pueblos y garantizar el debido cumplimiento de la consulta.

Conclusiones

La Organización Internacional de Trabajo, por medio del Convenio 169, ha contribuido a la promoción de la justicia social, en particular enfocada a los pueblos indígenas, como un elemento fundamental “para la paz universal y permanente” al reconocer los derechos de pueblos ancestrales olvidados tras siglos de sometimiento y exclusión.

Por lo anterior, este Tratado se ubica en un sitio importante en cuanto al reconocimiento de los valores culturales y espirituales que los pueblos indígenas atribuyen a sus territorios ancestrales, dado que son esenciales para garantizar el conjunto más amplio de sus derechos. Al respecto, un elemento sustancial que contiene el Convenio 169 es el reconocimiento del concepto de territorio como la totalidad del hábitat que los pueblos ocupan o utilizan conforme a su visión y cultura. Con base en ese concepto, se han logrado cambios sustanciales en la aplicación del derecho internacional e interamericano de los derechos humanos, así como en las normas de los países que han ratificado el Convenio.

Además, es un impulso para que las organizaciones sociales de estos pueblos y sus representantes comprendan sus derechos enmarcados en el sistema internacional. Este instrumento de participación ha sido elemental tanto para salvaguardar todo el catálogo de derechos que se vinculan a la defensa y protección de territorios ancestrales como un criterio fundamental en el ejercicio de su autonomía como pueblos.

Más que un mecanismo de participación, la consulta previa es un elemento clave en los debates y la elaboración de políticas públicas que afectan a los grupos étnicos que han encontrado en ella una herramienta vital para contrarrestar las políticas de afectación a sus territorios, de las que han sido víctimas durante siglos. Al ser un instrumento diseñado para participar en deliberaciones y construir consensos en torno a intereses contrapuestos, ha sido esencial para resolver los conflictos que afecten el desarrollo social, económico y cultural de estas comunidades.

En Colombia, ratificar el Convenio e incorporarlo a la Constitución Política como parte del bloque de constitucionalidad, ha convertido la consulta previa en un derecho fundamental para los pueblos y en norma obligante para cualquier decisión legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses.

También debe mencionarse el rol que ha desempeñado la Corte Constitucional en la protección de estas comunidades y en garantizar el efectivo cumplimiento de sus derechos, al invocar las líneas fundamentales del Convenio. Con su jurisprudencia, se ha exigido continuamente al Estado que cumpla sus compromisos nacionales e internacionales en su deber de salvaguardar los múltiples derechos de estas colectividades en beneficio de asegurar su pervivencia.

Gracias a las disposiciones del Convenio 169 y a los avances en la normatividad y la jurisprudencia nacionales y pese a las limitaciones institucionales, Colombia es un país más incluyente y que avanza, aún con esfuerzo y con dificultades, hacia la consolidación de un Estado social de derecho, participativo, pluralista y respetuoso por la dignidad de sus pueblos ancestrales.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento.

Referencias

- Berraondo, Mikel. *Territorios indígenas. Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*. Pamplona: Instituto Promoción de Estudios Sociales, 2013.
- Botero, Catalina. “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Precedente* (2013): 45-87.
- Colombia, Congreso de la República. *Decreto 1397 de 1996*, “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa permanente de concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 42853, 12 de agosto de 1996.
- Colombia, 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”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.146, 22 de diciembre de 1993.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*. M. P. Álvaro Tafur Galvis;
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-079 de 29 de enero de 2001*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-188 de 1993*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-433 de 23 de mayo de 2011*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-909 de 25 de octubre de 2002*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 1320 de 1998*, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”. Bogotá: *Diario Oficial* 43.340, 15 de julio de 1998.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 2664 de 1994*, “Por el cual se reglamenta el Capítulo XII de la Ley 160 de 1994 y se dictan los procedimientos para la adjudicación

de terrenos baldíos y su recuperación”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.627, 7 de diciembre de 1994.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (acceso septiembre 18, 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.*
- Lazos, Elena. “Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios”. https://www.researchgate.net/publication/265920858_Ideas_sobre_Identidad_Pueblos_Indigenas_y_Territorios (acceso octubre 9, 2017).
- Londoño, Beatriz. *Comentarios al decreto 1320/98 sobre consultas* [documento inédito]. Bogotá, 1998.
- Organización de Estados Americanos [OEA]. *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General*. La Paz, octubre de 1979.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General*. Nueva York, 13 de septiembre de 2007.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Nueva York, 5 de octubre de 2009.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. “Consulta y participación de los pueblos indígenas. CEACR Observación general Convenio 169”. <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oitceacr/544-oit-ceacr-209-og-consulta.html> (acceso septiembre 12, 2017).
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Rodríguez Garavito, César, editor. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ, 2014.

•Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento•

Salinas, Carlos Eduardo. “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”. *Derecho del Estado*, núm. 27 (2011): 235-259.

Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. Ciudad de México: Unesco, 2007.

Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

LA CONSULTA PREVIA COMO CONTRAPESO A LAS AFECTACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS Y ADMINISTRATIVAS

Germán Vallejo Almeida*

Como se evidenció en el capítulo anterior, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un instrumento fundamental para la interpretación, aplicación y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Uno de sus objetivos principales es superar las prácticas discriminatorias y las afectaciones a sus territorios que han impactado a estos pueblos durante siglos y, de esta manera, hacer posible su participación en las decisiones que atañen a sus derechos culturales, sociales, políticos y económicos.

En armonía con dicha participación, la consulta previa emerge como la piedra angular del Convenio para fundamentar la aplicación más amplia posible de los derechos que en él se contemplan. El Artículo 6.1 introduce la consulta previa como una obligación de los gobiernos a: “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.¹⁷¹

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Cooperación y Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona, doctor en Derecho del programa conjunto las Universidades Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Es profesor de la Universidad Católica. Correspondencia: germanvallejo@hotmail.com o gvallejo@ucatolica.edu.co

¹⁷¹ Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Ginebra, 27 de junio de 1989), art. 6.1.

El mencionado instrumento dejó un vacío significativo en cuanto a lo que podría entenderse como “afectación directa”, razón por la cual ha sido objeto de estudio constante y ha provocado debates doctrinarios y jurisprudenciales para su definición, puesto que lo señalado en el Artículo 6 no cierra de manera alguna un concepto concreto. Apoyado en el principio de flexibilidad, que en su Artículo 34 exige a cada Estado que ratifique el Convenio, se solicita elaborar con su propio criterio los lineamientos que permitan determinar cuándo se está ante una afectación directa a consecuencia de medidas legislativas y administrativas.

Si bien se da un primer paso al establecer este compromiso, la implementación del mecanismo se mantiene desafiante, porque supone enfrentar la multiplicidad de interpretaciones que resultan del concepto. Abrir esa puerta lleva inevitablemente a obtener una definición creada por los pueblos indígenas y tribales y, dentro de este grupo, una gran variedad según las características de cada uno, así como también una definición construida desde la perspectiva del Gobierno con sus correspondientes matices y puntos de interés.

Con base en estas apreciaciones, el presente análisis tiene como objetivo presentar los principales pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia sobre las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar de manera directa a los pueblos indígenas y tribales. Para ello, el documento se divide en cuatro secciones: primero se revisarán las posturas generales que ha desarrollado la Corte sobre el alcance y los criterios de la consulta previa; segundo, se examinará el concepto que ha propuesto la Corte Constitucional sobre lo que constituyen las afectaciones directas en Colombia; tercero, se analizará la línea jurisprudencial proferida por el Alto Tribunal sobre los elementos para identificar afectaciones directas causadas por medidas legislativas y cuarto, se observará la jurisprudencia de la Corte sobre las afectaciones directas por medidas administrativas a la luz de las etnorreparaciones.

Fundamentos constitucionales de la consulta previa y la participación

La Constitución Política no menciona expresamente el derecho a la consulta previa; no obstante, su fundamento se encuentra en el reconocimiento —concurrente y complementario— de otros derechos y principios fundamentales de la Carta Magna. En primer lugar, la esencia democrática y pluralista del Estado,

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

que acepta la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana;¹⁷² el respeto por los principios de autodeterminación y el reconocimiento de los principios del derecho internacional asumidos por Colombia;¹⁷³ la participación de los grupos indígenas y tribales en los asuntos públicos que les conciernen¹⁷⁴ y la protección de la propiedad colectiva de los territorios ancestrales.¹⁷⁵

El deber de la consulta tiene una vinculación intrínseca con lo expresado en el Artículo 330 de la Constitución Política. Amparados por el régimen especial, se reconoce que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”.¹⁷⁶ En un principio, lo estipulado en esta disposición reducía la participación de los pueblos indígenas a la explotación de recursos naturales en sus territorios, pero excluía su intervención en cuanto a medidas legislativas y administrativas distintas a ella en los territorios indígenas (explotación minera, proyectos de infraestructura, etc.).

Más adelante, el Alto Tribunal precisó que la participación de estos pueblos debía extenderse a todos los demás derechos reconocidos en la Constitución que pudieran verse afectados, en coherencia con las disposiciones del Convenio 169. En la Sentencia de Unificación 039 de 1997,¹⁷⁷ la Corte precisó el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, al concretar en esta herramienta disposiciones constitucionales como el derecho de participación, el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y otras obligaciones contraídas por el Estado en el marco del derecho internacional.¹⁷⁸ En palabras de la Corte, al interpretar el Artículo 6:

172 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), arts. 1, 7, 8, 9 y 70.

173 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 9.

174 República de Colombia, *Constitución Política*, arts. 40, 171, 176, 329 y 330.

175 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 63.

176 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 330.

177 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

178 “[...] el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-063 de 4 de febrero de 2010*, M. P. Humberto Sierra Porto.

Como se ha puesto de presente por la Corte, dentro del Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta [...].

De este modo, es posible apreciar que del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios: el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.¹⁷⁹

Sobre este aspecto, en los fallos que contienen las Sentencias T-129¹⁸⁰ de 2011 y T-376 de 2012,¹⁸¹ la Corte reiteró su llamado a interpretar el Artículo 6 de dicho Instrumento en conveniente correspondencia con el catálogo de derechos considerados en ese Tratado, en particular aquellos que se dirigen a asegurar la participación plena en las decisiones referentes a programas y proyectos que afecten sus derechos y modos de vida.¹⁸²

179 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

180 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*, M. P. Jorge Iván Palacio.

181 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle.

182 Otras disposiciones relevantes en la materia son: "Artículo 4: 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales; [...]. Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

La Corte Constitucional ha contribuido a definir un conjunto de estándares de aplicación de la consulta previa, que “pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos indígenas y tribales involucrados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo”.¹⁸³ En coherencia con este mandato, la Corte ha sostenido en diversos fallos el deber del Estado de diseñar e implementar mecanismos institucionales que permitan a las comunidades tener una libre participación en el espacio de toma de decisiones en relación con programas o proyectos susceptibles de afectarlos directamente.

En cuanto a las posibles afectaciones resultantes de la adopción de medidas legislativas y administrativas, se pueden considerar dos tipos: en primer lugar, los concernientes a programas y proyectos que en alguna de sus materias los involucren —situación en la cual debe asegurarse el cumplimiento de su derecho a la participación—; en segundo lugar, las medidas administrativas y legislativas causantes de afectación directa, por la cual debe hacerse la consulta previa. A modo de ejemplo, en los fallos T-769 de 2009, Concesión minera Mandé Norte. Pueblo indígena emberá de Urabá, Jiguamiandó¹⁸⁴ y T-129 de 2011, Proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas. Chidima y Pescadito,¹⁸⁵ la Corte analizó “proyectos de impacto” como planes de desarrollo o actividades de explotación de gran escala en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y consideró que el deber del Estado superaba la

valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo; [...]. Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente; [...]. Artículo 8. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”. OIT, *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

183 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

184 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

185 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*.

mera realización de la consulta y, en cambio, debía obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior se debe a que cuando se ejecuta este tipo de planes en su hábitat, estas comunidades “pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional”.¹⁸⁶

Tal consideración toma como referencia el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso del pueblo saramaka frente a Surinam,¹⁸⁷ en la cual señaló que al tratarse de planes de desarrollo o de grandes inversiones que tengan un impacto considerable dentro del territorio, el Estado tenía la obligación tanto de consultar como de obtener el consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones de los pueblos interesados.¹⁸⁸

Este miramiento ha sido correspondido por la Corte Constitucional en numerosos fallos,¹⁸⁹ porque dentro de la lógica del principio de proporcionalidad,¹⁹⁰

186 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*.

187 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

188 En suma, como lo expresó el relator James Anaya, el consentimiento libre, previo e informado se presenta en el derecho internacional como una salvaguarda para el conjunto de derechos sustantivos de los pueblos indígenas que pueden ser afectados por las decisiones administrativas o legislativas de los Estados. James Anaya, “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional” (ponencia presentada en el evento El rol de los ombudsmen en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas (Lima, 25 de abril, 2013), 2. En la jurisprudencia nacional, sobre el derecho al consentimiento previo, libre e informado, pueden consultarse: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*; *C-175 de 18 de marzo 2009*, M. P. Luis Ernesto Vargas; *C-063 de 4 de febrero de 2010*; *C-366 de 11 de mayo de 2011*, M. P. Luis Ernesto Vargas; *C-196 de 14 de marzo de 2012*, M. P. María Victoria Calle; *C-317 de 3 de mayo de 2012*, M. P. María Victoria Calle; *C-194 de 10 de abril de 2013*, M. P. Luis Ernesto Vargas.

189 Al respecto se puede consultar: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*; *C-068 de 13 de febrero de 2013*, M. P. Luis Guerrero Pérez; *T-969 de 15 de diciembre de 2014*, M. P. Gloria Stella Ortiz; *C-371 de 11 de junio de 2014*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt; *T-256 de 5 de mayo de 2015*, M. P. Martha Victoria SÁCHICA; *T-764 de 16 de diciembre de 2015*, M. P. Gabriel Mendoza; *T-197 de 26 de abril de 2016*, M. P. Jorge Iván Palacio.

190 Sobre el principio de proporcionalidad de los pueblos indígenas y tribales en relación con su participación en la consulta previa, pueden consultarse: Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis; *C-175 de 18 de marzo de 2009*; *T-376 de 18 de mayo de 2012*; *T-236 de 21 de abril de 2017*, M. P. Aquiles Arrieta, entre otras. De las mencionadas, se comparte la interpretación de la Sentencia T-376 de 2012, al considerar que expone de manera precisa lo referido al mencionado principio: “desde la perspectiva del principio de proporcionalidad ‘la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes se concreta en tres facetas del mismo derecho: (i) la simple participación asociada a la intervención de las comunidades en los organismos decisorios de carácter nacional, así como la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

en casos en los que los derechos de los pueblos indígenas y tribales se vean intensamente afectados, emergía el consentimiento previo, libre e informado como un estándar excepcional que reforzaba la protección a estos pueblos. Con esa lógica, el Alto Tribunal definió ciertas orientaciones a los jueces constitucionales en el momento de determinar las consideraciones sobre lo que debía interpretarse como afectación directa,¹⁹¹ de manera que los pueblos implicados contribuyeran a fijar los términos de la afectación, en línea con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En síntesis, el derecho a la participación que se concreta en la consulta previa ha tenido una evolución notable en los últimos años. Pasó de ser reconocida como un derecho fundamental y su consecuente protección en el ámbito de la acción de tutela a tener criterios cada vez más exigentes en su aplicación y, por último, a incorporar el consentimiento libre e informado de las comunidades diferenciadas como requisito vinculante en los casos de mayor impacto sobre el territorio y sus habitantes y como fin que debe perseguirse en todas las demás circunstancias. En ese orden, se examinarán los criterios que ha desarrollado la Corte Constitucional con el fin de analizar su relación con las medidas legislativas y administrativas.

Sobre lo que constituye afectación directa

Como lo expone la Organización Internacional del Trabajo, el fin esencial del Tratado no se limita a asegurar la efectiva participación de los pueblos indígenas y tribales en todos los escenarios de la toma de decisiones —políticos, legislativos y administrativos— en los procesos que puedan afectarles directamente, pues también se sustenta en un carácter democrático y plural por el que estos pueblos tienen el derecho de proponer y decidir cuáles son sus preferencias frente a los programas de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio modelo económico, social y cultural.¹⁹²

.....
cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esta medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

191 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017*.

192 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009), 60.

Los derechos de los pueblos indígenas son iguales a los del resto de los ciudadanos; no obstante, se interpretan con alcance diferente, dadas sus condiciones culturales específicas y de histórica vulnerabilidad. Por tal motivo, el Convenio concede medidas especiales para salvaguardar el principio de igualdad entre estas comunidades y los otros sectores de una sociedad, por medio de la realización de consultas específicas y de asegurar su participación siempre que se consideren medidas que los afecten directamente.

Para James Anaya, la importancia de la consulta previa cuando se trata de afectaciones directas radica en su predominante papel de evitar la conflictividad social, fomentar el diálogo entre los pueblos y el Gobierno y atender los principios que sustentan esta herramienta para construir consensos en vías de promover la gobernanza y la paz social.¹⁹³

En Colombia, la Corte Constitucional ha sido el órgano principal encargado de establecer los criterios sobre el grado de afectación que puedan tener estos pueblos como consecuencia de medidas legislativas y administrativas. La definición de estos criterios ha sido reciente, en contraste con la incorporación del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad. Como antecedentes significativos se resalta la Sentencia C-030 de 2008.¹⁹⁴ En esta providencia precisó que consultar toda ley con los pueblos indígenas y tribales desbordaría el contenido del Convenio 169, dado que, al ser ciudadanos colombianos, la expedición de normas tendría repercusiones inevitables sobre ellos. Así pues, debían someterse a consulta aquellas medidas que fueran susceptibles de afectar sus derechos sociales, económicos, a la información y la buena fe —contemplados en el Convenio 169— y al territorio y a la autonomía —inscritos en el Artículo 330 de la Constitución—. Esta diferenciación ha sido formulada en los siguientes términos:

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

193 Anaya, "El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional", 5.

194 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

De este modo, por ejemplo, cuando se vaya a regular a través de una ley la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas, sería imperativa la consulta con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados, porque hay una afectación directa que impone al Estado aplicar para el efecto las disposiciones del convenio. En cambio, cuando lo que se busca adoptar dentro del marco general de la política petrolera del Estado no afecta de manera directa a las comunidades indígenas o tribales, solo debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación del recurso en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.¹⁹⁵

Desde esta perspectiva, el Alto Tribunal ha establecido que la consulta previa debe aplicarse a toda medida que tenga incidencia directa en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. En la Sentencia en mención también se indicó que este tipo de afectaciones debe ser considerado aun si se contemplan aspectos que tengan un impacto positivo en el estatus de la persona o la comunidad: “[...] procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa de los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.¹⁹⁶

Más adelante, la Corte Constitucional sintetizó los criterios sobre lo que constituyen las afectaciones directas, sobre todo en las situaciones capaces de impactar significativamente la identidad étnica y cultural de los pueblos diversos.¹⁹⁷ Las siguientes situaciones han sido consideradas por esta Corporación como formas de afectación directa:

— Cuando la norma en cuestión se refiere a los pueblos indígenas y tribales y tiene mayores efectos en estas comunidades que en el resto de la población, aun si esta no está contemplada en el Convenio 169. También cuando la medida administrativa o legislativa “altera el estatus de las comunidades porque impone restricciones o concede beneficios”.¹⁹⁸

195 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

196 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

197 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

198 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

— Cuando las medidas tratan de aplicar las disposiciones o materias del Convenio 169 y tienen “incidencia particular y directa en los intereses de estas comunidades”, como su relación “con las tierras o territorios; las condiciones de trabajo; aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; la salud y seguridad social, entre otras”.¹⁹⁹

— Cuando las medidas a implementar estén relacionadas con aspectos que guardan relación con elementos esenciales de la identidad étnica y cultural de los pueblos en cuestión y de la cual no es posible excluirlas, “porque el marco general impuesto termina afectándolas”. Por ejemplo, cuando se traten sobre explotación y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas, como en casos relacionados con minería, recursos forestales y desarrollo rural, entre otros.²⁰⁰

Recientemente, mediante Sentencia T-236 de 2017,²⁰¹ el magistrado Aquiles Arrieta ha propuesto una interpretación jurisprudencial del derecho a la consulta previa cuando resulten afectaciones directas que contemplen ambas medidas y debe hacerse desde los siguientes supuestos:

- (i) la verificación de la afectación directa como presupuesto para conceder el derecho a la consulta previa, (ii) la consulta previa como requisito indispensable en el marco de procesos de licenciamiento ambiental y, (iii) la aplicación de un juicio de ponderación para el amparo del derecho a la consulta previa.²⁰²

Tras revisar los fallos constitucionales sobre lo que puede entenderse por afectaciones directas, es pertinente entrar en materia sobre lo que ha fijado la Corte en cuanto a las afectaciones causadas por medidas legislativas. Debe considerarse el desarrollo gradual de la Corte Constitucional por medio de la jurisprudencia hacia estándares más garantistas, consistentes en demandar el carácter pluricultural y multicultural de la Nación.

199 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008; C-175 de 18 de marzo de 2009.*

200 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008; C-175 de 18 de marzo de 2009; C-366 de 11 de mayo de 2011.*

201 En este mismo fallo, se sintetiza la identificación de afectaciones directas realizados por la Corte en las siguientes materias: “[...] medidas legislativas —C-030 de 2008; C-175 de 2009; C-702 de 2010; C-331 de 2012—; presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto general de la Nación —; decisiones sobre prestación del servicio de educación que afecten directamente a las comunidades ; T-907 de 2011; T-049 de 2013—; decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo —SU-039 de 1997; T-652 de 1998; T-547 de 2010; T-745 de 2010; T-129 de 2011; T-993 de 2012; T-172 de 2013—”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017.*

202 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017.*

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas legislativas

La Corte Constitucional ha explicitado que las medidas legislativas sobre las cuales debe hacerse el proceso consultivo comprenden temas que afectan directamente a estos pueblos en sus formas de vida, consideradas tanto en la Constitución Política como en el Convenio 169 de la OIT. Con el ánimo de precisar el concepto que agrupan las medidas legislativas, el Alto Tribunal ha dispuesto que por ley habrá de entenderse cualquier norma jurídica —general y abstracta— no administrativa que pueda impactar a los pueblos en cuestión. Así las cosas, la Corte Constitucional precisó:

Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como ha sido suficientemente explicado por la jurisprudencia de esta Corporación, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación que se concibe como un derecho de las mismas. Así las cosas, debe concluirse que la expresión “medidas legislativas” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión “medidas legislativas” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho, pues de conformidad con los dictados de este principio de interpretación a favor del ser humano, recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos. Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de

carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.²⁰³

Atinente con las precisiones referidas por la Corte sobre medidas legislativas, esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida, dentro de la cual pueden identificarse como hito las Sentencias C-030 de 2008 —omisión de consulta previa en proceso de formación de la ley forestal—,²⁰⁴ C-175 de 2009 —demanda de inconstitucionalidad por omisión de la consulta previa para la elaboración del Estatuto de desarrollo rural—²⁰⁵ y C-366 de 2011 —inexequibilidad de la reforma al Código de Minas por omisión de la consulta previa—.²⁰⁶ El estudio que hace la Corte en estas Sentencias permea la normatividad indicada de obligatoriedad por el respeto a los derechos de los pueblos y demuestra que los compromisos adquiridos no se quedan en el papel, sino que ejercen coerción sobre todo el ordenamiento.

En estos casos, que constituían medidas de impacto general y directo para el grueso de los ciudadanos colombianos, la Corte determinó que estas eran inexequibles, porque sus procesos no estuvieron precedidos por algún trámite de consulta con autoridades representativas de los pueblos indígenas y tribales afectados.

En 2008, la Corte elaboró una diferenciación sustancial sobre el concepto de afectación directa y su connotación frente al de los pueblos indígenas y tribales. El Alto Tribunal precisó que el principio de consulta debía adelantarse cuando “la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.²⁰⁷ Tal consideración guarda un estrecho vínculo con el principio de especificidad, que es requerido para que una medida ponga en marcha el deber de consulta si la materia de la medida legislativa es susceptible de afectar el catálogo de derechos definidos en el Convenio 169 o cuando la medida sea diseñada de manera general, pero tenga una repercusión directa sobre los pueblos indígenas.

203 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-702 de 6 de septiembre de 2010*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

204 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

205 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo 2009*.

206 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-366 de 11 de mayo de 2011*.

207 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Para mostrar el alcance que ha tenido el pronunciamiento judicial en el espacio gubernativo, podría mencionarse la declaración de exequibilidad condicionada de la Ley 1151 de 2007 —Plan nacional de desarrollo—, por no hacer el proceso de consulta previa sobre ciertos programas y proyectos con capacidad de afectar a los pueblos indígenas y tribales. Sobre este caso, en línea con los criterios considerados en la Sentencia C-030 de 2008, el Alto Tribunal precisó que se incurrió en un vicio de la jurisprudencia constitucional al incluir programas y proyectos en el Plan nacional de desarrollo que afectan directamente a los pueblos indígenas implicados sin consultarles previamente.²⁰⁸

Con base en esto, la Corte estableció la responsabilidad del Gobierno frente a identificar los programas o proyectos causantes de consulta y precisó una serie de actuaciones para asegurar el cumplimiento de este principio, como se presenta a continuación:

En primer lugar, cada pueblo indígena o tribal habrá de identificar los proyectos o programas que pudieron afectarlos de forma directa y específica y que haya carecido del trámite de consulta antes de su inclusión en la Ley 1151 de 2007; segundo, los pueblos afectados podrán solicitar ante las autoridades competentes el desarrollo de la consulta si esta no se hizo o fue improcedente, conforme a los criterios que definió la Sentencia C-461 de 2008;²⁰⁹ tercero, la ejecución del proyecto correspondiente quedará suspendida hasta que las autoridades competentes adelanten la consulta previa; por último, se presenta la acción de tutela como

.....
208 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*, M. P. Manuel José Cepeda.

209 Este fallo enuncia requisitos de efectividad que son de obligatorio cumplimiento, toda vez que se haga consulta previa ante las circunstancias ya descritas. Estos criterios se resumen a continuación: "1. La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo; Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa; 3. Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines; 4. Necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe; Necesidad de valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas; 5. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada; 6. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas; 7. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo". Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*.

medida para salvaguardar la consulta previa en caso de recibir una respuesta negativa por parte del Gobierno.

Este fallo sentó un precedente para la elaboración del posterior Plan nacional de desarrollo 2010-2014, en el que el Gobierno incorporó los requisitos de efectividad citados para llevar a cabo la consulta previa y refirió los compromisos adquiridos en el Convenio 169 de la OIT y los otros cuerpos normativos. Además, el Gobierno acordó con cada grupo étnico de la Nación —pueblos indígenas, comunidades negras y pueblo rom— una ruta específica para llevar a cabo el proceso de consulta previa sobre los programas y proyectos con capacidad de afectarlos de manera directa.

En concordancia con lo anterior, como se dictaminó en la Sentencia C-175 de 2009, para hacer la consulta es necesario identificar si la materia de la medida legislativa guarda relación alguna con el aserto del *ethos* de cada pueblo. Lo anterior significa que es deber del Estado precisar si los proyectos de legislación contienen aspectos que causan efectos directos en la definición de la identidad de estos pueblos. Luego debe constituirse un proceso de diálogo entre los interesados, dado que la afectación identificada está incluida en el ordenamiento constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

En esta misma Sentencia, la Corte resumió una serie de medidas para detectar las situaciones y los escenarios en los que puede haber afectaciones directas, específicas y particulares sobre los pueblos indígenas y tribales como consecuencia de la adopción de mecanismos legislativos:

— Aquellas que afectan de manera general a todos los ciudadanos de la Nación “no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.²¹⁰

— Acerca de las medidas legislativas y la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales:

[...] cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado

210 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales•

no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.²¹¹

— Respecto a las medidas legislativas y al Convenio 169, “Como se señaló en la Sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”.²¹²

— En cuanto a las características específicas de la comunidad:

La determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas [...].

El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo.²¹³

Por último, la Sentencia C-317 de 2012 reunió los métodos hermenéuticos referidos por la Corte para identificar la afectación directa en los pueblos indígenas y tribales como resultado de las medidas legislativas y ha precisado en diversas sentencias la importancia de estudiar cada medida legislativa en particular, con una metodología de análisis casuístico, para establecer su “alcance e impacto” y decidir si la consulta previa se debe llevar a cabo o no. Así lo define la citada norma:

Para interpretar el contenido y alcance de las medidas legislativas en casos concretos, la Corte ha aplicado varios métodos hermenéuticos —aunque no necesariamente todos al tiempo en un mismo caso—: la interpretación textual del cuerpo normativo como un todo; la interpretación sistemática, teniendo en cuenta otras normas dentro

.....
211 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

212 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

213 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*.

del mismo sistema normativo; la interpretación histórica y la interpretación contextual (incluyendo la historia de la medida, las controversias suscitadas alrededor de la norma, protestas y pronunciamientos sobre su contenido, modificaciones que sufrió en su trámite, etc.); y la interpretación teleológica.²¹⁴

En la Tabla 1 se exponen los fallos que ha emitido la Corte en materia de afectaciones directas a los pueblos indígenas y tribales como consecuencia de medidas legislativas.

Tabla 1. Afectaciones directas en pueblos indígenas y tribales por medidas legislativas

Sentencia	Tipo de medida legislativa
Sentencia C-418 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.	Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001 —Código de Minas—.
Sentencia C-891 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería	Demanda de inconstitucionalidad de la Ley 685 de 2001 —Código de Minas—.
Sentencia C-620 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 773 de 2002, “Por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones”.
Sentencia C-208 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.	Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de profesionalización docente”.
Sentencia C-030 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la Ley general forestal”.
Sentencia C-461 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2006-2010”.
Sentencia C-175 de 2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “Por la cual se dicta el Estatuto de desarrollo rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”.

214 Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Sentencia	Tipo de medida legislativa
Sentencia C-702 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.	Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8 del Artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.
Sentencia C-615 de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.	Revisión automática del “Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”.
Sentencia C-680 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.	Revisión de constitucionalidad del “Acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia”.
Sentencia C-366 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas”.
Sentencia C-196 de 2012. M. P. María Victoria Calle.	Revisión de la Ley 1458 del 29 de junio de 2011, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio internacional de maderas tropicales, 2006’, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006”.
Sentencia C-077 de 2017. M. P. Luis Ernesto Vargas.	Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2 (literales a, b, c, d, e), párrafos 3 y 4 del Artículo 3; los párrafos 1 y 2 del Artículo 7; los Artículos 8, 10, 13, 14, 15, 17 (parcial); el inciso 1 del Artículo 20; los incisos 2, 3 y 5 del Artículo 21 y el Artículo 29 de la Ley 1776 de 2016, “Por la cual se crean y se desarrollan las zonas de interés de desarrollo rural económico y social —Zidres—”.

Fuente: elaboración propia.

Afectación directa a los pueblos indígenas y tribales por medidas administrativas

Las medidas administrativas han ocupado un espacio importante en la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en lo que a afectaciones directas se refiere. Por estas deben entenderse todos los actos administrativos y actuaciones (acción u omisión) de las instituciones públicas alusivas a proyectos, programas, planes o cualquier otra decisión que tome el gobierno nacional, departamental o local que afecte a los pueblos.

Para Rodríguez y Orduz, un conjunto considerable de las medidas administrativas susceptibles de causar afectaciones directas tiene que ver con los proyectos de desarrollo en territorios con presencia y permanencia de estos pueblos.²¹⁵ Dentro de esta gran categoría se inscribe lo relacionado con licencias, autorizaciones o permisos ambientales, en particular para explotación o utilización de recursos naturales ubicados en ellos. Otra categoría corresponde a aquella relacionada con el conflicto armado, entre las que caben las afectaciones por erradicación de cultivos ilícitos, el ingreso de las Fuerzas Armadas en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y las reparaciones con enfoque étnico o etnorreparación.²¹⁶ Una más reciente se refiere a procesos de etnoeducación y otras prácticas asociadas con la recuperación de sus tradiciones orales, de su lengua y salud.

En general, las pautas que deben seguirse en la consulta por medidas administrativas tienen como fundamento las sentencias hito que se referenciaron en el acápite anterior, de manera que en este apartado solo se analizarán los aspectos particulares de las medidas administrativas relacionados en clave de reparación con enfoque étnico.

215 César Rodríguez Garavito y Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas* (Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2012).

216 El término etnorreparaciones es tomado de César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2011). Hace referencia a las reparaciones que tienen como destinatarios a grupos étnicos y será utilizado en este artículo, por considerarse que refiere en buena medida el objeto de investigación.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

Sobre las medidas administrativas relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos

En la Sentencia SU-383 de 2003, la Sala Plena del Alto Tribunal analizó la procedencia de la demanda presentada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (Opiac) sobre la fumigación con productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas de esta región. La Opiac demandó ante la Corte Constitucional la vulneración de una serie de derechos por la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios sin haber llevado a cabo el proceso de consulta previa.²¹⁷

La Corporación evaluó una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y el cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del tráfico de estupefacientes y la protección de la autonomía y el derecho a la participación de los pueblos indígenas mediante la consulta previa. Con base en esos supuestos, señaló que esta situación constituía una afectación directa, razón por la cual debía efectuarse la consulta. Conminó al Gobierno a consultar a los pueblos afectados sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las instituciones intervinientes adelantan en sus territorios “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”.²¹⁸

En este caso se refirió también a la consulta previa en relación con los valores culturales, económicos y sociales que se derivan del cultivo de la planta de coca en la región amazónica a su derecho a mantener estos cultivos “y el alcance con que sus autoridades pueden combatir las plantaciones de uso ilícito, dentro de un ámbito territorial determinado”.²¹⁹ El Alto Tribunal estudió este tipo de afectacio-

217 En el fallo citado, la Opiac presentó una acción de tutela contra varias entidades del Gobierno —Presidencia de la República, Ministerio del Interior y Justicia, Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, Consejo Nacional de Estupefacientes, Dirección Nacional de Estupefacientes y director de la Policía Nacional— para que le fueran protegidos de “manera transitoria” los siguientes derechos como consecuencia de las aspersiones aéreas de glifosato en sus territorios: “[...] derechos a la vida, existencia comunitaria, ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y derecho a la participación en las decisiones que los afectan”, porque eran vulnerados por los accionados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

218 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013), 12.

219 Colombia, Corte Constitucional, *Auto A-073 de 27 de marzo de 2014*, M. P. Luis Ernesto Vargas.

nes directas en el Auto citado y reiteró el valor y la importancia de la planta de coca en la cosmovisión y las tradiciones ancestrales de estos pueblos y, en virtud de este reconocimiento, identificó afectaciones directas porque no se les consultó sobre las decisiones derivadas de los programas de erradicación forzada en sus territorios.²²⁰

Esta Corporación advirtió sobre las afectaciones sufridas por la comunidad carijona del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) como consecuencia de la fumigación con glifosato sobre plantaciones de hoja de coca. La Corte advirtió que las afectaciones directas no solo se concretaban en la carencia de un proceso adecuado de consulta previa para hacer estas aspersiones, sino que también encontró serias afectaciones relacionadas con su seguridad alimentaria, su salud, el ambiente, su cultura y tradición que, “sumadas, son causa de desplazamiento, como consecuencia de la realización de fumigaciones aéreas con glifosato”.²²¹

Al identificar estas afectaciones que se desprenden de la ausencia de un proceso de consulta correspondiente a lo estipulado tanto por la jurisprudencia de la Corte como por el Convenio 169, el Alto Tribunal consideró:

Con todo, el proceso de consulta que se adelante con la comunidad indígena Carijona deberá atender las siguientes directrices: (i) presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tengan en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con los programas de erradicación de cultivos ilícitos (que pueden incluir planes de sustitución de cultivos u otros programas alternativos en el marco de la implementación del punto 4 “Solución al problema de las Drogas Ilícitas” del Acuerdo Final de Paz) y las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, espiritual y económica; (ii) el proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso; (iii) finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir o restaurar los impactos culturales que los programas de erradicación aérea de cultivos ilícitos generaron en detrimento de la comunidad o de sus miembros, teniendo en cuenta que este progra-

.....
220 Un aspecto destacable de este Auto es la aplicación del principio de interpretación *pro homine*, propio de instancias de protección de derechos humanos como la Corte Interamericana, por ejemplo, según el cual habrán de analizarse las situaciones y los derechos de estos pueblos de la forma que mejor les asegure la vigencia, el goce y el ejercicio de tales derechos. Lo anterior es un ejemplo de las posiciones asumidas por la Corte Constitucional en una evolución de sus estándares cada vez más garantistas.

221 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*, M. P. Jorge Iván Palacio.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

ma —PECIG— se implementó por más de 20 años y fue suspendido en 2015. Uno de los propósitos principales de este proceso debe ser la supervivencia de la comunidad Carijona, la protección de su lengua ancestral, la recuperación de sus tradiciones orales, prácticas religiosas, y los usos y costumbres asociadas.²²²

En atención a los criterios orientadores estipulados en los fallos SU-383 de 2003 y T-693 de 2011, se conminó a diversas entidades del Gobierno²²³ a adelantar un proceso de consulta previa, con la obligación de prohijar las debidas acciones de etnorreparación “y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica”.²²⁴

Tales previsiones han sido condicionadas por la Corte Constitucional, en el deber de garantizar la pervivencia étnica y cultural de esta comunidad y de reconocer, como lo considera en el fundamento 3.15, “la trascendencia de la utilización de la planta de coca en sus prácticas curativas y rituales”²²⁵ como un elemento esencial para sus prácticas ancestrales y para su propia supervivencia.

Sobre las medidas administrativas relacionadas con la entrada de las Fuerzas Militares en los territorios

En la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se consideraron sendas disposiciones en materias como el derecho a la

222 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

223 Entre estas se encuentran el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Salud, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

224 Sobre los criterios establecidos por la Corte Constitucional para llevar a cabo el proceso de etnorreparación con esta comunidad, el Tribunal estableció los siguientes requisitos: “(i) la verificación de las condiciones en las que se encuentra actualmente el resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare), haciendo la correspondiente caracterización; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad demandante de los impactos específicos de las fumigaciones en términos socioculturales, espirituales, entre otros; (iii) el diseño conjunto —de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario— de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones; así como, (iv) los impactos en la salud, la seguridad alimentaria y los cultivos ilícitos de la comunidad Carijona; y, (v) establecer en qué medida el pueblo Carijona tiene derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según sea el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado”. Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

225 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017*.

autonomía y libre determinación,²²⁶ amplias concepciones para la aplicación de la consulta previa,²²⁷ en busca del consentimiento libre, previo e informado antes de la implementación de medidas susceptibles de afectarlos;²²⁸ la promoción de la participación de los pueblos indígenas; el derecho a la reparación histórica,²²⁹ la protección de las culturas indígenas y sus derechos²³⁰ y un reconocimiento expreso de las tierras, los territorios y recursos que tradicionalmente han poseído o adquirido.²³¹

De esta última consideración se deriva una serie de derechos colectivos, entre los que se incluye el derecho a la desmilitarización de los territorios indígenas:

No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.²³²

Además, los Estados habrán de celebrar “consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.²³³

En su momento, Colombia se abstuvo de votar afirmativamente la Declaración, al considerar que iba en contravía de sus políticas económicas y militares, en particular y de la Constitución Política, en general. Sobre el Artículo en mención, expresó que la consulta previa y el consentimiento para ocupar tierras indígenas para operaciones militares iban en contravía del principio de necesidad y eficacia de la Fuerza Pública, la cual tiene la obligación constitucional de proteger la

226 Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General* (Nueva York, 13 de septiembre de 2007), arts. 3 y 4.

227 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 15, 16, 36 y 38.

228 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 11, 19, 28, 29 y 32.

229 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 11, 20, 28, 32 y 40.

230 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 26 y 29.

231 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 8, 9, 10, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 32.

232 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 30.

233 ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 30, num. 2.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

vida, la honra, los bienes y demás derechos individuales y colectivos. Acerca de la noción de consentimiento previo, el Gobierno nacional tuvo serias consideraciones, en especial relacionadas con el territorio en donde las comunidades indígenas ejercen autonomía y autogobierno. Estas anotaciones aluden a temas como la consulta previa para desarrollar cualquier proyecto en territorios indígenas, propiedad de las riquezas del subsuelo e ingreso de militares a las zonas indígenas. Por último, el Estado colombiano aseguró que algunas disposiciones de la Declaración podrían contradecir la propiedad que la Carta Política le reconocía sobre los recursos naturales y el subsuelo.

Pese a la no aprobación de la Declaración en ese momento, la Corte Constitucional señaló la importancia de los principios consignados en este acto expedido por la Asamblea General de la ONU respecto a la obligación de la consulta.²³⁴ Entre sus fundamentos consideró el deber de incorporar las debidas disposiciones de reparación e indemnización en las situaciones que resultaran en afectaciones directas para los pueblos indígenas y tribales y que no se hubiera llevado cabo la consulta previa u obtenido el consentimiento previo.

Recientemente, el Alto Tribunal concedió la protección de los pueblos indígenas arhuacos de la Sierra Nevada de Santa Marta a sus derechos de integridad cultural, autonomía y autodeterminación, tras considerar que la existencia de un batallón militar en el cerro El Alguacil²³⁵ y la instalación de más de 480 antenas de comunicaciones por empresas privadas²³⁶ configuraban la existencia de afectación directa a este pueblo indígena.²³⁷

Las consideraciones que tuvo la Corte para emitir este fallo, que había sido revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado, incluyeron la estimación

.....
234 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*.

235 Debe anotarse que el cerro El Alguacil fue ocupado por el Ejército en 1962 y desde ese momento se convirtió en una base de operaciones de las Fuerzas Militares. "Adicionalmente, en el mismo lugar fueron instaladas antenas de comunicación que hoy están al servicio de la empresa de telefonía celular Movistar, la electrificadora Electricaribe y el canal de televisión Telecaribe" "Ejército, a negociar con indígenas su presencia en la Sierra Nevada". *Semana*, 15 de marzo de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/ejercito-a-negociar-con-indigenas-su-presencia-en-la-sierra-nevada/465473> (acceso octubre 20, 2017).

236 Al respecto puede verse Dejusticia. "Respuesta a Oficio N° OPTB-795/2015. Concepto sobre el expediente T-4.992.001 Acción de tutela instaurada por Fundación Misión Colombia contra Ministerio de Defensa nacional y otros". Bogotá, 15 de octubre de 2015. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_769.pdf (acceso octubre 20, 2017).

237 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*, M. P. Jorge Iván Palacio.

de que el cerro El Alguacil era un lugar sagrado en la cosmogonía de este pueblo, es esencial para el desarrollo de sus actividades ancestrales y en especial, en sus acciones de pago. En concomitancia, impedir el acceso libre por parte del Ejército —aunque no se tratara de actividades militares propiamente dichas— a su territorio ancestral para ejecutar las prácticas culturales constituía una afectación directa tanto al derecho fundamental a la consulta previa como a sus derechos culturales, económicos y sociales, reconocidos en el ordenamiento constitucional y en el Convenio 169.

Por último, consideró que si bien las construcciones de las guarniciones militares fueron anteriores a la vigencia del Convenio 169, la instalación posterior de torres y antenas de comunicaciones —datos, telefonía, televisión y radio, entre otras— se extendió progresivamente en el cerro, sin contar con la debida participación de la comunidad, con lo que se omitió el derecho a la consulta previa y la efectiva deliberación.

Con estos precedentes, la Corte conminó a reparar el daño inmaterial causado con acciones y otras medidas que contribuyeran a la preservación y recuperación de los valores culturales del pueblo afectado:

(i) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro El Alguacil; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos causados con la base militar y las antenas, torres y subestaciones en términos culturales, espirituales, etc.; (iii) el diseño conjunto, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario, de acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones.²³⁸

Asimismo, se le ordenó al Ministerio de Defensa, al Ejército Nacional y a las empresas privadas responsables de instalar las redes telefónicas e inalámbricas que adelantaran las acciones para asegurar la ejecución de la consulta previa con los representantes de la comunidad, a fin de fijar los términos sobre el impacto cultural causado por la construcción e instalación de lo ya mencionado y resarcir el daño ocasionado. Además, se obligó a entablar un diálogo concertado y continuo entre las partes, “encaminado a considerar la posibilidad futura de que, en un

.....
238 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales.

plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones”.²³⁹

Sobre las medidas administrativas de reparaciones con enfoque étnico o etnorreparaciones

La reparación colectiva es definida como aquella que involucra a un sujeto colectivo, con el objetivo de resarcir el daño causado a un grupo como consecuencia de la violación de derechos humanos amparados por las leyes internacionales.²⁴⁰ Según Rosenfeld, este tipo de reparaciones debe tener beneficio para un colectivo definido como tal, en pro de la reparación de un daño colectivo, entendido como la violación de una ley internacional.²⁴¹

En Colombia, la reparación colectiva es considerada cuando se ocasionan daños por la violación de los derechos colectivos, la violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos y el impacto colectivo de la violación de derechos individuales.²⁴² Son sujetos de esta reparación los siguientes actores: grupos y organizaciones sociales y políticas y comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social o en razón de la cultura, la zona o del territorio en el que habitan o de un propósito común.²⁴³

Frente a los grupos étnicos, esta se fundamenta en el principio constitucional de la diversidad cultural, la obligación del Estado de promoverla y protegerla y en el respeto a las formas propias de autoridad y gobierno.²⁴⁴ Las medidas de reparación colectiva que se aplican a poblaciones étnicas también están orientadas a prevenir y reparar los daños al pueblo o a la comunidad como sujeto colectivo, de

.....
239 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*.

240 Heidy Rombouts, *Victims Organizations and the Political or Reparation: A Case of Study on Rwanda* (Oxford: Antwerp-Oxford, 2004), 35.

241 Friedrich Rosenfeld, “Collective Reparation for Victims of Armed Conflict”, *International Review of Red Cross* 92, núm. 879 (2010): 737.

242 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1448 de 2011*, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.096, 10 de junio de 2011), art. 151.

243 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1448 de 2011*, 152.

244 Gobierno de Colombia, “Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019”, <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf> (acceso septiembre 3, 2017).

modo que se garantice la supervivencia física o cultural como sujetos de especial protección.²⁴⁵

Es importante precisar la conceptualización sobre la reparación colectiva, dada la relación que guarda con la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas. En materia de reparaciones, las comunidades son las que conocen en realidad cuáles son los daños que han sufrido y, por ende, se les debe consultar sobre las medidas que podrían ser efectivas para restablecer el equilibrio, la armonía o la reproducción de sus sistemas culturales con autonomía.²⁴⁶

El Gobierno nacional, por medio de la Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas, elaboró los Decretos de Ley 4633,²⁴⁷ 4634²⁴⁸ y 4635 de 2011,²⁴⁹ en los que establece la consulta previa como un elemento fundamental para las reparaciones con enfoque étnico, con base en los compromisos internacionales ratificados por Colombia (Convenio 169) y la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional.

En el caso de las etnorreparaciones, se ha hecho uso de la consulta previa como una herramienta decisiva para la construcción de un marco normativo concertado con los pueblos indígenas y tribales sobre las rutas y los enfoques que se deben seguir para que sean reparados como consecuencia de las afectaciones en el marco del conflicto armado. Como hecho especial del diseño intercultural de estos decretos, es menester mencionar tres aspectos esenciales que emanan el

245 Gobierno de Colombia, "Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019".

246 Rodríguez Garavito y Lam, *Etnorreparaciones*, 37. Además, los autores distinguen cuatro criterios que deben orientar los procesos de etnorreparación: "1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico". Rodríguez Garavito y Lam, *Etnorreparaciones*, 24.

247 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4633 de 2011*, "Por el 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" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

248 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4634 de 2011*, "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo rom o gitano" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

249 Colombia, Presidencia de la República, *Decreto Ley 4635 de 2011*, "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011).

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales•

espíritu incluyente del Convenio: 1) el reconocimiento del daño colectivo en los pueblos indígenas y tribales en virtud de la comprensión de sus características étnico-territoriales; 2) la inclusión del territorio como víctima del conflicto armado, y 3) la inclusión del pueblo rom y las kumpaño, como sujetos de reparación colectiva, con garantía de su derecho a la integridad cultural, a la igualdad material y a la pervivencia física y cultural.

Estos procedimientos son el resultado de actitudes cada vez más democráticas y que emanan los principios fundamentales del Convenio 169 y de los valores del Sistema universal de los derechos humanos.

En la Tabla 2 se presentan los compromisos asumidos por el Estado en su deber de implementar la consulta previa en este tipo de reparaciones.

Tabla 2. Medidas que reconocen la consulta previa en los procesos de etnorreparación

Norma	Tema	Contenido
Decreto 4633 de 2011 (pueblos y comunidades indígenas)	Consulta previa	<p>“Artículo 27. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente decreto, el derecho fundamental a la consulta previa del Plan integral de reparación colectiva de que trata el art. 105 del presente decreto se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 114. Indemnizaciones colectivas. En el caso de indemnizaciones colectivas, la indemnización se entregará en el marco de los “Planes integrales de reparación colectiva indígena —PIRPCI” de manera que contribuya de manera efectiva a la reparación integral de los pueblos y comunidades. Con la finalidad de proteger la identidad y la integridad de los pueblos y comunidades se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <p>[...] Los criterios para determinar los montos de las indemnizaciones colectivas se definirán en los procesos de consulta previa de los PIRPCPI y deberán responder de manera adecuada a las prioridades, programas y planes que se identifiquen para lograr una reparación integral de los pueblos y comunidades”.</p>

Norma	Tema	Contenido
Decreto 4635 de 2011 (comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras)	Consulta previa	<p>“Artículo 42. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente Decreto, el derecho fundamental a la consulta previa del Plan integral de reparación colectiva de que trata el artículo 103 del presente decreto se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 104. Preconsulta. Con el propósito de garantizar el desarrollo del debido proceso que se desprende del derecho fundamental de la consulta previa a las víctimas de que trata el presente Decreto, se deberá realizar una fase de preconsulta de los PIRC que deban ser implementados. Durante el desarrollo de esta fase de preconsulta se acordará la metodología, se definirán el cronograma de trabajo y formas de gestión precisadas de manera autónoma por la Comunidad en consulta. Además, se deberá determinar allí la hoja de ruta para el desarrollo de la consulta previa del diseño, elaboración, implementación y evaluación de los PIRC con la Comunidad respectiva.</p> <p>Dicho procedimiento deberá ser adecuado y expedito con el fin de lograr la reparación integral del sujeto colectivo en consulta, de forma pronta y efectiva”.</p>
Decreto 4634 de 2011 (pueblo rom o gitano)	Consulta previa	<p>“Artículo 32. Derecho fundamental a la consulta previa. En el marco del presente Decreto, el derecho fundamental a la consulta previa se desarrollará de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento en los términos previstos por el Acuerdo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que define sus alcances”.</p> <p>“Artículo 98. Diseño, implementación y evaluación de los PIRC RK. El procedimiento para el desarrollo de las consultas que se realizarán para el diseño, elaboración, implementación y evaluación de los PIRC se establecerá de acuerdo con las dinámicas propias de consulta previa de las Kumpaño atendiendo a las diferencias y particularidades socioculturales en el marco del Convenio 169 de la OIT para pueblos Indígenas y Tribales de 1989.</p> <p>En el proceso de consulta previa del PIRC se acordará la metodología, se definirán el cronograma de trabajo y formas de gestión precisadas de manera autónoma con la respectiva kumpania”.</p>

Fuente: elaboración propia.

Conclusiones

En Colombia, el desarrollo de una conceptualización sobre la definición de “afectación directa” es reciente, en comparación con los tiempos de incorporación del Convenio 169 en la normativa nacional, aunque es destacable el esfuerzo de la Corte Constitucional por definir criterios claros que limiten ese concepto en aras de asegurar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el país.

También es atinente subrayar la evolución progresiva de la Corte Constitucional respecto a la aplicación de la consulta previa, pues orienta sus providencias hacia posturas cada vez más garantistas que resultan en la incorporación del consentimiento previo libre e informado como requisito vinculante en las situaciones de mayor impacto que puedan afectar a estos pueblos por la aplicación de medidas legislativas y administrativas. Tal consideración es aplicable al estándar de reparación con enfoque étnico o etnorreparación.

Sobre este aspecto, como se evidenció en fallos recientes de la Corte, son plausibles las disposiciones de este Órgano acerca de incorporar nuevos reconocimientos a los pueblos indígenas y tribales y considerar su derecho a la libre autodeterminación y el respeto por sus usos y costumbres. Tal percepción se materializa, por ejemplo, en el análisis de las afectaciones directas conforme a las cosmovisiones de cada pueblo, así como en la concertación de medidas más idóneas y pertinentes para consagrar las reparaciones conforme a su relación particular con el territorio.

Por último, es preciso resaltar la importancia que ha tenido la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el cuerpo constitucional de la Nación para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales.

Referencias

- “Ejército, a negociar con indígenas su presencia en la Sierra Nevada”. *Semana*, 15 de marzo de 2016. <https://www.semana.com/nacion/articulo/ejercito-a-negociar-con-indigenas-su-presencia-en-la-sierra-nevada/465473> (acceso octubre 20, 2017).
- Anaya, James. “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional”. Ponencia presentada en el evento El rol de los ombudsmen en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Lima, 25 de abril, 2013.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1448 de 2011*, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.096, 10 de junio de 2011.
- Colombia, Corte Constitucional. *Auto A-073 de 27 de marzo de 2014*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-030 de 23 de enero de 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-063 de 4 de febrero de 2010*, M. P. Humberto Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-068 de 13 de febrero de 2013*. M. P. Luis Guerrero Pérez.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-194 de 10 de abril de 2013*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-196 de 14 de marzo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-317 de 3 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-366 de 11 de mayo de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-371 de 11 de junio de 2014*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-461 de 14 de mayo de 2008*. M. P. Manuel José Cepeda.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-702 de 6 de septiembre de 2010*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

•La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales•

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-005 de 19 de enero de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-080 de 7 febrero de 2017*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-197 de 26 de abril de 2016*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017*. M. P. Aquiles Arrieta.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-256 de 5 de mayo de 2015*. M. P. Martha Victoria Sáchica.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-376 de 18 de mayo de 2012*. M. P. María Victoria Calle.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-764 de 16 de diciembre de 2015*. M. P. Gabriel Mendoza.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-769 de 29 de octubre de 2009*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-969 de 15 de diciembre de 2014*. M. P. Gloria Stella Ortiz.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4633 de 2011*, “Por el 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”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4634 de 2011*, “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo rom o gitano”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Ley 4635 de 2011*, “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.278, 9 de diciembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172*.

Dejusticia. “Respuesta a Oficio N° OPTB-795/2015. Concepto sobre el expediente T-4.992.001 Acción de tutela instaurada por Fundación Misión Colombia contra Ministerio de Defensa nacional y otros”. Bogotá, 15 de octubre de 2015. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_769.pdf (acceso octubre 20, 2017).

Gobierno de Colombia. “Orientaciones para la incorporación estratégica de la política pública de víctimas y restitución de tierras en los planes territoriales de desarrollo 2016-2019”.

<http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/cartillapddl290116.pdf> (acceso septiembre 17, 2017).

- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 de la Asamblea General*. Nueva York, 13 de septiembre de 2007.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas. *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2012.
- Rodríguez Garavito, César y Yukyan Lam. *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2011.
- Rombouts, Heidi. *Victims Organizations and the Political or Reparation: A Case of Study on Rwanda*. Oxford: Antwerp-Oxford, 2004.
- Rosenfeld, Friedrich. "Collective Reparation for Victims of Armed Conflict". *International Review of Red Cross* 92, núm. 879 (2010): 731-746.

BALANCE DEL TRABAJO DECENTE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COLOMBIANAS

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León*

Leidy Ángela Niño Chavarro**

La Revolución Industrial del siglo XIX provocó el surgimiento de la clase social trabajadora. Esta fue la oportunidad para que Marx analizara su desarrollo en el contexto económico y social de ese período. Tales aspectos requirieron una nueva ciencia social para el análisis y el estudio de ese nuevo fenómeno que, a la postre, originó en la cultura jurídica un nuevo concepto de derecho a partir del proteccionismo del trabajo humano: el derecho laboral.

Esta nueva ciencia social se denominó sociología. Todos estos análisis del mundo del trabajo deben surgir de ella, dado que el derecho laboral —originado en el seno de esa nueva clase social— se independizó de la cultura jurídica civilista y generó un conjunto de principios y conceptos en el marco del proteccionismo del mundo del trabajo que permitieron reflexionar en el siglo XXI sobre la

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, especialista en Derecho laboral y acción social de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá); doctor en Derecho de las Universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia; doctor en Sociología jurídica e instituciones políticas de la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá). Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia. Correspondencia: laninoc@ucatolica.edu.co, paco_syares@yahoo.es

** Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho laboral y seguridad social de la Universidad del Rosario, magister en Derecho con énfasis en Derecho del trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Católica de Colombia. Correspondencia: laninoc@ucatólica.edu.co

necesidad de la transformación del concepto del derecho laboral en el marco del derecho del mundo del trabajo.

En tiempos de posverdad, la frase “en épocas de engaño universal, decir la verdad es un acto revolucionario”,²⁵⁰ de George Orwell, cobra vigencia en pleno siglo XXI, toda vez que el derecho laboral debe transformarse a partir de la construcción de la realidad sobre los supuestos de la verdad para comprender las razones del proteccionismo del mundo del trabajo y dejar de lado los comportamientos que atentan contra la ética. De ahí que los laboristas no deben perder de vista la reflexión del creador del álgebra de Baldor, Abdujafar Muhammad Ibn Musa Al-Khwarizni, quien, al preguntarle sobre el valor del ser humano, respondió: “Si tiene ética, entonces su valor es uno; si además es inteligente, su valor, agregándole un cero, es diez; si es rico, se le agrega otro cero y su valor será cien; si es bella persona, se adiciona otro cero y su valor será mil; pero si pierde el uno que corresponde a la ética, perderá todo su valor porque quedará en ceros”.²⁵¹

En consecuencia, el mundo del trabajo, su análisis y estudio, requiere un alto comportamiento ético y moral. En Colombia, este debe ser examinado desde la Constitución y no a partir del Código Sustantivo del Trabajo, pues alegar que el Código es prioritario como fuente del derecho laboral es corrupción, toda vez que esta normativa debe ser leída desde la Constitución, desde los derechos humanos, los convenios de la OIT como parte del bloque y de los demás pactos ratificados.

En la realidad del mundo del trabajo, como realidad social, son importantes las transformaciones económicas y sociales impulsadas por la globalización, las innovaciones tecnológicas y los modelos económicos que han modificado los fundamentos sobre los cuales se construyó el derecho del trabajo y los sistemas de bienestar en el siglo XX.

El debilitamiento de los Estados nacionales y la mayor influencia de los mercados mundiales han cambiado el proteccionismo por la informalidad laboral. Por ello, es necesario replantear la categoría del trabajo decente y aclarar que todo el mundo del trabajo es decente, sin establecer dos mundos separados —uno decente y uno informal—.

250 George Orwell, 1984, trad. Miguel Temprano García (Madrid: Penguin Random House, 2013), 22.

251 Ignacio Mantilla, “Álgebra y ética”, *El Espectador*, Sec. Opinión, 14 de julio de 2017, <https://www.elespectador.com/opinion/algebra-y-etica-columna-703284> (acceso noviembre 18, 2017).

La informalidad es una construcción social ocasionada por sacar a los trabajadores del proteccionismo laboral, situación que ha permitido el debilitamiento del colectivo laboral como el sujeto social prevalente en el mundo del trabajo y en especial en la relación de trabajo, sea subordinada, autónoma, independiente, etc. Por esto se propone que el concepto de trabajo decente abarque el trabajo informal, con el objeto de que todo aquello que produzca desprotección pueda ser controlado por una gobernanza laboral que fortalezca al colectivo laboral frente a la individualidad de las relaciones de trabajo.

En definitiva, la transformación del mundo del trabajo ha superado la legislación creada bajo la égida del proteccionismo del siglo XX. Hoy el trabajo es inminentemente inmaterial, es el saber vernáculo, es el de la empresa posfordista, pero también del trabajo puesto al servicio de la propia sociedad.

El trabajo decente ha sido tenido en cuenta tanto por la Organización Internacional del Trabajo como por las Naciones Unidas. La primera, con la iniciativa del centenario alrededor del futuro del trabajo y de la justicia social como eje del trabajo decente; la segunda, con la Agenda 2010 sobre los objetivos del desarrollo sostenible, cuyo punto 8 apunta a promover el crecimiento económico sostenible, inclusivo y sostenible el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Al analizar estas dos propuestas, Colombia no sale bien librada: basta revisar el índice global de los derechos, en el cual Colombia aparece como uno de los peores lugares del mundo para los trabajadores y el debate gira en torno a la precariedad o la informalidad, que supera un 47% de la población activa y un 68% de la población —más de veintidós millones de trabajadores— no tiene seguridad social.²⁵²

Alrededor del balance del trabajo decente en Colombia surge el siguiente interrogante: ¿La excesiva reglamentación, producto del proteccionismo laboral, trae como consecuencia la informalidad, por fuera de los marcos del proteccionismo laboral? Cuantas más normas laborales se crean, en especial a partir de 1990, con la Ley 50, mayor grado de informalidad se ha presentado en el mercado de trabajo.

.....
252 Confederación Sindical Internacional, “Índice global de los derechos 2016 de la CSI. Los peores países del mundo para los trabajadores y trabajadoras”, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/emc_ituc_a4_es_workers_rights_2.pdf (acceso agosto 17, 2017).

Trabajo decente

Las transformaciones que generaron la crisis económica han impulsado la expedición de los estándares internacionales de derechos humanos, los cuales no se limitan a los convenios y las recomendaciones de la OIT, pues forman parte de un entramado más amplio de instituciones entre las que se cuentan la OCDE, otros organismos de Naciones Unidas y organismos multilaterales independientes.

Preguntarse hoy por el cumplimiento de esos estándares internacionales en el trabajo en un país como Colombia requiere conceptos y metodología adecuados, que combinen aproximaciones y herramientas cualitativas y cuantitativas que den cuenta de la heterogeneidad de formas productivas, la desregulación y la deslocalización del trabajo.

Por razones que serán ampliadas en el marco teórico, se plantea una pregunta de investigación que recoge todas estas tensiones y ubica la investigación: ¿Cuál es el grado de cumplimiento de los estándares internacionales del trabajo en el entorno laboral colombiano?

El trabajo humano es una condición del ser humano que busca satisfacer las necesidades básicas y lograr una vida digna. En palabras del papa Francisco, una correcta concepción del trabajo debe partir “no sólo del trabajo manual o del trabajo con la tierra, sino de cualquier actividad que implique alguna transformación de lo existente, desde la elaboración de un informe social hasta el diseño de un desarrollo tecnológico”.²⁵³ El trabajo es un derecho fundamental que propicia el desarrollo de la persona y la realización de otros derechos como el de la dignidad.²⁵⁴ La Declaración universal de los derechos humanos resalta la prohibición de la esclavitud y servidumbre y le otorga al trabajo su carácter de derecho que le asiste a toda persona. Por su parte, el Artículo 6 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Pidesc)²⁵⁵ reconoce el derecho a trabajar como medio de ganarse la vida, que deberá ser garantizado por el Estado y ser libremente escogido o aceptado. En el Artículo XIV de la

253 Papa Francisco, “Carta encíclica Laudato si sobre el cuidado de la casa común”, https://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (acceso agosto 2, 2017).

254 Roberto Morales, “Derechos humanos y trabajo decente: el derecho a vivir con dignidad”. <https://centinela66.com/2010/04/04/derechos-humanos-y-trabajo-decente-el-derecho-a-vivir-con-dignidad/> (acceso agosto 2, 2017).

255 Adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre²⁵⁶ se reitera al trabajo como un derecho que debe ser garantizado en condiciones dignas. El Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) establece el derecho al trabajo y la estabilidad de los trabajadores en sus empleos.

Para la Organización Internacional del Trabajo:

El trabajo decente significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.²⁵⁷

En otras palabras, además de ser un derecho humano,²⁵⁸ el trabajo decente es aquel que se desarrolla en el marco del respeto por los principios y derechos fundamentales del trabajo.

De acuerdo con Somavía, el trabajo decente se estructura sobre la base de cuatro pilares.

El primero de esos pilares es el trabajo o empleo mismo. El segundo está representado por los derechos en el trabajo, particularmente los fundamentales: libertad de asociación, derecho a negociación colectiva y erradicación del trabajo forzoso, la discriminación y el trabajo infantil. El tercer pilar tiene que ver con la noción de seguridad y protección social; [...]. El cuarto pilar, por último, se centra en la idea de representación y diálogo social [...].²⁵⁹

Para la Organización Internacional del Trabajo, en su centenario, el trabajo decente ocupa un espacio importante dentro de la iniciativa relativa al futuro del

256 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

257 Organización Internacional del Trabajo [OIT], "Trabajo decente", <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> (acceso agosto 3, 2017).

258 Dominique Peccoud, *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales* (Madrid: Oficina Internacional del Trabajo, 2006), 6.

259 Juan Somavía, *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana* (Santiago: Organización Internacional del Trabajo, 2014), 25.

trabajo, la cual aborda los desafíos que afronta el mundo laboral ante su transformación, el avance de las tecnologías y el cambio climático.²⁶⁰

En 2015, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Agenda 2030 para un desarrollo sostenible como plan de acción para fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia.²⁶¹ Uno de sus objetivos es promover el trabajo decente como derecho de todas las personas a compartir el progreso dentro de un desarrollo económico sostenible. En este panorama, la Organización Internacional del Trabajo ha adoptado como uno de sus propósitos centrales para las actividades futuras la implementación de la Agenda 2030 que recoge los elementos esenciales del programa que ha diseñado en materia de trabajo decente²⁶² y fija las siguientes metas:

— La meta 8.5. De aquí a 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

— La meta 8.6. De aquí a 2020, reducir considerablemente la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios ni reciben capacitación.

— La meta 8.7. Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí, a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.

— La meta 8.8. Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.²⁶³

260 Organización Internacional del Trabajo [OIT], “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_517566/lang-es/index.htm (acceso agosto 3, 2017).

261 Organización de las Naciones Unidas [ONU], “La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (acceso agosto 3, 2017).

262 Conferencia Internacional del Trabajo, *La iniciativa para poner fin a la pobreza. La OIT y la Agenda 2030* (Ginebra: Autor, 2016), 2.

263 Conferencia Internacional del Trabajo, *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades. Informe VI 106ª reunión, 2017* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2017), 61.

El concepto de trabajo decente aparece en la Organización Internacional del Trabajo en 1999, en particular en la memoria del entonces director general Juan Somavía. Allí reconoce la importancia de la OIT desde su creación y destaca su misión de “mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo [...]. Esa misión concuerda con el afán general, en una coyuntura de grandes cambios, de encontrar oportunidades de *trabajo decente*”,²⁶⁴ que es uno de los pilares más importantes de la OIT para su labor. Desde este punto, la Organización propuso el Programa de trabajo decente, con base en las nuevas tendencias del derecho laboral.²⁶⁵

El principal objetivo del Programa de trabajo decente es “conminar a los Estados para que implementen políticas públicas dirigidas al aumento de los índices de empleos formales en condiciones dignas, garantes de los derechos de los trabajadores y con protección social para ellos y sus familias”.²⁶⁶

El director regional adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe en 2004, Virgilio Levaggi, expresó que el concepto de trabajo decente es “lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno”.²⁶⁷ Su definición parte de lo que no puede ser considerado como trabajo decente, así:

[...] no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.²⁶⁸

Conforme con lo anterior, debe entenderse como trabajo decente un “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual

264 Somavía, *El trabajo decente*, 23 (cursivas propias).

265 Ómar Ernesto Castro Gúiza, “Nivel de cumplimiento en materia de trabajo decente en Colombia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 1, núm. 2 (2013): 15.

266 Castro Gúiza, “Nivel de cumplimiento en materia de trabajo decente en Colombia”, 16.

267 Virgilio Levaggi, “¿Qué es trabajo Decente?”, http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm (acceso agosto 10, 2017).

268 Levaggi, “¿Qué es trabajo Decente?”.

los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”.²⁶⁹

Además, su definición se comprende a partir de los cuatro elementos que desde 1999 fueron presentados por Somavía, los cuales serán objeto de análisis más adelante: i) la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; ii) el empleo; iii) la protección social, y iv) el diálogo social.

Por su parte, Ghai sostuvo:

[...] la idea de *trabajo decente* es válida tanto para los trabajadores de la economía regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores independientes y los que trabajan a domicilio. La idea incluye la existencia de empleos suficientes, la remuneración, la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres.²⁷⁰

Para analizar el trabajo digno, a diferencia del trabajo decente, se debe recurrir al desarrollo constitucional del concepto, en particular lo que instituyen los Artículos 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia de 1991, sin desconocer otras disposiciones constitucionales que consagran esta figura.

El Artículo 25 prescribe que el “trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo *en condiciones dignas y justas*”.²⁷¹ Las condiciones señaladas se garantizan a partir de los principios fundamentales expresamente reconocidos en el Artículo 53 de la Carta, a saber: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el

269 Conferencia Internacional del Trabajo, *Trabajo decente. Memoria del director, 87a Reunión. Conferencia Internacional del Trabajo* (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1999), 4.

270 Dharam Ghai, “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo* 122, núm. 2 (2003): 22.

271 República de Colombia, *Constitución Política*, art. 25 (cursivas propias).

•Balance del trabajo decente en las políticas públicas colombianas.

adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Este tema es revisado por la Procuraduría General de la Nación con la colaboración de algunas organizaciones, en una investigación en la que se identifica, por un lado, que algunos prefieren el término de trabajo digno, entre otras razones, debido a que representa una reivindicación de derechos y no un término “globalizado y neoliberal”, como califican el concepto de trabajo decente y porque el trabajo digno consagra mayores protecciones; por otro lado, otros prefieren el término trabajo decente porque forma parte de un proceso actual que recoge consenso entre trabajadores, empresas y Estados y encierra el concepto mismo de trabajo digno.²⁷²

Las políticas del trabajo decente en Colombia

La política pública es la materialización de la acción del Estado²⁷³ en la búsqueda de bienestar de la sociedad. La Ley 1753 de 2015, por medio de la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2014-2018, consagra la siguiente política en materia de trabajo decente:

ARTÍCULO 74. POLÍTICA NACIONAL DE TRABAJO DECENTE. El Gobierno Nacional bajo la coordinación del Ministerio del Trabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Las entidades territoriales formularán políticas de trabajo decente en sus planes de desarrollo, en concordancia con los lineamientos que expida el Ministerio del Trabajo.

El Gobierno Nacional también fijará las reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los procesos de tercerización.

El Gobierno Nacional deberá garantizar que las actividades permanentes de las entidades públicas sean desarrolladas por personal vinculado a plantas de personal, con excepción de los casos señalados en la ley.

ARTÍCULO 75. FORTALECIMIENTO DEL DIÁLOGO SOCIAL Y LA CONCERTACIÓN. El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo impul-

272 Procuraduría General de la Nación, *Trabajo digno y decente en Colombia. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas* (Bogotá: Autor, 2013), 43.

273 Jaime Torres Melo y Jairo Santander, *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre el Estado y la ciudadanía* (Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público Ediciones, 2013), 37.

sará programas con enfoque territorial que fortalezcan el diálogo social y la concertación laboral, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajo y la sostenibilidad de las empresas.²⁷⁴

En consecuencia, el Gobierno nacional ha establecido que el liderazgo de la construcción colectiva de la Política nacional de trabajo decente recaerá en el Ministerio de Trabajo con la participación del tripartismo, la academia y los demás órganos del Estado. Esta política está orientada a promover la generación de empleo, la formalización laboral, la protección de los trabajadores de los sectores públicos y privados, así como también la aplicación de los estándares laborales internacionales. Para ello se requiere el fortalecimiento del diálogo social y la concertación, de las inspecciones del trabajo, del sistema de inspección y vigilancia, la extensión de la protección y seguridad social y la creación de empleo decente.

La Comisión interinstitucional de alto nivel, creada mediante el Decreto 0280 de 2015, tiene por objeto el alistamiento y la efectiva aplicación de los objetivos de desarrollo sostenibles planteados por la Organización de Naciones Unidas, por medio de políticas públicas de conformidad con la Agenda de desarrollo post-2015 y deberá promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.²⁷⁵ Se propenderá por alcanzar mayor productividad, por la promoción de políticas orientadas a la ejecución de actividades productivas, la creación de empleo decente, el emprendimiento, la mejora de la eficiencia global de los recursos y, para 2030, el empleo pleno, productivo y decente, entre otros.²⁷⁶

De acuerdo con el Informe de actividades del sector trabajo (2015-2015) al Congreso de la República, el fin último de la política pública de trabajo decente:

[...] es el efecto positivo en la población colombiana de alcanzar sus aspiraciones durante su vida laboral, de contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección

274 Colombia, Congreso de la República, *Ley 1753 de 2015*, "Por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.538, 9 de junio de 2015).

275 Departamento Nacional de Planeación, "Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)", <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/05%20Objetivos%20de%20Desarrollo%20Sostenible%20para%20la%20web.pdf> (acceso agosto 10, 2017).

276 Departamento Nacional de Planeación, "Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)".

social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que los trabajadores expresen sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidades y de trato para todas las mujeres y hombres.²⁷⁷

Como resultados de la implementación de la mencionada política, el Ministerio resalta:

Durante el período julio de 2015 y junio de 2016, el Ministerio del Trabajo implementó medidas como estímulos económicos, reducciones tributarias a las empresas para la formalización de los trabajadores dadas a partir de la Ley 1429 de 2010 de formalización y generación de empleo; la reducción de cargas o impuesto sobre la nómina de los trabajadores con menores ingresos gracias a la reforma tributaria de la Ley 1739 de 2014 y la consolidación del Servicio Público de Empleo-SPE; el fortalecimiento del sistema de subsidio familiar y de formación para el trabajo; la implementación del Mecanismo de Protección al Cesante; la implementación de programas como 40.000 primeros empleos para atacar la barrera que excluye a los jóvenes del mercado laboral y la expedición de la ley 1780 de 2016, llamada también ley ProJoven.

Como resultado de dichas medidas, uno de los efectos se ve reflejado en la disminución de la tasa de desempleo que para el año 2015 fue de 8,9%, la más baja registrada desde 2001. Además, es válido destacar que en promedio en el último trimestre de 2015 se pasó la barrera de los 22 millones de ocupados. También cabe resaltar cómo la tasa de desempleo de mujeres y jóvenes ha ido disminuyendo progresivamente, igual que la tasa nacional. A pesar de que la brecha sigue existiendo, entre 2010 y 2015, el desempleo de jóvenes entre 18 y 28 años se redujo en 4,6 p.p. y el de mujeres en 3,8 p.p., frente a una reducción de 2,9 p.p. a nivel nacional, lo que evidencia que las tasas de estos grupos poblacionales disminuyen a un ritmo mayor que la tasa nacional, logrando una reducción de la brecha existente, aunque es importante mencionar que la velocidad a la que disminuye el desempleo en mujeres es mayor que la de los hombres.²⁷⁸

En el marco de la anterior política pública, mediante el Decreto 2362 de 2015, el Gobierno nacional instituyó para el 7 de octubre la celebración del día del trabajo decente, a fin de adelantar programas y actividades de promoción, divulgación, capacitación y prestación de servicios en relación con el trabajo decente

.....
277 Ministerio de Trabajo, "Informe de actividades del sector trabajo al Congreso de la República 2016", <http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/inicio> (acceso agosto 10, 2017).

278 Ministerio de Trabajo, "Informe de actividades del sector trabajo al Congreso de la República 2016".

en todo el país, de acuerdo con los ejes temáticos de creación de trabajo, cumplimiento y respeto de los derechos de los trabajadores, extensión de la protección social y promoción del diálogo social. En este mismo espacio se deberán presentar los balances acerca de erradicación del trabajo infantil, empleo como servicio público, calidad del empleo y empresas productivas, teletrabajo, seguridad y salud en el trabajo, formación para el trabajo, formalización y protección a la vejez.

Para la Procuraduría General de la Nación, la incorporación y adopción de políticas laborales —en especial sobre trabajo decente— no solo constituye una obligación jurídica y moral, sino también un requisito para que el Estado adquiera legitimidad ante la comunidad internacional.²⁷⁹

De manera reiterada, en Bogotá se ha insistido en el deber de corresponsabilidad frente a los compromisos para construir una política efectiva sobre el trabajo decente. Sin embargo, es claro que para los habitantes de la capital del país este término no es de uso común,²⁸⁰ por lo que se debe adquirir el compromiso de difusión y posicionamiento de tal política a partir de conceptos de permanencia, condiciones de trabajo, informalidad y protección social, con el fin de lograr el impacto esperado en la Administración, en especial si se toman medidas orientadas a construir un piso de protección social universal.²⁸¹

Si bien en ejecución de las políticas del Gobierno nacional durante 2010-2013 se procuró cumplir los compromisos del Estado mediante cambios institucionales, no se generaron los resultados esperados, en razón a la ausencia de una política pública de inspección laboral para procurar cambios en las prácticas de los inspectores de trabajo, falta de participación de las organizaciones sindicales en la fijación de las estrategias de las inspecciones de trabajo y la ausencia de control interno y social frente a las actuaciones de los inspectores. Asimismo, pese a la iniciativa de regular el uso y la promoción de las cooperativas de trabajo asociado, se impulsaron otras formas jurídicas que permitían la tercerización y la

279 Procuraduría General de la Nación, *Trabajo digno y decente en Colombia*, 159.

280 Claudia Camacho y José María Roldán, comps., *Bases para la construcción de la política pública de trabajo decente en Bogotá* (Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2013), 166.

281 Delvi Gómez Muñoz y Javier Pineda Duque, "Trabajo y vejez: debates y perspectivas" en *El trabajo decente en Bogotá. Diagnóstico, análisis y perspectivas*, comp. Javier Pineda Duque (Bogotá: Secretaría de Desarrollo Económico, 2013), 180.

•Balance del trabajo decente en las políticas públicas colombianas.

flexibilización del trabajo, como lo son las empresas de servicios temporales y el contrato sindical.²⁸²

El Observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social de la Universidad Externado de Colombia²⁸³ considera que los indicadores sobre trabajo decente planteados por la OIT han mejorado en el país, en tanto se incrementó la población ocupada, descendió el desempleo y se redujeron la pobreza y la informalidad de los trabajadores, lo que mostró un avance generalizado hacia el trabajo decente. Por su parte, la Fundación Ideas para la paz²⁸⁴ consideró que centrarse en temas puntuales como libertad sindical, oportunidades laborales, condiciones laborales y prevención del trabajo forzoso, entre otros, constituían el lineamiento básico para la construcción y el cumplimiento de la política de trabajo decente.

Balance de las políticas públicas y de trabajo decente en Colombia

De conformidad con el informe de la OIT, en la actualidad, el mercado de trabajo en Colombia se caracteriza por el alto grado de informalidad, la cual está relacionada no solo con peores formas de empleo, sino también con el riesgo al que se ven expuestos los trabajadores por ausencia de protección social.²⁸⁵ En el marco de las políticas públicas ha sido constante el debilitamiento de la gobernanza sobre el mercado laboral tanto en materia administrativa (inspección, vigilancia y control por parte de inspectores de trabajo) como en la administración de justicia, debido a la ausencia de lineamientos en la protección de los derechos de los trabajadores y el grado de corrupción que ha salido a la luz pública. Lo anterior es la razón por la cual el trabajo subterráneo o informal es la forma por elección de la mayoría de los trabajadores, pues les garantiza una subsistencia mínima.

282 Escuela Nacional Sindical, "Análisis de la política laboral de Juan Manuel Santos (2010-2013)" en *En trabajo decente, el gobierno de Juan Manuel Santos no pasa el examen. Balance económico, laboral y sindical del cuatrienio 2010-2013*, eds. Carmen Evelia Merchán y Carmen Lucía Tangarife (Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2014), 109.

283 Universidad Externado de Colombia, "El trabajo decente en Colombia: 2010-2014", *Boletín del Observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social*, núm. 16, https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/boletin_15-1.pdf (acceso agosto 2, 2017).

284 Fundación Ideas para la Paz, *Guía de buenas prácticas en trabajo decente* (Bogotá: Autor, 2014), 18.

285 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Soluciones eficaces: políticas activas del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016), 147.

La Organización Internacional del Trabajo ha fijado indicadores de trabajo decente²⁸⁶ para medir el avance que sobre este aspecto se ha logrado en el mundo.²⁸⁷ El Ministerio de Trabajo en Colombia ha promulgado la política pública nacional sobre trabajo decente, la cual deberá ser replicada en las mismas condiciones en el ámbito territorial. Esta política se fundamenta en: fortalecimiento del diálogo social y de concertación; fortalecimiento de la Inspección del Trabajo; garantía del cobro de multas por violación a normas laborales; extensión de la protección y seguridad social; creación de empleo decente; ingreso adecuado y trabajo productivo.²⁸⁸

Según el Ministerio de Trabajo, en 2016 se suscribieron 53 acuerdos de formalización laboral; la conciliación con acuerdo creció un 175%; hubo un incremento de 19% en sanciones ejecutoriadas; se redujo a un dígito la tasa de desempleo (9,2%) y hubo un incremento considerable en el número de afiliados activos al Sistema de seguridad social.²⁸⁹ Para el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el mes de junio de 2017 la tasa de desempleo fue de 8,7%; la tasa global de participación, de 65,2% y la tasa de ocupación, de 59,5%; el año anterior fue de 8,9%, 64,6% y 58,8%, respectivamente.²⁹⁰ En el total nacional de la población ocupada por posición ocupacional, el trabajador por cuenta propia representa un 43,3%, seguido por un 38,6% de empleados particulares y un 4,4% de trabajadores sin remuneración.²⁹¹

Con el fin de comprender los anteriores datos se debe entender:

Población en edad de trabajar (PET): Está constituida por las personas de 12 y más años en la parte urbana, y de 10 años y más en la parte rural.

.....
286 Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Medición del trabajo decente* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008), 28.

287 Ghai, "Trabajo decente. Concepto e indicadores", 126.

288 Ministerio de Trabajo, "Colombia progresando hacia el trabajo decente. El Plan nacional de desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'", http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/trabajodecente_web.pdf/6000c291-ea9d-bbd8-c26e-651525cf1398 (acceso agosto 10, 2017).

289 Ministerio de Trabajo, "Sector trabajo: informe de gestión 2016", <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/265097/Informe+Gesti%C3%B3n+Sector+Trabajo+2016+09-03.pdf/ef1fd1c5-b397-5461-5306-986027e228ca?download=true> (acceso agosto 23, 2017).

290 Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], "Principales indicadores del mercado laboral", *Boletín técnico*, junio 2017, https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jun_17.pdf (acceso agosto 17, 2017).

291 DANE, "Principales indicadores del mercado laboral", 13.

Población económicamente activa (PEA): También se llama fuerza laboral y son las personas en edad de trabajar, que trabajan o están buscando empleo. Esta población se divide en: Ocupados (O): Son las personas que durante el período de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones: 1. Trabajó por lo menos una hora remunerada en la semana de referencia. 2. Los que no trabajaron la semana de referencia, pero tenían un trabajo. 3. Trabajadores sin remuneración que trabajaron en la semana de referencia por lo menos 1 hora. Desocupados (D): Son las personas que en la semana de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones: 1. Desempleo abierto: a. Sin empleo en la semana de referencia. b. Hicieron diligencias en el último mes. c. Disponibilidad. 2. Desempleo oculto: a. Sin empleo en la semana de referencia. b. No hicieron diligencias en el último mes, pero sí en los últimos 12 meses y tienen una razón válida de desaliento. c. Disponibilidad.²⁹²

Los trabajadores informales DANE son:

[...] aquellas personas ocupadas en las empresas de tamaño igual o inferior a 10 personas, incluyendo al patrono y/o socio: i) ocupados en establecimientos, negocios o empresas en todas sus agencias y sucursales; ii) empleados domésticos; iii) jornalero o peón; iv) trabajadores por cuenta propia excepto los independientes profesionales; v) patronos o empleadores en empresas de diez trabajadores o menos; y vi) trabajadores familiares sin remuneración.²⁹³

Los ocupados informales:

[...] son las personas que durante el período de referencia se encontraban en una de las siguientes situaciones:

1. Los empleados particulares y los obreros que laboran en establecimientos, negocios o empresas que ocupen hasta cinco personas en todas sus agencias y sucursales, incluyendo al patrono y/o socio;
2. Los trabajadores familiares sin remuneración en empresas de cinco trabajadores o menos;
3. Los trabajadores sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares;
4. Los empleados domésticos en empresas de cinco trabajadores o menos;

.....
292 DANE, "Principales indicadores del mercado laboral", 41.

293 Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas [DANE], "Informalidad laboral para el total de las 13 áreas y total de cabeceras (abril-junio 2006)", http://www.urosario.edu.co/urosario_files/84/84048d18-e754-4f80-afc5-f80d4b092260.pdf (acceso mayo 18, 2017), citado en Juan Carlos Guataquí R., Andrés Felipe García S. y Mauricio Rodríguez A., "El perfil de la informalidad laboral en Colombia", *Perfil de Coyuntura Económica*, núm. 16 (2010): 92.

5. Los jornaleros o peones en empresas de cinco trabajadores o menos;
6. Los trabajadores por cuenta propia que laboran en establecimientos hasta cinco personas, excepto los independientes profesionales;
7. Los patrones o empleadores en empresas de cinco trabajadores o menos;
8. Se excluyen los obreros o empleados del gobierno.²⁹⁴

En el trimestre de abril a junio de 2017, en la medición del empleo informal por tamaño de establecimiento, un 48,0% corresponde a la proporción de ocupados informales en las principales ciudades del país.²⁹⁵

Para la Escuela Nacional Sindical, el balance sobre la Agenda 2030 resalta que, para 2016, un 28,0% de los colombianos era pobre y la tasa de trabajo infantil era de 7,8%, con una gran brecha entre las zonas rurales y urbanas, lo que refleja la prevalencia de la informalidad como mecanismo de subsistencia. De allí que en el país la pobreza se asocie con las oportunidades de empleo y de educación. En materia de libertad sindical, la tercerización ha sido una herramienta utilizada tanto en el sector público como en el privado para restarles participación a las organizaciones sindicales en asuntos como los acuerdos de formalización laboral, la baja tasa de afiliación sindical, la disminución de negociaciones colectivas y el aumento de suscripción de contratos sindicales.²⁹⁶

Conclusión

La realidad del trabajo decente en Colombia no obedece a los estándares establecidos por la OIT como la vinculación a la protección social, la remuneración vital mínima y el ejercicio del derecho de asociación sindical, entre otros. Por el contrario, la realidad que se construye a partir de la estadística del mercado de trabajo que emite el DANE muestra que un trabajador no es desempleado si

294 Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], "Medición de empleo informal y seguridad social", *Boletín técnico*, abril-junio 2017, https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_abr17_jun17.pdf (acceso agosto 17, 2017).

295 DANE, "Medición de empleo informal y seguridad social", 11.

296 Escuela Nacional Sindical, "Informe de coyuntura laboral y sindical 2017. Objetivos de desarrollo sostenible estratégicos para la consecución de trabajo decente", <http://www.ens.org.co/lee-y-aprende/lee-y-descarga-nuestras-publicaciones/coyuntura-economica-laboral-y-sindical/resumen-informe-coyuntura-laboral-sindical-2017-objetivos-desarrollo-sostenible-estrategicos-la-consecucion-trabajo-decente/> (acceso septiembre 28, 2017).

ha trabajado una hora remunerada en una semana, por lo que formaría parte del trabajo decente.

Uno de los mayores elementos negativos del trabajo decente en Colombia es la alta informalidad, que ronda un 49% en el sector urbano y un 88% en el rural. Si a esto se agrega la precariedad laboral, es decir, la vinculación con incumplimiento de los derechos mínimos como seguridad social y horas extra, entre otros, el balance sobre trabajo decente es negativo, más aún si se reconoce que una de sus bases es la debilidad de la gobernanza, a pesar de las políticas públicas del Gobierno. Las políticas públicas sobre trabajo decente tienen muy pocos efectos en la generación de trabajo formal; por ello, en Colombia el mundo del trabajo está caracterizado por más informalidad, más tercerización, más pobreza, más trabajo precarizado, más violencia sindical y menos negociación colectiva; en fin, más efectos negativos para la sociedad laboral, reflejados en desigualdad, en que más de nueve de cada diez horas extra que se trabajan son gratis²⁹⁷ y en que seis de cada diez microempresas están en la informalidad.²⁹⁸

El modelo de flexibilidad del mercado del trabajo no implica el crecimiento económico y la generación de empleo en un país, como ocurrió en Estados Unidos; de allí la importancia de que las políticas públicas laborales propendan por el equilibrio entre el crecimiento, la creación de empleo y la protección del trabajador.²⁹⁹

No obstante, cuando se estudia la actualidad del mundo del trabajo, no se analiza la efectividad de las normas laborales que regulan el mercado de trabajo ni un estudio donde se tenga en cuenta el papel de los actores no judiciales en la determinación de la incidencia de la reglamentación y la necesidad de enfocar las reformas laborales hacia los sectores o grupos de mercados de trabajo identificados en las economías internas, lo que exige proponer nuevas metodologías para revisar la efectividad de las intervenciones en los mercados de trabajo.³⁰⁰

297 Alejandro Ramírez Peña, "Más de 9 de cada 10 horas extras que se trabajan son gratis", *El Tiempo*, Sec. Economía y negocios, febrero 2 de 2016.

298 Andrea Carranza G., "Seis de cada 10 microempresarios en el país no tienen condiciones laborales formales", *La República*, Sec. Economía, 17 de octubre, 2014.

299 Sanheon Lee y Deirdre McCann, eds., *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market* (Londres: Palgrave MacMillan, 2011), 55.

300 Lee y McCann, eds., *Regulating for Decent Work*, 12.

Entender el trabajo informal como el trabajo no declarado tiene efectos negativos en todo el sistema de protección del mercado de trabajo, pues genera mayor precarización del trabajo, desprotección social y un modelo de competitividad basado en innovación y calidad del producto a cualquier precio, en especial, los costos laborales que asume el sector empresarial.³⁰¹ Para contrarrestar la situación, las políticas públicas acerca del trabajo deben estar enfocadas en el fortalecimiento de la gobernanza del Estado, con la inspección, sanción y tutela de los derechos sociales como estandarte.

Según algunos autores, se requieren medidas represivas, preventivas y de regulación y control del empleo informal, con el fin de fomentar su regularización y garantizar la protección de los derechos laborales, toda vez que el mercado de trabajo actual muestra la deficiencia del Estado para hacerlo.

El derecho del trabajo contemporáneo debe enfrentarse al reto de la realidad del trabajo informal en el contexto de la economía globalizada. Una de las principales consecuencias de las relaciones laborales informales es el deterioro de las condiciones de trabajo, seguridad y protección social y el incremento de las desigualdades sociales, con todo lo que ello implica. El aumento de la precariedad laboral y la persistencia del trabajo informal no ha sido un hecho aislado, sino que se ha acompañado por profundas transformaciones institucionales en las últimas décadas. Esta informalidad genera un aislamiento de estos trabajadores en el mundo sindical haciendo difícil un diálogo interclasista y produciendo un fraccionamiento entre los mismos trabajadores.

Las políticas públicas frente al trabajo informal no deberán renunciar a sus funciones básicas, como son las de prevenir, sancionar y reparar. Favorecer la normalización o tránsito hacia el trabajo formalizado debe hacerse respetando la visión singular de cada contexto social, pero debe sedimentarse, en todo caso, en procesos regularizadores que no minimicen su carácter disuasorio y reparador. Establecer un sistema sancionador proporcionado que no diluya las responsabilidades en base a la naturaleza, gravedad y alcance de los incumplimientos puede favorecer las convivencias de estos distintos factores necesarios. Procesos que van a requerir de un proceso institucional adecuado y de la correspondiente coordinación entre los distintos instrumentos de inspección.³⁰²

301 José Luis Monereo y Salvador Perán Quesada, "Conclusiones finales, balance y perspectivas" en *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, dir. José Luis Monereo y Salvador Perán Quesada (Granada: Comares, 2016), 38.

302 José Luis Monereo y Salvador Perán Quesada, "Conclusiones finales, balance y perspectivas", 618.

En el caso colombiano, de la población ocupada en 2016, solo 22.156.000 de personas tienen condiciones de trabajo decente y 15.066.800 se encuentran en el margen de trabajo informal, por fuera de los estándares de trabajo decente. Un 51,33% de la población ocupada de las áreas metropolitanas se dedica a la economía informal y en todo el territorio nacional representa un 60%.³⁰³ Lo anterior permite concluir que hablar de trabajo decente como política pública en Colombia es un discurso precario en cuanto a la población y a la informalidad de la economía; de ahí que buena parte de la negación del trabajo decente es la intolerancia al ejercicio del derecho de asociación sindical y negociación colectiva.

Referencias

- Camacho, Claudia y José María Roldán, compiladores. *Bases para la construcción de la política pública de trabajo decente en Bogotá*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2013.
- Carranza G., Andrea. “Seis de cada 10 microempresarios en el país no tienen condiciones laborales formales”. *La República*, Sec. Economía, 17 de octubre, 2014.
- Castro Güiza, Ómar Ernesto. “Nivel de cumplimiento en materia de trabajo decente en Colombia”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 1, núm. 2 (2013): 58-78.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1753 de 2015*, “Por la cual se expide el Plan nacional de desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.538, 9 de junio de 2015.
- Confederación Sindical Internacional. “Índice global de los derechos 2016 de la CSI. Los peores países del mundo para los trabajadores y trabajadoras”. https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/emc_ituc_a4_es_workers_rights_2.pdf (acceso agosto 17, 2017).
- Conferencia Internacional del Trabajo. *La iniciativa para poner fin a la pobreza. La OIT y la Agenda 2030*. Ginebra: Autor, 2016.
- Conferencia Internacional del Trabajo. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: retos y oportunidades. Informe VI 106ª reunión, 2017*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2017.
- Conferencia Internacional del Trabajo. *Trabajo decente. Memoria del director, 87a Reunión. Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 1999.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. “Medición de empleo informal y seguridad social”. *Boletín técnico*, abril-junio 2017. <https://www.dane.gov.co/files/>

.....
303 Escuela Nacional Sindical, “Informe de coyuntura laboral y sindical 2017”.

investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_abr17_jun17.pdf (acceso agosto 17, 2017).

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. “Principales indicadores del mercado laboral”. *Boletín técnico*, junio 2017. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jun_17.pdf (acceso agosto 17, 2017).

Departamento Nacional de Planeación. “Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/05%20Objetivos%20de%20Desarrollo%20Sostenible%20para%20la%20web.pdf> (acceso agosto 10, 2017).

Escuela Nacional Sindical. “Análisis de la política laboral de Juan Manuel Santos (2010-2013)” en *En trabajo decente, el gobierno de Juan Manuel Santos no pasa el examen. Balance económico, laboral y sindical del cuatrienio 2010-2013*, editado por Carmen Evelia Merchán y Carmen Lucía Tangarife, 95-116. Medellín: Escuela Nacional Sindical, 2014.

Escuela Nacional Sindical. “Informe de coyuntura laboral y sindical 2017. Objetivos de desarrollo sostenible estratégicos para la consecución de trabajo decente”. <http://www.ens.org.co/lee-y-aprende/lee-y-descarga-nuestras-publicaciones/coyuntura-economica-laboral-y-sindical/resumen-informe-coyuntura-laboral-sindical-2017-objetivos-desarrollo-sostenible-estrategicos-la-consecucion-trabajo-decente/> (acceso septiembre 28, 2017).

Ferreira, Francisco y Michael Walton. *Desigualdad en América Latina y el Caribe: ¿Rompiendo con la historia?* Bogotá: Banco Mundial, Alfaomega, 2004.

Fundación Ideas para la Paz. *Guía de buenas prácticas en trabajo decente*. Bogotá: Autor, 2014.

Ghai, Dharam. Trabajo decente. Concepto e indicadores. *Revista Internacional del Trabajo* 122, núm. 2 (2003): 125-160.

Gómez Muñoz, Delvi y Javier Pineda Duque. “Trabajo y vejez: debates y perspectivas” en *El trabajo decente en Bogotá. Diagnóstico, análisis y perspectivas*, compilado por Javier Pineda Duque, 143-166. Bogotá: Secretaría de Desarrollo Económico, 2013.

Guataquí R., Juan Carlos, Andrés Felipe García S. y Mauricio Rodríguez A. “El perfil de la informalidad laboral en Colombia”. *Perfil de Coyuntura Económica*, núm. 16 (2010): 91-115.

Lee, Sanheon y Deirdre McCann, editores. *Regulating for Decent Work: New Directions in Labour Market*. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.

Levaggi, Virgilio. “¿Qué es trabajo Decente?”. http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm (acceso agosto 10, 2017).

Mantilla, Ignacio. “Álgebra y ética”. *El Espectador*, Sec. Opinión, 14 de julio de 2017. <https://www.elespectador.com/opinion/algebra-y-etica-columna-703284> (acceso noviembre 18, 2017).

Ministerio de Trabajo. “Colombia progresando hacia el trabajo decente. El Plan nacional de desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”. <http://www.mintrabajo.gov.co/>

•Balance del trabajo decente en las políticas públicas colombianas.

documents/20147/51963/trabajodecente_web.pdf/6000c291-ea9d-bbd8-c26e-651525cf1398 (acceso agosto 10, 2017).

Ministerio de Trabajo. “Informe de actividades del sector trabajo al Congreso de la República 2016”. <http://www.mintrabajo.gov.co/web/guest/inicio> (acceso agosto 10, 2017).

Ministerio de Trabajo. “Sector trabajo: informe de gestión 2016”. <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/265097/Informe+Gesti%C3%B3n+Sector+Trabajo+2016+09-03.pdf/ef1fd1c5-b397-5461-5306-986027e228ca?download=true> (acceso agosto 23, 2017).

Monereo, José Luis y Salvador Perán Quesada. “Conclusiones finales, balance y perspectivas” en *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, dirigido por José Luis Monereo y Salvador Perán Quesada, 613-621. Granada: Comares, 2016.

Morales, Roberto. “Derechos humanos y trabajo decente: el derecho a vivir con dignidad”. <https://centinela66.com/2010/04/04/derechos-humanos-y-trabajo-decente-el-derecho-a-vivir-con-dignidad/> (acceso agosto 2, 2017).

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. “La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> (acceso agosto 3, 2017).

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”. http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_517566/lang-es/index.htm (acceso agosto 3, 2017).

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. “Trabajo decente”. <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm> (acceso agosto 3, 2017).

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Medición del trabajo decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Soluciones eficaces: políticas activas del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016.

Orwell, George. 1984. Traducido por Miguel Temprano García. Madrid: Penguin Random House, 2013.

Papa Francisco. “Carta encíclica Laudato si sobre el cuidado de la casa común”. https://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (acceso agosto 2, 2017).

Peccoud, Dominique. *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*. Madrid: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

Procuraduría General de la Nación. *Trabajo digno y decente en Colombia. Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Bogotá: Autor, 2013.

- Ramírez Peña, Alejandro. “Más de 9 de cada 10 horas extras que se trabajan son gratis”. *El Tiempo*, Sec. Economía y negocios, febrero 2 de 2016.
- Somavía Juan. *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*. Santiago: Organización Internacional del Trabajo, 2014.
- Torres Melo, Jaime y Jairo Santander. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre el Estado y la ciudadanía*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público Ediciones, 2013.
- Universidad Externado de Colombia. “El trabajo decente en Colombia: 2010-2014”. *Boletín del Observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social*, núm. 16. https://www.uxternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/boletin_15-1.pdf (acceso agosto 2, 2017).

ANÁLISIS COMPARATIVO DE MODELOS DE GESTIÓN URBANA PARA EL RECONOCIMIENTO DE POBLACIONES HISTÓRICAMENTE DISCRIMINADAS Y EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN BOGOTÁ Y LA REGIÓN METROPOLITANA DE CURITIBA

Rubin Ariel Huffington Rodríguez*

En principio, el trabajo de investigación se enfocó en analizar el discurso sobre la formulación de las políticas públicas en materia de reconocimiento de derechos de poblaciones históricamente discriminadas y en situación de vulnerabilidad, admitidas en las Cartas Constitucionales de ambos países. Con ese propósito se utilizaron las fuentes secundarias que promocionan los programas y proyectos orientados desde los Gobiernos de Bogotá y Curitiba.

En Colombia, esta intencionalidad es relativamente fácil de cumplir, ya que casi todos los datos son de dominio público y el derecho de petición es una herramienta que permite el acceso a la información sobre la contratación de estas acciones; además, cada población focalizada o en situación de vulnerabilidad tiene, como mínimo, un documento de línea de política que da cuenta del propósito del Estado y del enfoque con el cual el Gobierno programa la política y diseña las acciones.

.....
* Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Este documento forma parte del trabajo presentado por el autor para optar al título de magíster en Gestión Urbana en la Universidad Piloto de Colombia.

Cuando se indagó en Curitiba, se encontró un discurso tecnocrático duro, de modelo de desarrollo urbano dominante, con una organización social y política que promovía la participación desde el privilegio de manejar información y conocimientos técnicos y se negaba la existencia de las poblaciones de interés para este análisis, incluso desde algunos discursos académicos, lo cual dejó la formulación inicial sin un contexto adecuado para la comparación.

Al ser Brasil un país con una historia colonial con mano de obra esclavizada negra africana y Paraná tierra de indios guaraníes, era difícil asumir la inexistencia de indios y negros en Curitiba, así estos últimos fueran migrantes de otras zonas del país, condición que no los excluye del derecho a ser beneficiarios de los mandatos constitucionales.

En estas circunstancias, se cambió la preferencia por las fuentes escritas y oficiales por observaciones directas que contribuyeran a un análisis de contexto diferente, en el que se abordara la investigación.

El primer hallazgo en conferencias y conversaciones fuera de aula fue una marcada diferencia conceptual, teórica y política entre la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR) —Universidad local de gran influencia en el Gobierno de la ciudad— y la Universidad Federal del Paraná (UFPR).

La contradicción fundamental se focaliza en los modelos teóricos y políticos desde los que se aborda el modelo de desarrollo. El estado de Paraná y su Universidad ven el territorio desde la norma federal, la cual cohesiona el territorio a partir de una mirada integral del ambiente que articula ecosistemas, poblamientos y poblaciones desde una perspectiva diversa.

Por otra parte, la ciudad de Curitiba, apoyada en la PUCPR, viene concentrando una oferta ambiental alrededor de un concepto de bienestar orientado por el diseño urbano, el reconocimiento de una diversidad poblacional inmigrante europea y asiática que fortalece la propuesta turística de la ciudad, el desarrollo económico, el mercado del turismo y el buen vivir; ahí, las problemáticas de las poblaciones históricamente discriminadas no tienen espacio en la política pública. Desde esta perspectiva, la preocupación fundamental se concentra en mejorar los indicadores de bienestar del municipio y plantear un estilo de vida en el que, dice la gente, “hasta los pobres son más felices en Curitiba que en el resto de Brasil”.

El segundo hallazgo se obtiene mediante observación directa en el centro de Curitiba, en donde es fácil apreciar la presencia de indigentes —de quienes se tiene registro fotográfico— en su mayoría negros, algunos en estados de descomposición social (consumidores de droga habitantes de calle) y otros que no tienen un lugar en donde dormir y con signos de extrema pobreza. Esto evidencia la existencia de un sector social pauperizado que alimenta condiciones de indigencia, lo cual está relacionado con el sistema de distribución de riqueza en la ciudad, del que la población negra es una de las más afectadas.

El tercer hallazgo es un referente histórico en la Iglesia de San Francisco en la plaza Tiradentes, construida sobre el cementerio indígena. A la plaza trasera llegan los indígenas guaraníes domingo a domingo a vender sus mercancías, lo que muestra una forma de resistencia común entre muchos grupos indígenas del continente americano para no perder el vínculo con los antepasados en su territorio ancestral. También indica que en algún momento de la historia de Curitiba fueron desplazados, situación que es objeto de restablecimiento de derecho en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) firmado por Brasil.

El cuarto y último hallazgo se relaciona con la creación del Consejo de Política Étnico Racial en la municipalidad de Curitiba, constituido como un órgano consultivo y deliberativo para la defensa de los derechos humanos de los negros afrodescendientes. Sus decisiones no son vinculantes para el Ejecutivo de la ciudad.

Una vez detectada la existencia de enfoques diversos entre los entes académicos (Pontificia Universidad Católica del Paraná y la Universidad Federal del Paraná), la existencia de pobreza extrema, la presencia de negros e indios invisibles en los enfoques de política del municipio y una débil adecuación institucional para la promoción y garantía de derechos, se reorientó el proceso de investigación con base en dos elementos fundamentales:

a) El tratamiento de lo territorial: en 1954, Bogotá integró a su territorio a los municipios circunvecinos como zonas conurbadas o de expansión de servicios mediante la figura de distrito especial. Se reconoció la calidad de ciudad capital en el Decreto Legislativo 3640 del mismo año. Fenómenos de migración y marginalidad también fueron integrados a las problemáticas de la ciudad, lo que propició una visión territorial más integral de la región capital; además, se dividió en

localidades, que son administradas por alcaldes locales delegados por el alcalde mayor, quien es elegido popularmente.

En la actualidad, el crecimiento del distrito capital ha entrado, de nuevo, en procesos de conurbación con otros municipios y, aunque no existe una normativa que dé estructura jurídica a la creación del área metropolitana Bogotá-sabana, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) viene proponiendo un proyecto de área metropolitana (ciudad región), que integraría el territorio del distrito capital con diecisiete municipios más y lo incluiría en los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo.³⁰⁴

Esta condición del territorio de Bogotá nos llevó a cambiar la delimitación territorial inicial circunscrita al perímetro de la ciudad de Curitiba por la región metropolitana de Curitiba (RMC), lo cual facilita comparar con mayor objetividad las dinámicas funcionales tanto de Curitiba como de los municipios adscritos a la RMC. Con este propósito se observó la relación con el municipio de Colombo, que tiene unas características especiales para el análisis: zonas conurbadas, administraciones con igualdad de competencias dadas por la ley, alcaldes elegidos popularmente y articulación mediante los consejos consultivos y deliberativos que tienen asiento en la Secretaría de Estado do Planeamiento.

Colombo se identifica como un municipio receptor de población, en donde existe reconocimiento de poblaciones negras e indígenas y se desarrollan políticas para la garantía y promoción de derechos;³⁰⁵ allí se aplican ley de cuotas en la Administración, discriminación positiva para proyectos de desarrollo y participación directa de estos grupos en los programas y proyectos.

La presencia explícita de estos grupos poblacionales y la preocupación del gobierno de Colombo por formular políticas entablan una relación directa entre zonas de exclusión y funcionalidad periférica para la recepción de poblaciones en situación de vulnerabilidad. Dicho de otra manera, los municipios receptores de población indígena y negra generan las acciones políticas, lo cual posibilita dos tipos de aproximaciones: una relacionada con la invisibilización de las

304 Departamento Nacional de Planeación [DNP], *Misión para fortalecer el sistema de ciudades* (Bogotá: Autor, 2014), 65.

305 Gislene Santos, "Lá e cá: a mobilidade de trabalhadores de Colombo para Curitiba" en *Dinâmicas intrametropolitanas e produção do espaço na região metropolitana de Curitiba*, org. Rosa Moura y Olga Lucía Firkowski (Curitiba: Letracapital, 2009).

poblaciones analizadas del municipio de Curitiba que permanecen excluidas y segregadas y, por otra parte, con la gestión urbana de Curitiba que desplaza la problemática a municipios vecinos del área metropolitana, lo que crea tensiones y conflictos asociados con circunstancias de marginalidad y discriminación, producto de las relaciones desiguales del crecimiento económico en la RMC.³⁰⁶

b) El tratamiento de las fuentes: en Bogotá existen evidencias públicas y claras sobre las líneas de acción política de sus Gobiernos de los últimos ocho años; por tanto, las fuentes utilizadas fueron las normativas, los documentos de política, los datos oficiales de población emitidos por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) y las campañas de promoción de derechos para estas poblaciones; allí se identificaron la adecuación institucional, los espacios de participación directa, las cuotas de participación y la focalización de inversión para la garantía de derechos económicos sociales y culturales. Estas fuentes facilitaron el análisis de los modelos argumentativos de la política y mostraron la agenda del Estado en materia de democracia y derechos humanos para estas poblaciones y la directriz de política pública para la democratización de la gestión y el gobierno de la ciudad.

En Curitiba, la fuente principal fue la oferta institucional para solucionar los problemas sociales. Puesto que el principio desarrollado en la política pública es de igualdad, no hay discriminación positiva; sin embargo, existen adecuaciones institucionales como el Consejo de Política Étnico Racial, cuyas bases se hallan en la normativa y las agendas institucionales.

Para determinar el marco de relaciones entre Curitiba y la región metropolitana fue necesario examinar el enfoque del municipio de Colombo, el cual tiene un mayor desarrollo en la adecuación institucional y tiene políticas que cumplen con el mandato del Estatuto antirracial, con la aplicación de la ley de cuotas y la discriminación positiva para la garantía de derechos económicos sociales y culturales.

Por último se compararon los enfoques de Bogotá y la región metropolitana de Curitiba en la implementación de una política que tiene origen en las

.....
306 Denise Ratmann Arruda Colin, Marcos Bittencourt Fowler y Sandra Mancino, "Globalização, municipalidades e direitos: o impacto nas políticas sociais da Região Metropolitana de Curitiba" en *Dinâmicas e intrametropolitanas e produção do espaço na Região metropolitana de Curitiba*, org. Rosa Moura y Olga Lucía Firkowski (Curitiba: Letracapital, 2009), 83-85.

obligaciones pactadas en el Convenio 169 de la OIT y que se encuentran consignadas como mandatos de las Cartas Constitucionales de Brasil y Colombia.

Los antecedentes más recientes se ubican en las transformaciones constitucionales de América Latina suscitadas en las décadas del ochenta y del noventa, que buscaban modernizar los Estados latinoamericanos para construir un nuevo orden mundial que posibilitara implementar democracias con algunos valores compartidos por la comunidad mundial y con los derechos humanos como pilar de un discurso que admitiera la desigualdad, la discriminación, el hambre y la pobreza como los principales problemas por resolver en la construcción de un mundo mejor.

El papel de los convenios internacionales

Este discurso se materializa con la aceptación de la diferencia y la necesidad de armonizar el sistema jurídico internacional en la lucha contra la discriminación y los derechos económicos sociales y culturales de los pueblos. Para ello se firmó el Convenio 169 de la OIT de 1989, subsidiario del Convenio 107 de 1957, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Tal acuerdo fue firmado y ratificado por la República de Colombia y la República Federal de Brasil, con lo que sentaron el reconocimiento de pueblos que habitan en los territorios de estos países.

El Convenio núm. 169 representa, sin dudas, el instrumento jurídico internacional vinculante más completo que, en materia de protección a los pueblos indígenas y tribales, se haya adoptado hasta la fecha, y su adopción constituye un hito trascendental en la normativa internacional pertinente.³⁰⁷

La adopción del Convenio por América Latina es el hecho más trascendental de una nueva relación democrática dentro de los países.

Al ratificar un convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se compromete a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control.³⁰⁸

307 Laboratorio de Paz, "Convenio Nro. 169 de la OIT", <http://www.laboratoriosdepaz.org/convenio-oit-nro-169-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes/> (acceso agosto 7, 2018).

308 OIT, *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Tabla 1. Comparativo de la normativa

COLOMBIA	BRASIL
<p>Constitución Política de 1991 Artículos: 7, 8, 10, 13, 63, 68, 70, 96, 171, 246, 310, 330, 329, 357, Transitorio 76 y Transitorio 55</p> <p>Ley 70 de 1993 – Ley de Comunidades Negras Principales Decretos Reglamentarios De La Ley 70:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Resolución No. 071 de 1993 – Elección de Representantes a la Cámara • Decreto Número 2313 de 1994 Adición Min. Interior, Dir. Asuntos de comunidades negras • Decreto 2314 e 1994 – Comisión de Estudios para formular el Plan de desarrollo para comunidades negras • Decreto 1745 de 1995 – Procedimiento Propiedad colectiva de tierras • Decreto 2249 de 1995 – Comisión Pedagógica de Comunidades Negras • Decreto 1627 de 1996 – Fondo Especial de Créditos Educativos • Decreto 1122 de 1998 – Cátedra de Estudios Afrocolombianos • Decreto 1320 de 1998 – Consulta Previa con las Comunidades Indígenas y Negras • Ley 725 de 2001 – Día Nacional de la Afrocolombianidad • Decreto 0062 – Mesa Permanente de Concertación con las Organizaciones de Base y Étnico Territoriales Afrovallecaucanas • Decreto 3770 de 2008 – Reglamenta la Comisión Consultiva de Alto nivel Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y palenqueras <p>Ley 21 de 1991 – Ley de Comunidades Indígenas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Decreto 159 de 2002 Sistemas de información de población indígena • Decreto 2164 de 1995 Titulación de tierras • Decreto 1809 de 1993, 1386 de 1994 y 840 de 1995 Sistema fiscal de territorios indígenas • Decreto 1088 de 1993 Regula la creación de las asociaciones y cabildos • Decreto 1397 de 1996 Comisión Nacional de Territorios Indígenas • Documento CONPES 2773 de 1995 Programa de Apoyo y Fortalecimiento étnico de los pueblos indígenas • Acuerdo 359 de 2009 Concejo de Bogotá Lineamietos de la Política Pública para los indígenas de Bogotá D.C. 	<p>Constitución Política de 1988 Artículos: 20, 22, 49, 109, 129, 174, 176, 210, 215, 216, 231, 232</p> <p>Leyes Reglamentarias</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 6.001 de 1973 Estatuto de Indio • Ley 5.371 de 1967 Autoriza el establecimiento de la Fundación Nacional del Indio <p>Reglamentación de las Leyes</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ley 7.716 Criminaliza la discriminación Racial • Ley 7.668 Creación de la Fundación Palmares • Ley 9.692 Datos estadísticos desglosados • Ley 7.668 Patrimonio Cultural • Ley 10.639 Educación • Ley 10.678 Creación SEPPIR • Dcto. 4.887 Títulos de propiedad de los Quilombos • Dcto. 4.885 Creación del Concejo Nacional de Igualdad Racial <p>Principal reglamentación para asuntos indígenas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Decreto 1775 de 1996 Proceso Administrativo de Declaración de Tierras Indígenas • Ordenanza 116 del 2012 demarcación de tierras • Instrucción Normativa 1 de 2012 participación de FUNAI en proyectos de impacto ambiental • Decreto 6.861 de 2009 Define la organización de Educación Indígena • Decreto 7530 de 2011 Establece normas sobre atención en salud a población indígena

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia

Relator especial Colombia	Relator especial Brasil
<p>“El Relator Especial comprobó que más de diez años después del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de Colombia y a pesar de la aprobación de leyes y la creación de instituciones que promete, la situación de los indígenas, las comunidades afrocolombianas y los romaníes sigue siendo precaria. El conflicto interno que absorbe la mayor parte de los recursos del Estado constituye un serio obstáculo para la aplicación de políticas bien pensadas. Fuera de los adelantos en la adjudicación de títulos de propiedad a las comunidades afrocolombianas, la situación socioeconómica de esa población sigue siendo motivo de preocupación. Además, la generalidad de la población no necesariamente ha entendido el significado de la diversidad cultural del país y sigue teniendo prejuicios con respecto a algunos grupos”. (Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia E/CN.4/2004/18/Add.3 Colombia, 23 de febrero de 2004.</p>	<p>“En este marco, el Relator Especial felicita que las más altas autoridades federales reconozcan la existencia y la profundidad del racismo y que hayan aprobado leyes y creado instituciones para luchar contra él. Sin embargo, observa una resistencia a esas políticas en diferentes niveles de la sociedad en general y por parte de algunas autoridades federales y locales, así como una persistente ideología de la democracia racial entre la población y en determinadas instituciones”. (Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia E/CN.4/2006/16/Add.3 Brasil, 28 de febrero de 2006.</p>

Fuente: elaboración propia.

Las acciones de los Estados

En las últimas cuatro décadas, el reordenamiento constitucional de varios países de América Latina ha ampliado la aceptación de derechos de poblaciones históricamente discriminadas. En Brasil, la Constitución Política de 1988 (arts. 215, 216, 231 y 232) reconoce las poblaciones indígenas y afrodescendientes negras. En Colombia, la Constitución Política de 1991 (arts. 7, 8, 13, 310 y transitorio 55) reconoce a los pueblos indígenas, la comunidad raizal del archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia, la población afrodescendiente negra y el pueblo rom o gitano.

Sin embargo, la adecuación institucional para dar soporte a estas obligaciones internacionales ha tenido diversos caminos y muchas dificultades. La cultura política de los Estados, la invisibilidad de estas comunidades y unas sociedades

con una historia construida sobre la segregación y la discriminación no han facilitado la apertura a la diversidad como un patrimonio de la humanidad; por tanto, es un proceso que se edifica a partir de los discursos institucionales que vienen dándole posibilidad a nuevas prácticas democráticas que se materializan en la implementación de las políticas públicas para generar normas reglamentarias y adecuaciones institucionales desde donde se opera la política. Una muestra de ello son el Consejo Municipal de Etnias y Razas del municipio de Curitiba y el Consejo Distrital de Política Social en Bogotá.

El marco de discusión

Las medidas han oscilado entre políticas de inclusión y políticas diferenciales; sin embargo, existen varios enfoques para abordar estos temas y formular la operatividad de la política. Las corrientes liberales modernas son las que dominan el escenario institucional de América Latina desde la década del ochenta; esto significa que las políticas públicas se centran en una concepción en la que la libertad, la competencia y el individualismo son el motor del desarrollo humano. De esta manera se reconoce el papel garantista del Estado, tanto para el individuo como para el mercado en el marco del libre cambio (Adam Smith, John Locke, otros).

En la concepción moderna del Estado los individuos gozan de igualdad ante la ley, con el fin último de asegurar el derecho a participar libremente del mercado por medio de la oferta y la demanda. Este enfoque se ha mantenido, al generar la concepción de una sociedad igualitaria; sin embargo, el papel del Estado como garante ha cambiado con el paso del tiempo.

A principios del siglo XX, las crisis del sistema capitalista provocaron un replanteamiento de la sociedad, lo cual dio origen a teorías críticas, a un movimiento del pensamiento y a la producción académica en los campos del humanismo, la política, el arte, etc. A ello se le ha denominado Posmodernidad.³⁰⁹

En la Posmodernidad, los nuevos enfoques revaluaron las proposiciones teóricas de la Modernidad, al presumir una crisis del humanismo a partir del cual se debatía el papel de los individuos y los colectivos invisibilizados en una sociedad

.....
309 Para abordar el estudio sobre la Posmodernidad, pueden consultarse diversas obras de Adorno, Horkheimer, Sartre, Lyotard, Lefebvre, Deleuze y otros.

igualitaria que no distinguía las particularidades y que, por tanto, suponía la felicidad humana en un solo sentido: el progreso por medio del mercado.

Esa necesidad de aceptar la diferencia y la particularidad determinó cambios sustanciales en los movimientos sociales y en la mirada del Estado como agente regulador. Esto dio origen a nuevas tendencias y enfoques, entre los que se destacan los neoinstitucionales y los garantistas de derechos, que en muchos casos entran en fuertes contradicciones de principio, pero tienen su papel en la configuración de las políticas públicas. Desde allí se revisan los ejercicios de formulación de política pública en Bogotá y Curitiba, ciudades que se han planteado el reto de satisfacer las necesidades de sus sociedades, con enfoques distintos, pero inmersos en estas discusiones.

En el contexto internacional cada vez tiene más peso en la decisión de los Gobiernos la consolidación de estos pilares de la democracia, los cuales se cohesionan en un discurso que se fundamenta en el reconocimiento de la diferencia y en la aceptación de esa otredad por fuera del *statu quo*, por fuera de la mayoría y del poder, también es sujeto de derechos y que algunos de estos derechos son inalienables.

En América Latina, el reconocimiento de la multiétnicidad y la pluriculturalidad no resuelve los acumulados históricos de discriminación y marginalidad de algunas poblaciones; por tanto, es importante examinar cómo los Gobiernos urbanos intentan materializar ese reconocimiento mediante acciones concretas, entre las que se encuentran la inclusión en los escenarios de participación y la focalización de la inversión como realización del reconocimiento multiétnico y pluricultural. Dicho de otra manera, el reconocimiento de derechos no tiene objeto, sino que transforma la vida material de estas poblaciones históricamente vulneradas y es un asunto de Estado y de Gobierno garantizar esos derechos.

Es necesario referenciar lo urbano como escenario espacio-temporalidad. Los seres humanos hemos construido un espacio vivencial que está determinado por la identidad local, pero está articulado con la sociedad global.³¹⁰ Esa especificidad configurada socialmente se expresa con mayor nitidez en lo urbano y tiene valor diferente para cada uno de los individuos. Los dos Gobiernos urbanos han percibido esa construcción social del espacio y han elevado a calidad de problema de

310 Doreen Massey, "Geographies of Responsibility", *Geografiska Annaler* 86B, núm. 1 (2004): 5-6.

Gobierno la coexistencia de la diferencia para formular sus políticas públicas y promover con ello el derecho a la ciudad.

En la historia reciente de la humanidad se han vivido acelerados y significativos cambios en el crecimiento, la composición y el desarrollo tecnológico de la ciudad, lo cual lleva a concebirla como el nicho esencial de la sociabilidad y el bienestar para el pleno goce de la sociedad humana; no obstante, ese crecimiento y ese desarrollo llevan consigo el peso de una construcción social y humana fundamentada en la explotación y la discriminación y generan grandes desigualdades entre los habitantes.³¹¹

La construcción espacial y temporal a partir de la acumulación del plusvalor como motor de tal desarrollo crea la imposibilidad de acceder al pleno disfrute de la ciudad, lo que significa, por lo menos en teoría, una necesidad de abordar la temática como problema de Gobierno para garantizar a todos los ciudadanos esa posibilidad de vivir la ciudad en el marco de una construcción social del espacio que no solo garantice el acceso a bienes y servicios, sino también la realización individual y colectiva de todos sus habitantes.³¹²

La comparación y el análisis de los discursos que sustentan la formulación de políticas públicas orientadas a poblaciones étnicas históricamente discriminadas ocupan este ejercicio académico. En Bogotá, las políticas se plantean desde el reconocimiento de estas poblaciones como sujetos de derechos, en el marco de un enfoque discursivo que propende por una democracia mediante la participación en la inversión y aplica la discriminación positiva como una forma de democratizar la inversión pública y aceptar la diferencia desde el principio de beneficiarios de la política pública, sustentada en una democracia deliberativa y una decisión delegada, elementos que determinan el reconocimiento de la diversidad y la posibilidad que tienen estas poblaciones para el disfrute pleno de la ciudad.³¹³

La discusión aquí presentada es relativamente nueva en América Latina y tiene como única experiencia de gobernabilidad en derechos los dos últimos Gobiernos de la ciudad de Bogotá. Ello implica la dificultad de contar con poca

311 David Harvey, *Géographie de la domination* (Paris: Les Prairies Ordinaires, 2008), 150; Alain Lipietz, *El capital y su espacio* (Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1979), 40.

312 Harvey, *Géographie de la domination*, 125.

313 Henri Lefebvre, *El derecho a la ciudad* (Barcelona: Península, 1975), 139; Harvey, *Géographie de la domination*, 202.

producción académica, aunque se viene sistematizando desde la práctica social y de Gobierno, lo cual permite aportar a los procesos de construcción de política pública.³¹⁴

En el caso específico de Curitiba, hay un reconocimiento de razas³¹⁵ y etnias integradas a un proyecto de Estado y de Gobierno municipal, que apunta a incluir lo público y lo privado, lo individual y lo colectivo, en un principio de igualdad fundamentada en la democracia liberal. Este enfoque sugiere una discusión que se orienta a evaluar los resultados de las políticas focalizadas en sectores, las cuales tienden a privilegiar al mercado y la acumulación del capital sobre las necesidades de estas poblaciones históricamente desconocidas y que aún se encuentran en situación de vulnerabilidad por su identidad, sus usos, costumbres y, sobre todo, su derecho a ser diferentes.

Podemos resumir que la concreción del reconocimiento de derechos está ligada a ejercicios de gobierno que se traducen en políticas públicas. El discurso con el cual se formula y se ejecutan las políticas es fundamental y su análisis muestra cómo el Gobierno ve a su sociedad y determina su relación con ella. A partir de esa forma de mirar la realidad, define sus acciones y también su afectación sobre la población; por tanto, ese discurso solo puede ser examinado como parte de la práctica política del Gobierno.

El punto de inicio para revisar los enfoques de política de las ciudades de Bogotá y Curitiba, es el conocimiento comparado de las normas. Estas no solo reflejan la decisión del Estado, sino que sirven de fundamento para que los Gobiernos locales y regionales construyan planes de acción política.

Si equiparamos los desarrollos normativos de los dos países y los informes de Naciones Unidas acerca del racismo y de nuevas formas de intolerancia (Tablas 1 y 2), podemos concluir que ambos vienen generando normativa, haciendo adecuación institucional y ejecutando acciones de garantías de derechos sobre los territorios, pero también vemos concluir que no ha sido suficiente, ya que los procesos de marginalidad y violencia han llevado a estas poblaciones a situaciones

314 Puede verse Consuelo Corredor Martínez, *La política social en clave de derechos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010).

315 El concepto de raza utilizado en este párrafo se refiere a la denominación que ofrece el Gobierno de Curitiba para diferenciar entre las etnias europeas y asiáticas inmigrantes y las poblaciones indígenas y negras.

de extrema pobreza histórica que sustentan las acciones que las discriminan positivamente.

Por otra parte, la alta migración del campo a la ciudad, como producto del desarrollo del capital, ha venido alimentando sistemáticamente las concentraciones urbanas, en donde estas poblaciones se insertan en sistemas que reproducen el sentido de la explotación y la discriminación y la marginalidad cumplen el papel de someterlas y mantenerlas en la pobreza.

La apreciación del relator especial es clara para los dos países: se ha trabajado en el reconocimiento de derechos, pero mientras el Estado no democratice la relación Estado-sociedad-mercado y se promuevan acciones orientadas a erradicar todas las formas de discriminación, es más que obvio que la problemática será una discusión continua entre los actores que representan esta triada.³¹⁶

Características de los discursos que identifican las configuraciones poblacionales

En América Latina, las conformaciones de los Estados nacionales tienen una historia común en la dominación española; sin embargo, por tener sus orígenes en el reino de Portugal, la historia de Brasil fue diferente porque la monarquía integró el territorio a su metrópoli europea, mientras España veía el territorio como una colonia más para ser saqueada y generar enclaves que fortalecieran su poder económico en el Nuevo Mundo.

Este referente histórico es importante en la medida en que la mirada del territorio explica las formas de institucionalidad que se fueron construyendo y las diferencias de modelos de democracia entre Colombia y Brasil.³¹⁷ Los sistemas de explotación de la Colonia no difieren fundamentalmente entre el territorio español y el portugués, pues se sustentaban en mano de obra esclavizada asociada con la explotación minera, el comercio, la hacienda y la encomienda.

La distinción corresponde a la manera como los españoles y los portugueses venidos de Europa implementaron las instituciones coloniales y afectaron la organización social, política y productiva de los pueblos indígenas y de la mano de obra esclavizada traída de África. Estos hechos sustentan el reconocimiento

316 Organización de Naciones Unidas [ONU], "Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia", http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9060 (acceso junio 15, 2018).

317 Claudio Véliz, *La tradición centralista en América Latina* (Barcelona: Ariel, 1984), 157.

de derechos y las herramientas jurídicas e institucionales con las cuales se hace realidad el restablecimiento del derecho en la actualidad.

Los abusos de los encomenderos de la Colonia llevaron a los indígenas casi a su exterminio; la ocupación de nuevos colonos y la expansión de la frontera minera provocó presión por la tierra que afectó a los pueblos nativos y limitó la producción agrícola a tal medida, que la Corona española vio la necesidad de controlar el poder adquirido por los encomenderos y resguardar las tierras de indios para garantizar la producción agrícola.³¹⁸ Así lo plantea Ocampo: “La ocupación española, en contraste con la de otras potencias coloniales en las Antillas o en el nordeste brasileño, no desarrolló una economía de plantación ó una temprana comercialización de la agricultura”.³¹⁹

El resguardo de los territorios indígenas en la Colonia es tal vez uno de los hechos más importantes en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas; desde allí se preservó la organización social y con ello la capacidad de dar su lucha histórica.

El caso brasilero no es menos cruento para las poblaciones indígenas, aunque la inserción en el mercado agrícola del azúcar, con las plantaciones, dio otra dinámica a la ocupación de la tierra y un contexto protegido para los grupos indígenas y sus tierras.³²⁰ Este hecho ocasiona, de alguna manera, una mayor debilidad en su organización actual, comparada con los pueblos asentados en Colombia.

La mano de obra negra africana esclavizada tiene grandes similitudes en todo el continente americano. Fue introducida a las labores de minería cuando las poblaciones nativas fueron diezmadas por las prácticas colonizadoras.³²¹ En el caso de Brasil también fue adaptada a labores de las plantaciones y muy poca era llevada a las áreas urbanas para tareas de servidumbre, en especial de mujeres.

Curitiba se ubica sobre una meseta del Paraná, cruzada por los valles de los ríos Iguazú e Ivo.

318 Salomón Kalmanovitz, *Economía y Nación* (Bogotá: Siglo XXI, 1988.), 43.

319 Germán Colmenares, “La formación de la economía colonial” en *Historia económica de Colombia*, ed. José Antonio Ocampo (Bogotá: Siglo XXI editores, 1987), 33.

320 La protección otorgada por la Corona española se denominó “resguardo”. Consistía en el reconocimiento de territorios indígenas en donde los encomenderos no podían esclavizar ni pedir el impuesto en trabajo a los indígenas. Estos lugares se constituían mediante cédulas reales y se convirtieron en toda una institución que aún es reconocida en la legislación colombiana.

321 Kalmanovitz, *Economía y Nación*, 43.

En el momento de la llegada de los portugueses al Brasil, la meseta de Curitiba era ocupada por grupos de familias lingüísticas Ge y tupi guaraní. Las primeras décadas del siglo XVI marcaron el inicio de una guerra de conquista de los europeos contra los pueblos indígenas que habitaban las llanuras del sur y sureste de Brasil; expediciones portuguesas y españolas estaban en busca de metales, piedras preciosas, e indios para esclavizar.³²²

Bogotá se emplaza sobre una sabana fértil bañada por los ríos Bogotá, Fucha y Salitral, entre otros. La calidad productiva de los suelos y el establecimiento del Virreinato en la Villa de Santa Fe de Bogotá ocasionaron una gran presión por la tierra que terminó con la casi extinción del pueblo muisca que habitaba esta región.

Las condiciones históricas de Bogotá y Curitiba son similares en cuanto a las poblaciones indígenas y negras esclavizadas traídas de África. Las diferencias se hallan en la configuración de una clase dirigente criolla en el territorio de Bogotá, que guió el proceso de independencia y la construcción de la República; en cambio, la región del Paraná fue objeto de nuevas colonizaciones europeas que de alguna manera se fueron construyendo en medio de una realidad diversa como una particularidad en el contexto brasileño, lo que lo hace determinante para su análisis.

Los migrantes europeos llegados a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, así como asiáticos y siriolibaneses, crearon una nueva realidad que mantiene invisibilizados a los indígenas y descendientes de esclavizados y una deuda histórica sin saldar.

El reconocimiento de derechos étnicos en Colombia tiene orígenes coloniales, aunque hoy es el producto de luchas históricas, de pueblos que no se han rendido y avanzan sobre unas relaciones más democráticas dentro del país. Bogotá ha estado emplazada en el corazón del poder de la Colonia y de la República, lo que ubica a la ciudad como el territorio en donde se concentran sus nacionalidades diversas que tienen expresión en la vida cotidiana de la urbe. Los inmigrantes europeos y de otras latitudes gozan de las garantías del marco de una democracia liberal y se integran a la nacionalidad diversa sin mayores distinciones, lo que habla del carácter del mestizaje y también de una apropiación criolla del territorio.

.....
322 Guía Geográfico, "Curitiba, Brasil". <http://www.curitiba-parana.net/> (acceso junio 15, 2018).

En Brasil la historia es diferente:

La intelectualidad brasileña, con escasas excepciones, se negó sistemáticamente a reconocer que en el país existía un problema de discriminación contra negros e indios. Predominó en cambio la convicción de que, a diferencia de Estados Unidos, Brasil había integrado armoniosamente las diferentes razas que componen el grueso de su población: portugueses, negros e indios (Arocena, 2007). La opinión más generalizada en la sociedad brasileña es que el país es una democracia racial (Lloyd, 2004a). Sin embargo, una fuerte ironía aparece en la contradicción evidente entre estas propuestas que incluyen acciones afirmativas en el sistema jurídico, y el discurso tradicional y hegemónico de la armonía racial (Da Silva, 2004).³²³

Esta construcción discursiva de la diversidad racial ha alimentado esa contradicción fundamental a la hora de aplicar el sistema jurídico en acciones concretas, que den cuenta del compromiso internacional de desarrollar la política de reconocimiento y restablecimiento de derechos a las comunidades históricamente en situación de vulnerabilidad; por eso, si no hay grupos organizados que luchen por las garantías de derechos en las unidades territoriales municipales, son rápidamente invisibilizadas y llevadas a la categoría de inexistente, como en Curitiba, donde la situación se hace evidente en un territorio que no termina de ser colonizado y la diversidad se construye alrededor de nacionalidades europeas como grupo hegemónico en el poder de la ciudad.

Un elemento diferenciador lo constituyen las dos Constituciones: en la colombiana se parte del principio multiétnico y pluricultural, y se incluyen los conceptos de etnia, cultura, pueblo y nacionalidad; ello llevó al Departamento Nacional de Estadística (DANE) a aplicar los principios de autorreconocimiento y reconocimiento de la comunidad, así como a identificar poblaciones concretas en los territorios (indígenas, negras afrodescendientes, rom o gitanos y raizales del archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia). Estos enfoques cierran un círculo que abarca los elementos históricos, culturales y, en los casos pertinentes, territoriales, a pesar de los procesos de mestizaje.

En la Constitución brasileña se reconocen la multiétnicidad y la pluriculturalidad desde una perspectiva de la diversidad cultural global, pero ha auspiciado enfoques que indeterminan a estas poblaciones; por tanto, la razón histórica,

323 Felipe Arocena, "Brasil: de la democracia racial al estatuto de la igualdad racial", *Revista Nueva Época* año 20, núm. 55 (septiembre-diciembre 2007): 98.

cultural y territorial solo tiene fundamento cuando existe el grupo demandante. El último censo, de 2010, adelantado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), expresa en su ficha técnica para discriminar el color y la raza:

Em relação às categorias de classificação utilizadas no Censo Demográfico 2010, repetiram-se as dos censos desde 1991: branca, preta, parda, amarela e indígena, sendo que, pela primeira vez, as pessoas que se identificarem com esta última são também indagadas a respeito de sua etnia e língua falada. No que concerne às instruções para o preenchimento da pergunta, houve uma modificação referente à opção “parda”, a qual foi padronizada com a orientação fornecida para as outras categorias, eliminando-se assim a exemplificação de respostas atualmente consideradas obsoletas. Manteve-se apenas a norma de considerar como de cor ou raça parda unicamente as pessoas que assim se declarassem.³²⁴

Estas poblaciones se vuelven invisibles en territorios con procesos neocoloniales como los asentamientos del sur de Brasil, territorio donde se ubica Curitiba.

Frente a esta realidad, la primera dificultad para elaborar el análisis se encuentra en la ausencia de datos empíricos discriminados que den cuenta de estas poblaciones, con lo que se justifica la inexistencia del problema; la segunda se refiere a los datos globales, que pueden ser elementos que demuestren la existencia de estas poblaciones, sin pretender el mismo grado de detalle alcanzado en Colombia. Es necesario poner en el juicio de este análisis por lo menos tres consideraciones:

1. Que en procesos de observación empírica encontramos evidencia de la presencia de afrodescendientes e indígenas en el centro de Curitiba
2. Que existe un discurso académico sustentado en investigaciones que manifiestan los discursos dominantes de discriminación en la Nación brasileña y que son aplicados en lo territorial, lo que genera una contradicción entre normativa y aplicación de la norma.
3. Esta consideración está asociada con la posibilidad de demostrarlo, lo cual está ligado a la presión generada a partir de las políticas de ordenamiento territorial en la RMC. Dicho asunto, también estudiado por la UFPR, manifiesta políticas discriminatorias y de expulsión de las poblaciones más pobres del centro de Curitiba hacia otros municipios de la

324 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Um estudo das categorias de classificação de cor ou raça* (Brasília: IBGE, 2008), 15.

RMC; ello, aunado a una oferta institucional en medio de un discurso diverso étnico racial, no cuenta con la presencia de lo más simbólico de Brasil: sus pobladores ancestrales.

A continuación se desarrolla la contradicción planteada en el discurso que propone a Brasil como una democracia racial a partir de los elementos territoriales y su oferta institucional para comparar los desarrollos territoriales y la oferta institucional de Bogotá.

Configuración territorial y garantía de derechos

Para analizar la configuración territorial se debe partir de un reconocimiento histórico: los lugares en donde están emplazados el distrito capital de Bogotá y la región metropolitana de Curitiba fueron territorios indígenas precolombinos, lo cual exige reconocer y restablecer derechos en el marco del Convenio 169 de la OIT; sin embargo, la diferencia de discursos en la dirección política de ambas ciudades ha propiciado desarrollos diferentes en el tratamiento del problema.

En Bogotá hay litigio y constante deliberación para el restablecimiento de derechos de la población muisca en dos zonas conurbadas de Bogotá llamadas Bosa y Suba-Cota, donde existieron resguardos indígenas en tiempos coloniales. En Curitiba no existe reconocimiento alguno de las poblaciones indígenas más allá de su valor histórico, lo cual favorece su oferta turística.

Las nuevas configuraciones territoriales han generado unas dinámicas complejas en estos territorios que pueden describirse de acuerdo con las dinámicas y concepciones del territorio.

Breve descripción de Bogotá

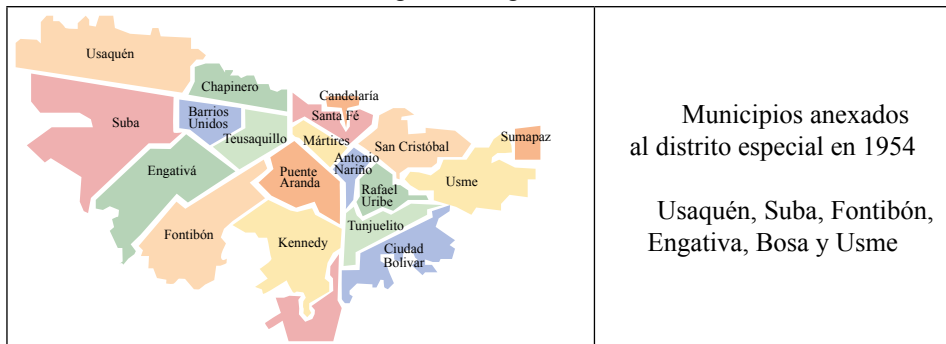
Bogotá es la capital de la República de Colombia y goza de autonomía para la gestión administrativa en el marco de las leyes y la Constitución Nacional. Según el censo 2005, para 2010 Bogotá tendría una población de 7.363.782 habitantes distribuidos en más de 1.200 barrios, agrupados en unidades de planeación zonal y veinte localidades (Gráfico 1), las cuales cuentan con juntas administradoras locales (JAL) elegidas por voto popular y un alcalde local elegido por el alcalde mayor de Bogotá de terna propuesta por la JAL.

El territorio de la ciudad ha venido expandiéndose mediante anexión de municipios circunvecinos, lo cual les daba una ventaja en la relativa autonomía de la capital. En la actualidad, el distrito ha vivido nuevos procesos de conurbación, lo que le ha exigido acoplar las acciones de desarrollo, las políticas de poblamiento y las redes de servicios y plantea la necesidad de establecer un mecanismo de articulación metropolitana que se encuentra en estudio por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) (Gráfico 2).

Las ventajas competitivas de la autonomía territorial, por ser distrito capital, no tienen ambiente político para hacer nuevas anexiones, ya que existen municipios cercanos a Bogotá que adelantaron proyectos industriales y ciudades dormitorio, lo que generó presupuestos importantes y además se convirtieron en caudales electorales que definen la elección popular de gobernador del departamento de Cundinamarca, región donde se emplaza el distrito capital.

Esta situación ha orientado la densificación de la ciudad, validada en su Plan de ordenamiento territorial, desde donde se orienta el modelo urbano de desarrollo que debe garantizar los bienes y servicios suficientes y necesarios para posicionar a Bogotá como una ciudad competitiva en el ámbito nacional e internacional.

Gráfico 1. Bogotá, configuración territorial



Fuente: Bogotá ¡Mi ciudad!, "Mapas de Bogotá", <https://bogotamiciudad.com/mapasdebogota/mapas> (acceso junio 15, 2018).

Gráfico 2. Configuración territorial área metropolitana Bogotá-sabana



Fuente: Fotosimagenes.net, "Imágenes de Área Metropolitana de Bogotá", www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/101873 (acceso agosto 8, 2018).

La participación, la inclusión y la democratización de la ciudad fueron los discursos que guiaron los propósitos de las últimas tres Administraciones, las cuales han centrado las acciones en el reconocimiento constitucional que instituye un Estado social de derecho, en el que se construye un discurso de gobernabilidad alrededor de derechos de inclusión y participación directa como elementos fundamentales de la democratización de la ciudad: "No se pueden construir seres humanos, si a los seres humanos se les quita la posibilidad de decidir, esa es la opción fundamental de la libertad; queremos millones de ciudadanos participando plenamente en las decisiones fundamentales del distrito".³²⁵

Este discurso basado en los derechos humanos plantea un enfoque en el que la garantía de derechos reconoce los derechos individuales y colectivos; por tanto, el Estado y el Gobierno deben garantizarlos sin importar el tamaño poblacional: un solo individuo que sufra violación de sus derechos debe movilizar al Estado y al Gobierno para que le sean restablecidos. Este modelo contrasta con el de la democracia liberal, que pone la toma de la decisión política en la lógica formal,

325 Gustavo Petro, "Discurso de posesión Alcaldía de Bogotá 2012-2015", <https://www.youtube.com/watch?v=OBacWDm0yK0> (acceso junio 15, 2018).

sustentada en las mayorías: son los grupos de presión los que logran elevar a categoría de problema de Gobierno sus reivindicaciones.

El caso de Bogotá es único en experiencia de gobernabilidad en derechos; por eso, el proceso de democratización no es compartido con muchos de los entes territoriales del área metropolitana. Soacha es el municipio que, por sus características de recepción de personas desplazadas, por el tamaño de su población (la más grande del departamento de Cundinamarca) y por los beneficios en servicios llevados desde Bogotá, como el transporte público Transmilenio, ha tenido que articular políticas de garantías de derechos.

El distrito capital ha liderado las propuestas de acción política ante el resto de entes territoriales y, en ese marco, los desarrollos urbanos y de Gobiernos son observados de cerca por las otras municipalidades que poco a poco vienen adoptando en sus territorios políticas garantes de derechos como las de población desplazada, la cual tiene una buena parte negra e indígena. En el Bogotá, estas medidas son contrastadas con acciones de desarrollo urbano para generar una articulación entre las propuestas técnicas de organización de la ciudad con la necesidad de la población diversa desde la participación en el diseño espacial que garantice usos y costumbres.

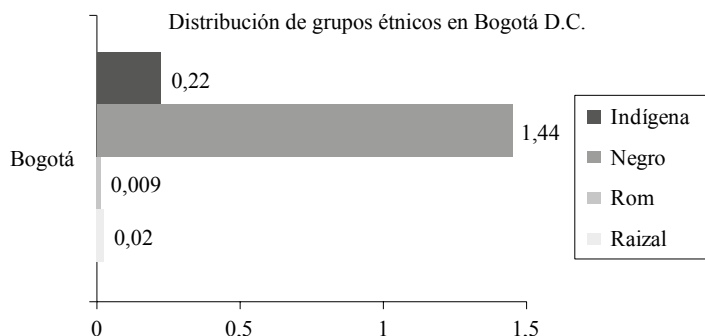
La población total de los grupos étnicos en situación histórica de vulnerabilidad con presencia en el distrito suma un 1,689% del total de la población; el grupo de afrodescendientes es el más numeroso (Tabla 3 y Gráfico 3).

Tabla 2. Pertenencia a grupos étnicos en Colombia y en Bogotá

	Indígena	Negro	Raizal	Palenquero	Rom
Total nacional	3,36	10,31	0,07	0,02	0,01
Bogotá	0,22	1,44	0,02	1,03	0,009

Fuente: elaboración propia con base en Departamento Nacional de Planeación [DNP], *Aspectos básicos grupos étnicos e indígenas. Colombia una Nación Multicultural* (Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2007), 38-40.

Gráfico 3. Porcentaje de participación de los grupos étnicos en Bogotá, censo 2005



Fuente: Departamento Nacional de Planeación [DNP], *Aspectos básicos grupos étnicos e indígenas. Colombia una Nación multicultural* (Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2007), 41.

Tabla 3. Población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en Bogotá

	Raizal	Palenquero	Negro	Ninguno de los anteriores	No informa	Total
Hombre	694	6	48.219	3.075.677	108.061	3.240.469
Mujer	661	1	48.304	3.374.652	106.861	3.538.222
Total	1.355	7	96.523	6.450.329	214.922	6.778.691

Fuente: Departamento Nacional de Planeación [DNP], *Aspectos básicos grupos étnicos e indígenas. Colombia una Nación Multicultural* (Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2007), 41.

La educación representa una de las variables de desarrollo humano más importantes en las políticas de los Estados; sin embargo, Colombia tiene una tasa actual de analfabetismo de 8,4% (Tabla 5); aun con las políticas de gratuidad en la educación básica, las comunidades étnicas son de las más afectadas con altas tasas de analfabetismo, lo que confirma la necesidad de orientar los discursos de políticas públicas educativas hacia sectores poblacionales como afros y otras minorías étnicas.

Tabla 4. Porcentaje de analfabetismo en Colombia

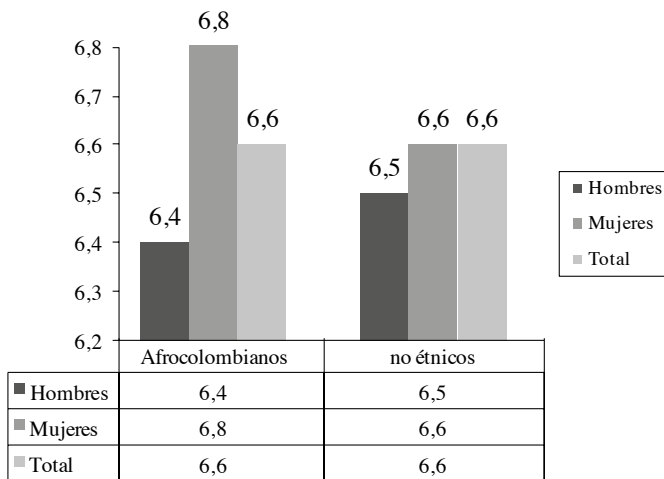
	Nacional	Indígenas	Negro	Rom	Sin pertenencia étnica
Total	8,4	18,6	11,2	6,4	7,4

Fuente: John Milton Asprilla Echeverría, "Censo 2005. Jóvenes afrocolombianos: caracterización sociodemográfica y aspectos de la migración interna", https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/jovenes_afrocolombianos.pdf (acceso agosto 8, 2018).

Al igual que Brasil, Colombia tiene una cátedra de reconocimiento de la cultura negra africana y su aporte a la sociedad colombiana, denominada Cátedra afrodescendiente, pero su implementación ha tenido dificultades. Cabe preguntarse: ¿cómo se evalúa una cátedra de reconocimiento en el marco de la política pública cuando la población discriminada positivamente tiene el más alto índice de analfabetismo? Estos contrasentidos son indicadores con los cuales los relatores oficiales de las Naciones Unidas miden el desempeño de las políticas y la adecuación institucional de los Estados, porque demuestran el grado de discriminación efectiva de estas poblaciones cuando en la práctica no tienen acceso a los sistemas estandarizados.

Como podemos ver en el Gráfico 4, la tasa de población afro en Bogotá tiene el mismo porcentaje (6,6%) del resto de la población de la capital. Sigue siendo objeto de la política pública en el distrito integrar los referentes socioculturales a los procesos educativos, así como reconocer y proteger las identidades culturales.³²⁶

Gráfico 4. Tasa de analfabetismo por sexo población afro y no étnica en Bogotá, 2005



Fuente: John Milton Asprilla Echeverría, “Censo 2005. Jóvenes afrocolombianos: caracterización sociodemográfica y aspectos de la migración interna”, https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/jovenes_afrocolombianos.pdf (acceso agosto 8, 2018).

326 Como fue el caso de discusión en la Secretaría Distrital de Educación de dos niños indígenas amazónicos que no hablaban lengua castellana para ser integrados al sistema educativo y garantizar su derecho a la cultura propia.

Podemos concluir que la gobernabilidad en derechos en Bogotá es una experiencia en construcción que requiere una nueva mirada sobre las políticas y su método de formulación, que las acciones combinadas entre políticas públicas de corte neoinstitucionalista fundamentada en problemas de Gobiernos viene siendo contrastada con enfoques en los que tales problemas son la construcción de sociedades más democráticas.

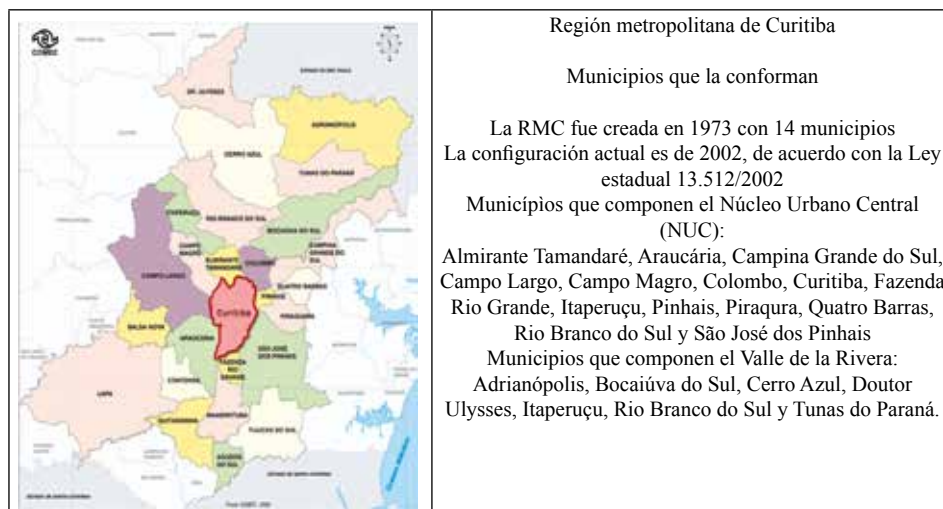
Este discurso ha sido objeto de muchas interpretaciones y críticas por las corrientes racionales del discurso hegemónico, pero la realidad demuestra que, en una coyuntura política nacional adversa para este tipo de discursos, estas corrientes garantistas de derechos han ganado la elección popular de alcaldes en el distrito en tres ocasiones, con un respaldo importante de la población.

Gobernar en derechos es un campo nuevo y abonado para formular la acción de la política, así como para su estudio en el campo académico.

Breve descripción de Curitiba

El municipio de Curitiba es la capital del estado de Paraná. Se divide en nueve localidades o subalcaldías desde donde se gestionan los 77 barrios que conforman la ciudad y es el centro urbano del área metropolitana. El Poder Ejecutivo lo encabeza el alcalde o prefecto, quien es elegido popularmente por cuatro años y tiene la facultad de nombrar al vicealcalde y a los secretarios. Cuenta con diecinueve consejos municipales, con competencias de órganos consultivos y deliberativos.

Gráfico 5. Región metropolitana de Curitiba



Fuente: Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba [Comec], "Região metropolitana de Curitiba-2009", http://www.comec.pr.gov.br/arquivos/File/RMC_2009_politico.pdf (acceso agosto 8, 2018).

La municipalidad es el centro urbano de la región metropolitana de Curitiba. El concepto "zona metropolitana" aparece en la legislación brasileña en el Artículo 164 de la Constitución Federal en 1967. En 1973 fue aprobada la Ley complementaria No. 14, que constituye las regiones metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém y Fortaleza, y dispone en su Artículo 2 que cada región metropolitana tendrá un consejo deliberativo y un consejo consultivo, creado por la Ley estadual, que también determina como de interés metropolitano las siguientes acciones:

1. Planeamiento integrado de desarrollo económico y social.
2. Saneamiento básico, abastecimiento de agua, red de alcantarillado y servicio público de limpieza.
3. Uso del suelo metropolitano.
4. Transporte y vías.
5. Producción y distribución de gas combustible.
6. Aprovechamiento de recursos hídricos y control de la contaminación ambiental como lo disponga la ley federal.
7. Otros servicios que sean incluidos como competencia del Consejo Deliberativo por ley federal.

Mediante la Ley del Estado 6517, el Gobierno del estado de Paraná creó la Coordinación de la Región Metropolitana de Curitiba (Comec) y definió sus competencias en el marco de las acciones y los intereses metropolitanos.

La diversidad cultural de la ciudad se consigna en memoriales que dan cuenta de las culturas inmigrantes europeas, así como de su arquitectura, lo cual le da una presentación que, sumada al manejo técnico de los problemas ambientales, ofrece una ciudad diversa y ambientalmente sana, con altos índices de desarrollo económico.

Tabla 5. Porcentaje de población por raza, Brasil

	Total población	% blancos	% negros	% pardo	% amarillo o indígena
Brasil	189.953.000	48,4	6,8	43,8	0,9
Paraná	10.605.000	71,7	2,6	24,3	1,4
Área metropolitana de Curitiba	3.225.000	76,3	2,9	19,8	1,0
Curitiba	1.678.965	77,4	2,9	18,2	1,4
Colombo	212.967	65,5	3,8	29,8	0,7

Fuente: elaboración propia con base en José Luis Petruccelli y Ana Lucía Saboia, *Características étnico-raciais da população* (Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013), 31-50.

Tabla 6. Tasa de analfabetismo en la población brasilera discriminado por raza

	Total	Blanco	Negro	Pardo
Brasil	10	6,2	13,3	13,7
Paraná	6,6	4,8	11,6	11,1
Área metropolitana de Curitiba	3,0	2,6	6,2	3,5

Fuente: elaboración propia con base en José Luis Petruccelli y Ana Lucía Saboia, *Características étnico-raciais da população* (Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013), 31-50.

Tabla 7. Media años de estudio de personas con 15 o más años discriminado por raza

	Total	Blanco	Negro	Pardo
Brasil	7,4	8,3	6,7	6,5
Paraná	7,9	8,4	6,8	6,6
Área metropolitana de Curitiba	8,8	9,2	7,6	7,4

Fuente: elaboración propia con base en José Luis Petruccelli y Ana Lucía Saboia, *Características étnico-raciais da população* (Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013), 31-50.

Las Tablas 6, 7 y 8 muestran la diversidad poblacional en cifras. Es claro que la discriminación hecha para el censo de 2008 por el IBGE entre blancos, negros,

pardos e indios no da respuesta a la orientación antropológica que sustenta el Convenio 169 de la OIT, pues la condición de color de la piel hace difícil reconocer el problema sociocultural e histórico que se quiere reivindicar; por tanto, las formas como el DANE y el IBGE abordan la discriminación son distintas.

Por otra parte, el municipio de Colombo dobla la población parda y negra que fue censada en 2008 (Colombo 34,3% y Curitiba 22,5%), lo cual verifica el hecho de desplazamiento: es mejor vivir en Colombo o, en su defecto, no se puede vivir en Curitiba. Los individuos que se declaran no blancos expresan diferencias que reconocen la existencia de una sociedad blanca hegemónica y rica a la que no pertenecen y es sobre estas diferencias que se fundamenta el que hecho de que dichas poblaciones sean objeto de política pública.

Existen nutridos estudios sobre la existencia problemática y las tensiones generadas en este sentido. El crecimiento poblacional, la limitación territorial (432,17 km² de área) y la concentración de actividades altamente rentables provocan un desplazamiento de actividades secundarias a las poblaciones vecinas que, al no tener suficiente recaudo financiero y una alta demanda, no pueden atender sus necesidades básicas. “Curitiba se aprimora na oferta de serviços modernos e de qualidade, em atividades complexas e altamente rentáveis, compatíveis com sua população seleta, em quanto a grande maioria dos municípios da periferia desempenha funções secundárias”.³²⁷

En medio del enfoque de discurso político y la configuración tecnocrática de los escenarios de decisión, la perspectiva desde donde se abordan los problemas de las poblaciones en situación de vulnerabilidad es la asistencia social. Así lo explica la profesora Samira Kauchakje, de la Pontificia Universidad Católica del Paraná:

Os direitos sociais, de forma geral, a partir da segunda metade do século XX, foram conquistados e ampliados no sentido de sua Universalização, efetiva garantia constitucional e dever do Estado. Aos o provimento público de serviços que respondam às necessidades da população, reconhecidas, então, como direitos de cidadania. Entre esas políticas sociais, este artigo destaca a política de assistência social, que organiza um sistema de assistência social nas cidades com sua respectiva rede de atendimento. No Brasil, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 indica que os direitos sociais são: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, pro-

327 Santos, “Lá e cá: a mobilidade de trabalhadores de Colombo para Curitiba”, 21.

teção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados⁴. Esses direitos constitucionais somente se realizam concretamente por meio de ações protetivas públicas, ou seja através de políticas públicas, isto é, os serviços sociais fazem parte do conjunto de ações sociais públicas, que se desdobram em políticas públicas, programas, projetos e serviços sociais.³²⁸

En el marco de una democracia racional en Curitiba,³²⁹ el diseño institucional tecnocrático determina en gran parte las decisiones adoptadas en el modelo de desarrollo de la ciudad y que afectan los intereses de los otros municipios de la RMC, pero también deja vacíos en la democratización de la ciudad, en tanto no garantizan soluciones apropiadas para las poblaciones con necesidades insatisfechas, en especial las de aquellas que ni siquiera existen en el mapa social y político del municipio.

Conclusiones

Salvo aspectos muy específicos, la situación de Bogotá y la de Curitiba son muy similares; la diferencia corresponde a las formas como se abordan las políticas y las concepciones democráticas con las cuales se ejerce el poder del Estado y el Gobierno.

La experiencia en Bogotá es importante en la medida en que no solo se reconoce que ese otro existe, sino también que existe en igualdad de condiciones y se requiere de él para gobernar. La política contiene transversalmente este sentido de reconocimiento de derechos tanto en las instituciones como en el diseño de las acciones en el marco de esas políticas; el otro hecho efectivo para que se materialice este reconocimiento consiste en la participación directa de las poblaciones en la Administración de la ciudad en cargos de decisión política y de inversión de recurso. Ese es tal vez el logro más importante de este enfoque, pues complementa las decisiones técnicas de los diseños de ciudad con la postura de las poblaciones.

Sigue siendo un reto como modelo de gobierno, porque existe mucho por mejorar y porque las posiciones hegemónicas de la racionalidad liberal ejercen una fuerte presión por retomar el control político de la ciudad.

.....
³²⁸ Samira Kauchakje, *Gestão pública de serviços sociais* (Curitiba: IBPEX, 2007), 41.

³²⁹ Puede verse Helio Rubén Godoy Lechinewski, *Instituciones, democracia y participación en la Administración Pública* (Curitiba: Pontificia Universidad Católica del Paraná, 2011).

Curitiba es una muestra de lo que la tecnocracia puede lograr en materia de desarrollo urbano, al generar, crear y recrear lo que la ciudad pueda ofrecer a los individuos y a la sociedad en general. El imaginario de la urbe latinoamericana modelo ha rondado a Curitiba, ciudad culta, organizada, próspera y planificada, que construyó un buen vivir en pocas décadas. Es un logro difícil de ocultar.

Sin embargo, el modelo tecnocrático, racional y hegemónico, con una mirada exclusiva desde su propio centro, fue también un modelo que empieza a sentir el rigor de los límites del crecimiento, representado en problemas de vivienda y asuntos con las poblaciones más pobres desplazadas a los municipios vecinos.

Quedan expuestos varios campos de discusión teórica y de investigación aplicada para política pública después de analizar en contrasentido con lo que regularmente se conoce de los logros de una ciudad tan próspera como Curitiba. También se abren otras posibilidades como la gobernabilidad en derechos, la cual sería uno de los campos exploratorios para lograr cambios sustanciales en la democratización de los Gobiernos de las ciudades.

Referencias

- Arocena, Felipe. “Brasil: de la democracia racial al estatuto de la igualdad racial”. *Revista Nueva Época* año 20, núm. 55 (septiembre-diciembre, 2007): 97-115.
- Arruda Colín, Denise Ratmann, Marcos Bittencourt Fowler y Sandra Mancino. “Globalização, municipalidades e direitos: o impacto nas políticas sociais da Região Metropolitana de Curitiba” en *Dinâmicas e intrametropolitanas e produção do espaço na. Região metropolitana de Curitiba*, organizado por Rosa Moura y Olga Lucía Firkowski, 77-88. Curitiba: Letracapital, 2009.
- Asprilla Echeverría, John Milton. “Censo 2005. Jóvenes afrocolombianos: caracterización socio-demográfica y aspectos de la migración interna”. https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/jovenes_afrocolombianos.pdf (acceso agosto 8, 2018).
- Bogotá ¡Mi ciudad! “Mapas de Bogotá”. <https://bogotamiciudad.com/mapasdebogota/mapas> (acceso junio 15, 2018).
- Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba [Comec]. “Região metropolitana de Curitiba-2009”. http://www.comec.pr.gov.br/arquivos/File/RMC_2009_politico.pdf (acceso agosto 8, 2018).
- Colmenares, Germán. “La formación de la economía colonial” en *Historia económica de Colombia*, editado por José Antonio Ocampo, 25-42. Bogotá: Siglo XXI editores, 1987.
- Corredor Martínez, Consuelo. *La política social en clave de derechos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.

- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. *Aspectos básicos, grupos étnicos e indígenas. Colombia una Nación Multicultural*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2007.
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. *Misión para fortalecer el sistema de ciudades*. Bogotá: Autor, 2014.
- FotoseImágenes.net. “Imágenes de Área Metropolitana de Bogotá”. [www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/101873elaboración propia](http://www.esacademic.com/dic.nsf/eswiki/101873elaboración%20propia) (acceso agosto 8, 2018).
- Godoy Lechinewski, Helio Rubén. *Instituciones, democracia y participación en la Administración Pública*. Curitiba: Pontificia Universidad Católica del Paraná, 2011.
- Guia Geográfico. “Curitiba, Brasil”. <http://www.curitiba-parana.net/> (acceso junio 15, 2018).
- Harvey, David. *Géographie de la domination*. París: Les Prairies Ordinaires, 2008.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Um estudo das categorias de classificação de cor ou raça*. Brasília: IBGE, 2008.
- Kalmanovitz, Salomón. *Economía y Nación*. Bogotá: Siglo XXI, 1988.
- Kauchakje, Samira. *Gestão pública de serviços sociais*. Curitiba: IBPEX, 2007.
- Laboratorio de Paz. “Convenio Nro. 169 de la OIT”. <http://www.laboratoriosdepaz.org/convenio-oit-nro-169-sobre-pueblos-indigenas-y-tribales-en-paises-independientes/> (acceso agosto 7, 2018).
- Lefebvre, Henri. *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Península, 1975.
- Lipietz, Alain. *El capital y su espacio*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 1979.
- Massey, Doreen. “Geographies of Responsibility”. *Geografiska Annaler* 86B, núm. 1 (2004): 5-18.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. “Informe del relator especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia”. http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9060 (acceso junio 15, 2018).
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. *Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, 27 de junio de 1989.
- Petro, Gustavo. “Discurso de posesión Alcaldía de Bogotá 2012-2015”. <https://www.youtube.com/watch?v=OBacWDM0yK0> (acceso junio 15, 2018).
- Petrucelli, José Luis y Ana Lucía Saboia. *Características étnico-raciais da população*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013.
- Santos, Gislene. “Lá e cá: a mobilidade de trabalhadores de Colombo para Curitiba” en *Dinâmicas e intrametropolitanas e produção do espaço na Região metropolitana de Curitiba*, organizado por Rosa Moura y Olga Lucía Firkowski, 253-268. Curitiba: Letracapital, 2009.
- Véliz, Claudio. *La tradición centralista en América Latina*. Barcelona: Ariel, 1984.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en junio de 2018, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

TRABAJO, DESARROLLO Y
JUSTICIA SOCIAL:
CIEN AÑOS DE LA OIT

7

La obra presenta al lector un contexto general y ampliado de la historia, retos y perspectivas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a propósito de su 100 ° aniversario a través de diversas perspectivas de los académicos de la Universidad Católica de Colombia y de la Universidad Nacional de Colombia. Este libro, producto de investigación del grupo Derecho público y TIC, recoge la construcción de los marcos de comprensión y la materialización de reivindicaciones laborales que dieron origen a la organización, además de los contextos en que sus acciones tienen lugar tanto en el escenario internacional como en el regional y particularmente en Colombia. Finalmente, el lector podrá encontrar las dos dimensiones principales de la actuación de la OIT la protección de los derechos de los trabajadores y la defensa de las comunidades indígenas y tribales, sin descuidar todos los demás temas que, a lo largo de su historia, se han convertido en ejes estratégicos de la búsqueda y consolidación del desarrollo humano y el progreso social y económico de los pueblos.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Vigilada Mineducación

