

ISSN 1657-6535 | e-ISSN 2805-993X

PRECEDENTE

REVISTA JURÍDICA

ENERO - JUNIO / VOL. 24

2024

Rosa Stephanie Ramírez Cerón
José Ramón Narvárez Hernández
Jesús Cadena Alcalá
María Liliana Castillo-Castillo
Stephanie Oliveros Ortiz
Diana Fernández Mejía
Juan Felipe Parra Rosas
Augusto Fernando Carrillo Salgado

PRECEDENTE
REVISTA JURÍDICA
ENERO - JUNIO / VOL. 24
2024

Esta es una publicación de la Facultad
de Ciencias Humanas
Universidad Icesi
Cali, Colombia

www.icesi.edu.co/precedente
precedente@icesi.edu.co

Calle 18 No. 122-135 Cali, Colombia
tel: +57 2 5552334, fax: +57 2 5551706

Universidad Icesi

Rector: Esteban Piedrahita Uribe

Secretaria General: María Cristina Navia

Director Académico: José Hernando Bahamón

Decano Facultad de Ciencias Humanas: Jerónimo Botero

Comité Editorial:

Roberto Gargarella (Ph.D.) / *Universidad Torcuato Di Tella, Argentina* / robert@utdt.edu

Carlos Petit (Ph.D.) / *Universidad de Huelva, España* / cpetit@uhu.es

Diego López Medina (Ph.D.) / *Universidad de los Andes, Colombia* / dlopez@uniandes.edu.co

Lina F. Buchely (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / lfbuchely@icesi.edu.co

Mario Alberto Cajas (Ph.D.) / *Universidad Icesi, Colombia* / mcajas@icesi.edu.co

Luis María Bandieri (Ph.D.) / *Pontificia Universidad Católica de Argentina, Argentina* / bandieri@fibertel.com.ar

Julio Ríos Figueroa (Ph.D.) / *Centro de Investigación y Docencia Económicas, México* / julio.rios@cide.edu

Comité Científico:

Andrés Botero Bernal (Ph.D.)

aboterob@uis.edu.co

Universidad Industrial de Santander, Colombia

Jorge Esquirol (Ph.D.)

esquirol@fiu.edu

Florida International University, EE.UU

David Landau (Ph.D.)

dlandau@law.fsu.edu

Florida State University, EE.UU

Mauricio García (Ph.D.)

mvillegas@wisc.edu

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

Juan Pablo Sarmiento Erazo (Ph.D.)

jpsarmiento@uninorte.edu.co

Universidad del Norte, Colombia

Editor:

Luis Felipe Giraldo Gómez (Ph.D.): lfgiraldo@icesi.edu.co

Coordinador de la Editorial Universidad Icesi:

Adolfo A. Abadía: aaabadia@icesi.edu.co

Asistente Editorial:

Laura Daniela Millares: ldmillares@icesi.edu.co

Revisión de Estilo:

Juan Manuel Eslava Gordillo: jmanueleslava@yahoo.com

Diseño Original: Pablo Andrés Sánchez

Diagramación: Natalia Ayala Pacini: nataliaayalaph@gmail.com

A.A. 25608

Tel. 321 20 10

Fax: 555 17 06

E.mail: precedente@icesi.edu.co

Cali, Colombia

ISSN 1657-6535 | e-ISSN 2805-993X

Agradecemos a los siguientes pares evaluadores:

Diego Acosta Arcarazo <i>Universidad de Bristol</i> (Inglaterra)	Sara de Vido <i>Università Ca' Foscari Venezia</i> (Italia)
Gabriela Mendizábal Bermúdez <i>Universidad Autónoma</i> <i>del Estado de Morelos</i> (México)	Ruth Mestre i Mestre <i>Universidad de Valencia</i> (España)
Roberto Gargarella CONICET (Argentina)	Viridiana Molinares-Hassan <i>Universidad del Norte</i> (Colombia)
Alberto Escamilla Cadena <i>Universidad Autónoma Metropolitana</i> (México)	Sandra Miled Hincapié Jiménez <i>Universidad de Guadalajara</i> (México)
Luis Antonio Corona Nakamura <i>Universidad de Guadalajara</i> (México)	Pedro Luis Bracho-Fuenmayor <i>Universidad Tecnológica Metropolitana</i> (Chile)
Carlos Hakansson <i>Universidad de Piura</i> (Perú)	Jairo Enrique Lucero Pantoja <i>Universidad de O'Higgins</i> (Chile)

Precedente es la revista jurídica semestral de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Icesi de Cali, Colombia. Es una publicación que reúne el trabajo inédito de académicos nacionales y extranjeros que abordan temas generales de Teoría Jurídica, Derecho Comparado, Historia del Derecho y dogmática jurídica en derecho civil, comercial, laboral, constitucional, administrativo, penal, entre otros. El objetivo fundamental de *Precedente* es que la producción intelectual de sus autores se difunda y se divulgue al punto de hacer de ella una fuente privilegiada de investigación y de deliberación racional, dado el carácter reflexivo, crítico y constructivo de los artículos, reseñas y resúmenes que la componen. Su contenido es, por demás, puesto sin restricción alguna a la libre disposición de la comunidad jurídica global.

Para garantizar un proceso editorial sólido y de la más alta calidad, los artículos, reseñas y resúmenes preseleccionados por el cuerpo editorial, son enviados a pares expertos, quienes a través de un estricto proceso de evaluación, bajo el sistema doble ciego, garantizan que los resultados publicados respondan a las necesidades y expectativas de la comunidad académica, siguiendo los principios de pertinencia y solidez investigativa. Los volúmenes de *Precedente* se publicarán en los meses de enero y julio de cada año. Los requisitos de publicación pueden ser consultados en la siguiente dirección electrónica: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, autor, fuente institucional, y se respete la integridad del contenido publicado y la del autor.

Correspondencia y sitio web:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

Precedente is the **legal journal** of the School of Human Sciences at Icesi University in Cali, Colombia, issued **twice a year**. This journal gathers unpublished works of local and foreign scholars who focus on the legal history, comparative law, legal theory, and legal dogmatics in civil, commercial, labor, constitutional, administrative, criminal law, among others. Due to the reflective, critical, and constructive nature of the articles, recensions and reviews that published the Journal, *Precedente*'s primary objective is to divulge and disseminate its authors' research, to the point of making them a fundamental source for future scholarship, as well as the basis of rational deliberation. *Precedente* is a free and open access scholarly journal published to the legal global community.

Using a **peer-reviewed editorial process** that ensures anonymity throughout the entire publication process, *Precedente* guarantees not only a high-quality selection process, but also useful articles that respond to the needs and expectations of the legal community. *Precedente* is issued at the end of January and July every year. For submission guidelines, please visit: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/about/submissions#authorGuidelines>

The material in this publication may be reproduced without prior consent if the title, author's name, and original source are referenced. Additionally, the integrity of the published content and that of the author must be respected.

E-mail address for correspondence and website:
precedente@icesi.edu.co
www.icesi.edu.co/precedente

ÍNDICE

El desplazamiento ambiental en Colombia: Retos y avances de la Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional

Environmental Displacement in Colombia: Challenges and Progress of Judgment T-369 of 2021 from the Constitutional Court

Deslocamento ambiental na Colômbia: Desafios e Avanços da Decisão T-369 de 2021 do Tribunal Constitucional

Rosa Stephanie Ramírez Cerón _____ 11

Metodología para la interpretación constitucional desde el modelo de la justicia electoral mexicana

Methodology for Constitutional Interpretation from the Model of Mexican Electoral Justice

Metodologia para a interpretação constitucional a partir do modelo da justiça eleitoral mexicana

José Ramón Narváez Hernández, Jesús Cadena Alcalá _____ 41

Tensiones en la integración social a partir del acceso a salud y trabajo decente de la población migrante en Santiago de Cali

Tensions in Social Integration Based on Access to Health and Decent Work for the Migrant Population in Santiago de Cali

Tensões na integração social baseadas no acesso à saúde e ao trabalho digno para a população migrante em Santiago de Cali

María Liliana Castillo-Castillo, Stephanie Oliveros Ortiz,
Diana Fernández Mejía _____ 63

Saliendo del “closet pensional”: Un análisis desde la teoría queer de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación con la operatividad de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo en Colombia

Coming Out of the Pension Closet: An Analysis From the Queer Theory of the Rulings of the Supreme Court of Justice in Relation to the Operation of the Survivor's Pension in Same-sex Couples in Colombia

Saindo do ‘armário previdenciário’: Uma análise a partir da teoria queer das decisões da Corte Suprema de Justiça em relação à operacionalidade da pensão de sobrevivência para casais do mesmo sexo na Colômbia

Juan Felipe Parra Rosas _____ 97

NOVA ET VETERA

Un especialista en realismo político clásico y en la obra de Hans Kelsen

Entrevista realizada a Robert Schuett por:

Augusto Fernando Carrillo Salgado _____ 122

COMPLEMENTOS

Indicaciones para los autores _____ 143

Instructions for authors _____ 149

ARTÍCULOS

Rosa Stephanie Ramírez Cerón*

Investigadora independiente

teph.rc@gmail.com

**El desplazamiento ambiental en Colombia:
Retos y avances de la Sentencia T-369 de 2021
de la Corte Constitucional****

*Environmental Displacement in Colombia:
Challenges and Progress of Judgment T-369 of 2021
from the Constitutional Court*

*Deslocamento ambiental na Colômbia:
Desafios e Avanços da Decisão T-369 de 2021
do Tribunal Constitucional*

Reporte de caso: recibido 15/01/2024 y aprobado 09/02/2024

* Abogada de la Universidad de Nariño (Colombia), especialista en Derecho Público, magíster en Derecho y magister en Estudios Sociales y Políticos, títulos de posgrado obtenidos en la Universidad Icesi (Colombia). Con énfasis en Derecho Constitucional, DIH y Derecho Administrativo, con experiencia en el sector público, ONG e investigación. Publicaciones recientes: Ramírez, R. (2021). La vivienda ¿un derecho o una barrera para la población con discapacidad? - caso de estudio sobre adjudicación de viviendas de interés social. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 5(1), 245-271, ISSN 2525-1643. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6287-8327>

** La autora declara que no existe conflicto de interés alguno para la presentación del presente artículo en la revista de referencia. Además, este artículo no se encuentra relacionado con ninguna investigación en curso.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.6665>

Cómo citar:

Ramírez Cerón, R. S. (2024). El desplazamiento ambiental en Colombia: Retos y avances de la Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional. *Precedente Revista Jurídica*, 24, 11-40. <https://doi.org/10.18046/prec.v24.6665>



Resumen

La Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional de Colombia revisa uno de los casos de desplazamiento surgidos a raíz de la desviación del río Cauca para el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango (Hidroituango), que revela diferentes focos de corrupción y afectaciones ambientales. Esta decisión constitucional conlleva la revisión de las rutas de atención que la jurisprudencia ha establecido para el manejo de este tipo de movimiento migratorio humano. No obstante, esta investigación permite concluir que el mencionado camino de atención para el desplazado ambiental es insuficiente. Teniendo en cuenta que la incorporación de la categoría de migración, desplazamiento y refugio ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano es precaria y no diferenciada, el énfasis en estos conceptos permitiría la creación de una ruta integral de atención enfocada en el antes, durante y después de la catástrofe ambiental que genera el movimiento humano.

Palabras clave: desplazamiento ambiental; derecho migratorio; derecho constitucional.

Abstract

In the Judgment T-369 of 2021, the Constitutional Court of Colombia reviews a case of human displacement caused by the diversion of the Cauca River for the Pescadero Ituango Hydroelectric Project (Hidroituango). This constitutional decision highlights the various routes established by jurisprudence for managing environmental displacement. However, this research aims to demonstrate that the existing protocols for addressing environmental displacement are not sufficient, especially considering that the incorporation of this special category of human migration into the Colombian legal system is necessary. Giving prominence to these concepts would facilitate the creation of a comprehensive care pathway focused on every stage of the environmental catastrophe generated by human movement.

Keywords: Environmental Displacement; Migration Law; Constitutional Law.

Resumo

A Decisão T-369 de 2021 do Tribunal Constitucional da Colômbia analisa um dos casos de deslocamento ocorridos por ocasião do desvio do rio Cauca para o Projeto Hidrelétrico Pescadero Ituango (Hidroituango), revelando diversas fontes de corrupção e impactos ambientais. Esta decisão constitucional implica uma revisão dos caminhos de cuidado que a jurisprudência tem estabelecido para a gestão deste tipo de movimento migratório humano. No entanto, esta pesquisa visa demonstrar que o

referido caminho de cuidado aos deslocados ambientalmente é insuficiente. Tendo em conta que a incorporação da categoria de migração, deslocamento e refúgio ambiental no ordenamento jurídico colombiano é precária e indiferenciada, a ênfase de esses conceitos permitiriam a criação de um roteiro de cuidado integral focado no antes, durante e depois da catástrofe ambiental gerada pela movimentação humana.

Palavras-chave: deslocamento ambiental; direito de imigração; direito constitucional.

Introducción

El desplazamiento forzado es un fenómeno constante a lo largo de la historia de la humanidad (Rubio Correa, 1999) y ha recibido especial atención jurídica desde la Primera Guerra Mundial. Este fenómeno obedece a diversas causas, como los conflictos externos, internos y regionales. No obstante, las cifras de estos desplazamientos están creciendo de forma significativa por otras problemáticas que causan violaciones graves en materia de derechos humanos. Para el año 2020, ACNUR estimó que un aproximado de 83 millones de personas fueron desplazadas por la fuerza alrededor del globo. De esta cantidad, 3.7 millones de personas se encuentran refugiadas en Turquía, 1.7 en Colombia, 1.4 en Pakistán, 1.4 en Uganda, entre otros.

Estos datos arrojan un foco de atención sobre Colombia, en la medida que ha sido uno de los mayores receptores de población refugiada y migrante, especialmente, desde la década del 2010 (ACNUR, 2020), debido a los problemas de orden público en la vecina Venezuela. Sin embargo, estos no son los únicos problemas migratorios a los que se enfrenta el país, ya que se presenta una alta tasa de desplazamiento causada por el conflicto armado (El Espectador, 2020).

Estos diversos problemas sociales han llevado a la intervención de la Corte Constitucional, que ha declarado el estado de cosas inconstitucional, generando desarrollos jurisprudenciales que podrían aplicarse a otras migraciones forzadas con causas diferentes a las mencionadas. Así, ante las crisis ambientales derivadas del mal manejo de los recursos naturales, el cambio climático y la sobrepoblación, la categoría de desplazado ambiental toma especial fuerza. Por tanto, en el presente artículo se propone su estudio con el fin de desarrollar rutas especiales para el manejo de las víctimas de este tipo de desplazamiento.

En este contexto, es pertinente revisar la Sentencia T-369 de 2021, en que la Corte Constitucional de Colombia revisa el caso del desplazamiento ambiental ocurrido con ocasión del desvío del río Cauca para el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, revelando diferentes focos de corrupción y afectaciones ambientales (Zuleta, 2021). Las Empresas Públicas de Medellín (en adelante, EPM) desarrollaron el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango (Hidroituango); sin embargo, los requerimientos del proyecto sobrepasaron la capacidad de la empresa titular y la de sus subcontratistas. Esto se evidenció en la entrega de infraestructura y el incumplimiento de cronogramas, que incluían la obra principal de construir dos compuertas para los túneles de desviación. Esta

se acabó demorando aproximadamente ocho meses y retrasó de forma general la puesta en marcha del proyecto.

Este retraso causó que EPM recibiera una sanción multimillonaria por el incumplimiento contractual; queriendo evitar esto, la empresa no siguió los lineamientos del diseño original y no realizó la construcción de dos compuertas en los túneles de desviación existentes. En su lugar, en la construcción se introdujo otro túnel o galería auxiliar de desviación con su compuerta, que taponó los dos túneles ya construidos por donde había corrido el cauce del río Cauca por casi cinco años.

La premura en estos procesos llevó a que, en el momento de efectuar la inundación del embalse programada para finales de abril de 2018, el río Cauca causara un desastre natural en el que, con el colapso de la galería auxiliar de desvío del proyecto, se registró el aumento incontrolable de su caudal. Fue necesario evacuar a unas tres mil personas de siete municipios de la zona, incluido el accionante que promueve la tutela que resultaría en la Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional, objeto de estudio de este artículo.

Cabe aclarar que, aunque el estudio que realiza la Corte es un punto de referencia, resulta imperativo para la revisión incluir la categoría del desplazamiento ambiental y desarrollar una ruta de atención que abarque todos los aspectos que se ven afectados por esta tipología específica de movimiento humano. Así, para este análisis jurisprudencial se incluye la revisión de un marco conceptual de desplazamiento y refugio ambiental, los antecedentes jurisprudenciales de la sentencia que se tomaron en cuenta para el desarrollo de la misma y, finalmente, el estudio a profundidad de la sentencia en relación con los elementos previamente mencionados.

El artículo busca demostrar que, tras el análisis de la sentencia, existen puntos importantes de discusión sobre las rutas de atención para los desplazados ambientales, especialmente, frente al manejo que las autoridades hacen con respecto a los Principios rectores de los desplazamientos internos (en adelante, principios Deng) y la necesidad de medidas que permitan el reasentamiento de los grupos humanos afectados. Esto se aborda desde una perspectiva que resalta la categoría de desplazamiento ambiental, a fin de lograr el desarrollo de una ruta de atención enfocada al manejo de este tipo de migración forzada.

Marco conceptual del desplazamiento y refugio ambiental

El desplazamiento forzado es un tema de profundo interés para el mundo jurídico desde la Primera Guerra Mundial, en especial su categorización como refugio. En palabras de Frank Krenz (1983), esta es una noción de origen europeo que implica la creación de un estatus y conjunto de derechos que permiten solventar la situación de las miles de personas que se desplazaron para buscar asilo definitivo. El panorama de posguerra se mostró como un período de incertidumbre y desarraigo para aquellos que se vieron obligados a movilizarse. Esto, en parte, se debe a que las prácticas anteriores de asilo tuvieron una aspiración de regulación territorial e individual, pensadas para pequeños movimientos humanos (Rubio Correa, 1999).

Como parte de los antecedentes, cabe mencionar el acuerdo del 12 de mayo de 1926 de la Oficina del Alto Comisionado para Refugiados de la Liga de Naciones, en el que se define el *refugio* como un asunto de derecho. A pesar de existir otros antecedentes importantes emitidos por el mismo organismo, como los acuerdos del 5 de julio de 1922 y el 31 de mayo de 1924 (Rubio Correa, 1999), este acuerdo ofrece una definición de carácter jurídico-técnico que será retomada en diversas ocasiones. Otro referente importante es el Convenio para la Atención de Refugiados Provenientes de Alemania del 10 de febrero de 1938, en el cual se incorpora la formulación de una cláusula de exclusión que consagró que la búsqueda de refugio debe obedecer a motivaciones más allá de la simple conveniencia personal (Rubio Correa, 1999).

Con el papel integrador de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, la búsqueda de asilo fue considerada en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que precisa que: “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar **asilo**, y a disfrutar de él, en cualquier país”. Dentro de esta formulación, es posible notar la importancia de la palabra *asilo* como parte del núcleo esencial de este derecho humano. Al implementarse el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se encuentra una necesidad especial de protección para la población refugiada, por lo cual se establece su salvaguarda a nivel internacional por medio del Estatuto de ACNUR de 1950, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el protocolo adicional de 1967. Así, se crea un sistema de protección para la población migrante que proporcionaría garantías adicionales e instaura importantes desarrollos desde el preámbulo de la Convención de 1951:

Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los **refugiados** el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales,

Considerando que es conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados,

Considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional,

Este preámbulo impulsó cambios significativos con respecto al sistema previo. Por ejemplo, acogió una definición universal del término *refugiado* e instauró las bases de la protección mínima para esta población. Estas salvaguardas aún son aplicables, con sus adecuaciones, a la fecha de escritura de este artículo (Rubio Correa, 1999).

El significado del término *refugiado* se asocia a la reubicación y protección de la vida humana amenazada por disturbios de orden público. Se requiere de la protección internacional para garantizar sus derechos fundamentales al tener que realizarse un movimiento migratorio interfronterizo o transnacional. El regresar a su país implica un alto peligro y el riesgo de vulneración de sus derechos humanos, por lo que, dentro de las salvaguardas implementadas en la Convención, está la prohibición de expulsión y devolución, con sus respectivas salvedades (Ruz, 2015).

El documento de Naciones Unidas sugiere:

el término migrante debe entenderse extensivo a todos los casos en los cuales la decisión de migrar se toma de manera libre por el individuo, por razones de conveniencia personal, sin que implique la intervención de algún factor externo que le obligue a tomar esta decisión. (Ruz, 2015)

En el pasado, las palabras *migrante* y *refugiado* se utilizaban como sinónimos, lo que ha cambiado. Mientras que la condición de *refugiado* se reviste de reconocimiento y protección internacional, el *migrante* no tiene un estatus

definido, por lo que el término cobija a cualquier movilización humana sea forzada o voluntaria. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, existe una delgada línea entre los términos *migrante forzado* y *refugiado*; sin embargo, esta discusión sustrae la atención de los requerimientos específicos de los refugiados, como la garantía de no devolución y la flexibilidad en la tipificación del cruce no autorizado de fronteras (ONU, 2016).

En 1963, la Organización para la Unidad Africana abordó los problemas específicos de la gobernanza y el refugio en el territorio de su continente. Esto se promulgó y adoptó en 1969 durante la Sexta Sesión Ordinaria, la OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (en adelante, la Convención de la OAU), por parte de la Asamblea de Cabezas de Estado y Gobierno. El documento entró en vigor en 1974.

J. O. Moses Okello (2014), antiguo representante de ACNUR en Etiopía, señaló que la principal afectación sobre el refugio en África se encontraba en la búsqueda de este estatus por parte de personas provenientes de los países que fueron colonias, forzadas a migrar por los conflictos y luchas en contra de la ocupación. Durante esta época, en el continente africano se desarrollaron conflictos internos en, al menos, seis países. Esta situación planteó un dilema paralelo a las luchas coloniales, en el sentido de que, si bien el yugo del colonialismo pudo relativamente superarse, esto no ocurrió frente a los conflictos internos (Okello, 2014).

La Convención de la OUA se promulgó con la intención de crear un estándar de tratamiento de los refugiados en los países de África. Debe resaltarse su artículo 5.º, que abarca la repatriación voluntaria, permitiendo cierta flexibilidad en las motivaciones que originan la migración (Okello, 2014). Este artículo imprime un componente de respeto al movimiento humano voluntario, sin distinción de caso. En la actualidad, a pesar de la vigencia de la Convención, los Estados parte no la han cumplido por diferentes factores, como las regulaciones internas y la pobreza de los Estados receptores de la población.

Los aportes de la Convención de la OUA se materializan en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados del año 1984, que fortalece la apertura de las situaciones que dan origen al refugio. Previamente, el artículo 1.º de la Convención de 1951 remitió la aplicación del término *refugiado* a las personas que se veían obligadas a moverse de su sitio habitual de residencia para salvaguardar la vida, la seguridad y la libertad de agresiones externas o circunstancias de orden público, principalmente ligadas al conflicto interno.

En 1984, esta definición se consideró inadecuada para el contexto de violencia política que vivía América Central. Así, a la definición general de refugio se le añadió la cláusula “u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Esto implica que la protección derivada del refugio se extiende a las personas que son víctimas de eventos en los que se causa la masiva violación de derechos humanos. La ampliación de la definición del concepto de refugiado permitió, de forma más clara, la protección frente a eventualidades de otra índole, como son los desastres naturales.

En 1976, Lester Brown propuso el concepto de *migrante ambiental*. Acorde con Romero y Ribeiro (2020), Brown advirtió del peligro alarmante que constituye el fenómeno para la comunidad internacional, en especial para los países isleños que se verían forzados a dejar sus hogares y sus territorios por causa de la elevación en el nivel del mar.

Aunque hubo otras aproximaciones al concepto, en 1985, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) usó la definición de El-Hinnawi para referirse a los desplazados ambientales como:

aqueellos que se han visto forzados a abandonar su hábitat tradicional, temporal o permanentemente, a causa de una marcada disrupción (natural o causada por el ser humano) que pone en peligro su existencia o afecta seriamente su calidad de vida. (El-Hinnawi, 1985, traducción libre)

Así: (i) la persona ha sido forzada a dejar su *lugar habitual de residencia*, sin importar (ii) si la movilización ocurre de forma temporal o permanente, y este (iii) desplazamiento ocurre por un desastre ambiental (natural o impulsado por humanos), (iv) que afecta gravemente su existencia y calidad de vida.

Debe enfatizarse que el daño ambiental referido puede desarrollarse de manera natural o como consecuencia de la actividad humana, lo cual comprende un amplio espectro de actividades por clasificar. Entre los años ochenta y noventa, autores como El-Hinnawi y Jacobson propusieron una tipología para la degradación ambiental que causa el movimiento migratorio, recogida por Arenas Hidalgo (2002), profesora de la Universidad de Huelva, en los siguientes términos:

- i) Por su origen: Se trata de los desastres principalmente causados por la actividad humana y la naturaleza.

- ii) Por su lapso temporal: Refiriéndose a la duración de los desastres como supervinientes o graduales.
- iii) Aquellos que no tienen una causa específica.

Arenas Hidalgo crítica esta categorización; especialmente, la de daño ambiental causado por el origen del desastre. Aquí la autora reflexiona sobre la interdependencia ecosistémica de los diferentes organismos de un medio específico, lo cual, en palabras de Barrass, implica que “todos los organismos son interdependientes, la gente no podría vivir sola, y las cosas que la gente hace en una parte del mundo pueden afectar las vidas de otras personas y organismos en otras” (Barrass, 1991, p. 337, traducción libre).

Barrass explica cómo el cambio climático afecta las condiciones en las que cada organismo se desarrolla en un ecosistema mediante relaciones con todo elemento que lo compone. Esto genera lazos de interdependencia con implicaciones también para los humanos, ya que somos una especie con un entramado complejo de relaciones que se vuelven necesarias para la supervivencia. Por lo tanto, la categorización de Hinnawi y Jacobson es esencialmente antropocéntrica y problemática con respecto a la generalización sobre el origen, puesto que el lugar del Estado y su responsabilidad no es tangible. Como alternativa, Arenas Hidalgo (2002) propone la siguiente clasificación:

- i) Los desastres naturales supervinientes y graduales.
- ii) Las catástrofes ambientales naturales, tecnológicas y militares.

Adicionalmente, Arenas Hidalgo (2002) realiza un análisis más complejo al identificar que las alteraciones ambientales no son la causa única del desplazamiento ambiental, sino que hay otros factores como el crecimiento demográfico acelerado, la escasez de territorio habitable y la falta de recursos necesarios para el normal desarrollo de la vida humana.

En 2018, ACNUR se manifestó sobre la importancia de tener en cuenta el aumento de los desastres y el cambio climático como factores que promueven el crecimiento del número de desplazados ambientales a nivel global. ACNUR, originalmente, se pronunció en los siguientes términos: “los desastres y el cambio climático son una preocupación creciente. Desde 2009, se estima que una persona cada segundo ha sido desplazada por un desastre, con un promedio de 22,5 millones de desplazados relacionados con el clima desde 2008” (ACNUR, 2018, s.p., traducción libre).

Estos movimientos humanos ocurren a causa de las sequías, la desaparición de fuentes de agua, la deforestación o los desequilibrios en los ecosistemas causados por las actividades extractivas, lo que permite vislumbrar un panorama más complejo, al tener en cuenta contextos como la eventual crisis energética global. Por lo tanto, resulta urgente acoger la categoría de refugiado ambiental como parte de las estrategias de resiliencia y adaptación de la especie humana.

Con lo anterior, se puede apreciar un contexto general del cambio de paradigma lingüístico, político y normativo en el concepto de refugiado. Estos avances permiten la categorización del refugio y desplazamiento ambiental como un tema de especial protección, con implicaciones de índole política y jurídica que exigen su reconocimiento y salvaguarda inmediatos.

Asimismo, debe entenderse que esta protección se extiende sin importar el tipo de catástrofe ambiental, su duración u otros problemas ocasionados por los fenómenos como el aumento demográfico, la escasez de recursos naturales o los problemas de ocupación de la tierra, entre otros. Por esto, para un mejor entendimiento de las transformaciones ecosistémicas y ambientales es necesario desligarse moderadamente de una visión estrictamente antropocéntrica. Esto permite flexibilidad en la construcción del origen del movimiento migratorio, además de facilitar la determinación de la responsabilidad del Estado como un agente activo en la ocurrencia de los desastres.

Antecedentes jurisprudenciales del desplazamiento ambiental en la Sentencia T-369 de 2021

22

La Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional de Colombia aborda el tema del desplazamiento ambiental en relación con el caso de Hidroituango. En su argumentación, la Corte Constitucional refiere al impacto del desplazamiento ambiental como consecuencia de la construcción del proyecto hidroeléctrico. En el fallo se destaca el uso de los principios Deng, como una herramienta para contextualizar y proteger al grupo poblacional que se ve forzado a migrar.

Los principios Deng, aunados a los DD. HH., DIH y derechos de los refugiados, constituyen un sistema de derechos y garantías para la protección de personas desplazadas. Este catálogo de principios busca proteger a esta población en todas las fases del desplazamiento, incluidas las etapas de prevención, protección y asistencia durante el desplazamiento y garantías para el retorno, reubicación interna y reasentamiento. Aunque se trata de una herramienta de *soft law*, la

Corte Constitucional los incluye como sustento a la atención prioritaria que debe darse a la población desplazada.

Para revisar la Sentencia T-369 de 2021, es necesario estudiar sus antecedentes jurisprudenciales con enfoque en tres temas de interés relacionados con el concepto de desplazamiento ambiental: (i) el impacto de los megaproyectos, (ii) el principio de solidaridad en relación con los desastres ambientales y (iii) algunos antecedentes jurisprudenciales frente a la ruta de atención para la población desplazada por desastres ambientales.

Reconocimiento constitucional del impacto de los megaproyectos

En la Sentencia T-369 de 2021 se tiene que en los procesos de construcción y puesta en marcha de megaproyectos han ocurrido problemas de índole ambiental y social, puesto que se pueden generar afectaciones importantes a las comunidades aledañas al modificarse significativamente sus condiciones de vida. En virtud de lo anterior, existe un deber especial de observación por parte del Estado para la protección de los derechos de los grupos sociales ubicados en la zona de influencia.

Dentro de los antecedentes identificados en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, se encuentran los hechos relacionados con la construcción y puesta en marcha de la represa Urrá I, proyecto ubicado en el departamento de Córdoba y que inició en el año 1980 a cargo de ISA. Posteriormente, se convirtió responsabilidad de CORELCA en 1982 y en 1992 pasó a ser de manejo de la Empresa Multipropósito Urrá S.A. El proyecto se sitúa sobre el río Sinú y genera impactos ambientales a la región por la desviación de la fuente hídrica y la inundación de secciones de los territorios del pueblo Embera-Katío. Conforme con la Sentencia T-652 de 1998, la estimación inicial del territorio inundado fue alrededor de cuarenta y tres hectáreas, pero posteriormente se utilizaron diferentes cálculos que generaron incertidumbre sobre la dimensión de la inundación.

En la Sentencia T-652 de 1998, se discuten diversos temas frente al proyecto y la comunidad indígena afectada. El fallo tiene como hilo conductor la consulta previa y los derechos ambientales de la comunidad Embera-Katío. Además de revisar temas como territorio, la identidad e integridad étnica y el derecho a la salud, se destaca la reiteración del derecho fundamental a la propiedad colectiva

de los grupos étnicos sobre su territorio, sosteniendo que el territorio está ligado a la supervivencia de los pueblos y tiene un significado para el desarrollo cultural característico.

Lo anterior no debe entenderse de forma aislada frente al manejo del Estado sobre la explotación de los recursos naturales. El artículo 330 de la Constitución Política de 1991 permite la extracción de los recursos naturales en los territorios indígenas, sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Esto impone un deber especial para el Estado y la necesidad de garantizar la participación de las comunidades con herramientas como la consulta previa. La Corte se pronunció en estos términos:

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. (Corte Constitucional, SU-039, 1997)

Por otra parte, deben tenerse en cuenta los aportes de la Sentencia T-194 de 1999, que le da continuidad al estudio del caso de la hidroeléctrica Urrá I. Aunque en el fallo no se accede a las peticiones realizadas por la comunidad, los aportes estudiados refieren a la revisión del proceso de degradación medioambiental que afecta a la cuenca del río Sinú, encontrando que el proceso de degradación ambiental no solo ocurrió por el proyecto Urrá I, sino que se trata también de un desgaste sistemático del recurso hídrico.

La cuenca hidrográfica del río Sinú cuenta con un patrón de población que contribuye a la deforestación y desecación de cuerpos de agua para la siembra y consumo del recurso hídrico. El manejo de estas actividades deriva en la contaminación de la ciénaga e inundaciones periódicas. Estas actividades datan desde finales del siglo XVII y se practicaron intensivamente durante los tres siglos siguientes (Corte Constitucional, T-194, 1999). A pesar de que la desecación de los cuerpos de agua en el proyecto Urrá I generó una afectación en los recursos naturales y las mecánicas comunitarias de la región, no puede considerarse un fenómeno espontáneo. Por el contrario, es necesario analizar

otros factores e intervenciones humanas que generaron el desgaste ecosistémico previo a los efectos de la hidroeléctrica.

En esta línea, la Corte se permite recordar que la Constitución Política de 1991 estableció un cambio importante en materia ambiental al involucrar a las autoridades administrativas en un rol más activo para la protección medioambiental. Este rol se refuerza con el deber social consagrado en el artículo 2.º de la Carta Política, texto que debe interpretarse en concordancia con el artículo 8.º superior, ya que este impone una serie de obligaciones frente a la protección de las riquezas naturales de la Nación.

Finalmente, en la Sentencia T-462A de 2014, en cuanto a las comunidades afectadas por megaproyectos, la Corte concluyó que: i) la búsqueda del bienestar general no puede conllevar el desconocimiento de los derechos de la población, ii) las comunidades no están obligadas a soportar responsabilidades a su cargo que no les corresponden, especialmente cuando se causan por el accionar del Estado, y iii) deben garantizarse los derechos de la comunidad afectada, especialmente el de participación.

De la revisión de estos antecedentes se concluye que: i) si bien los megaproyectos son importantes para el avance del país, sus consecuencias deben ser manejadas de tal forma que no generen un impacto irremediable en la comunidad y el ecosistema que se interviene; y ii) asegurar el derecho de participación de la comunidad es fundamental, en aras de tomar una ruta de acción que proteja los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados por las consecuencias de los megaproyectos. En este punto, se encuentran establecidas las bases para el tratamiento de las consecuencias de los megaproyectos en la Sentencia T-369 de 2021, por lo cual en el siguiente acápite se revisará cómo se materializa el principio de solidaridad en relación con las consecuencias de los desastres ambientales.

25

El principio de solidaridad en relación con los desastres ambientales

Otro antecedente crucial es la Sentencia T-1125 de 2003, cuyo aporte argumentativo se materializa en el manejo del principio de solidaridad frente a las catástrofes ocurridas con respecto a desastres que requieran la movilización humana a causa de la significativa alteración en las condiciones de vida de los habitantes. En este sentido, si bien el Estado es el primer llamado a realizar el manejo integral de la situación, no solo debe responder por los daños directos ocurridos, sino también por aquellos daños indirectos que generen afectaciones al grupo poblacional en cuestión.

De esta forma, es claro el papel de las autoridades dentro de la reparación del tejido social de la comunidad afectada. No obstante, el principio de solidaridad permitiría adentrarse en el rol de los miembros de una sociedad como participantes activos dentro del proceso de reconstrucción integral de los afectados, lo cual también se ve reflejado en el momento de la emergencia.

La ciudadanía no solo se integra con la comunidad afectada en los momentos de vulnerabilidad, sino que la gestión del desastre y la efectividad del principio de solidaridad van más allá e implican el desarrollo integral de herramientas educativas y familiares para que se promueva la apropiación de un rol proactivo en los procesos de mitigación, participación y prevención en el manejo de desastres naturales.

Otras sentencias importantes para el desarrollo del tema abordado en la Sentencia T-369 de 2021 son:

1. La Sentencia T-1075 de 2007, en la cual la Corte recuerda que la vulnerabilidad de la víctima de un desastre natural no puede cuestionarse por el desconocimiento de las situaciones que envuelven dicha condición. Esto se debe a que dicho desconocimiento conduce a una falta de comprensión del impacto del desastre y sus consecuencias en las diferentes esferas del desarrollo humano y comunitario, reiterando así la vulneración de otros derechos fundamentales de la víctima.
2. La Sentencia T-530 de 2011, reiterada en la Sentencia C-793 de 2014, donde el Tribunal Constitucional determinó la existencia de debilidad manifiesta para los damnificados de desastres naturales, por lo que se debe flexibilizar la formalidad de los procesos que impidan la restitución de los derechos de los afectados y su protección.
3. El fallo T-295 de 2013, reiterada en la Sentencia T-694 de 2013, en el cual se reconoce que el Estado debe accionar con inmediatez en las situaciones de emergencia, en aras de proteger los derechos fundamentales y prevenir mayores perjuicios en las víctimas de los desastres naturales.

De lo anterior, se desprende que el principio de solidaridad puede aplicarse de manera preventiva frente a la eventualidad de los desastres naturales, incorporando su aplicación en el sistema educativo y familiar. Este principio posibilita que la reacción del tejido social frente a una calamidad logre la

protección de los individuos afectados por los desastres, asegurando, en la medida de lo posible, la preservación de las dinámicas comunitarias para evitar un desarraigo en las víctimas del desastre natural.

Algunos antecedentes jurisprudenciales frente a la ruta de atención para la población desplazada por desastres ambientales

Vistos los antecedentes jurisprudenciales previos, es necesario abordar algunos aspectos que la Corte Constitucional ha desarrollado para el manejo del desplazamiento ambiental. En la Sentencia T-821 de 2007, la Corte resaltó el uso de los principios Deng, especialmente el derecho a la reparación integral por el daño causado, como un pilar fundamental para la garantía de todos sus derechos.

Esto debe analizarse de la mano de la Sentencia C-330 de 2016, que resalta que los principios Deng son un mecanismo de protección de la población desplazada y cuyos efectos se extienden a las personas que han tenido que salir de sus territorios por causas de violencia, conflicto armado o catástrofes naturales. Estos principios deben garantizarse a una población que se encuentre en situaciones de debilidad manifiesta y cuya situación no se encuentre protegida por completo por la normatividad vigente, generando un carácter de subsidiariedad.

Por otra parte, en la Sentencia T-971 de 2014, el alto tribunal acotó que el Estado deberá garantizar la sostenibilidad de las medidas en pro de la garantía de los derechos de las víctimas, con el objetivo de que estas puedan superar las situaciones que les generaron la disminución del goce de sus derechos fundamentales. En este contexto, es importante la protección de derechos como el trabajo digno y mínimo vital, ya que permiten el cumplimiento de otras condiciones que inciden directamente en la calidad de vida y dignidad de las personas.

Seguidamente, en la Sentencia T-038 de 2018, se resalta el papel del Estado en la atención de las personas que han sido víctimas de desastres ambientales, en la medida en que su actuar debe caracterizarse por la inmediatez y urgencia para evitar que las víctimas de los desastres naturales sufran una mayor vulneración en la esfera social, económica, política y ambiental. Estos derechos pueden garantizarse por vía de tutela en la medida que sea probada la necesidad y urgencia manifiesta del caso.

En líneas generales, el manejo que ha dado la Corte Constitucional en la ruta de atención de los desplazados ambientales implica: i) la responsabilidad

del Estado frente al manejo de esta población haciendo uso de herramientas como los principios Deng; ii) la obligación del Estado de garantizar los derechos de las víctimas, asegurando su sostenibilidad en la medida que se superen las condiciones que generaron el desplazamiento, y iii) la tutela como mecanismo de protección de ésta víctimas, entendiendo que existe un estado de necesidad y urgencia manifiesta probado.

Con la revisión de los antecedentes generales de la Sentencia T-369 de 2021 es posible abordar, en el siguiente acápite, el manejo principal que le dio la Corte al caso del señor William de Jesús Gutiérrez Nohavá, titular de la acción de tutela en contra de las Empresas Públicas de Medellín, por la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital y al acceso a la administración de justicia.

El desplazamiento ambiental para la Corte Constitucional en la Sentencia T-369 de 2021

La Sentencia T-369 de 2021 es uno de los pronunciamientos que realizó la Corte Constitucional frente al caso del señor William de Jesús Gutiérrez Nohavá. Esta decisión toma relevancia por el establecimiento de medidas por parte del Estado frente a la emergencia causada después del desastre ambiental vinculado al Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango y por el uso del término “desplazado ambiental” dentro de la publicidad que se le dio al fallo de tutela en las redes sociales de la Corte Constitucional; aunque no es la primera vez que la corporación utiliza estas palabras para resaltar el contenido de la sentencia frente a una decisión.

Entre los hechos que dan origen a la sentencia se encuentra que el accionante residía en la vereda El Astillero, corregimiento de Puerto Valdivia y que ejercía actividades de barequeo, pesca y agricultura para subsistir. El accionante residía en la vereda desde el año 2003. En este punto, debe tenerse en cuenta que en territorio de Hidroitungo se han presentado diferentes situaciones enmarcadas en el conflicto armado y la desaparición forzada.

A finales de abril 2018, con el colapso de la galería auxiliar de desvío (GAD) del proyecto Hidroitungo, se declara la emergencia en la zona por el aumento desmesurado del caudal del río Cauca. El 12 de mayo, las comunidades ribereñas se desalojan por la creciente súbita del río Cauca; alrededor de 3000 personas fueron desalojadas de los municipios de Sabanalarga, Ituango, Toledo, San Andrés de Cuerquia, Briceño, Valdivia y Caucasia. Dos días después, la

Gobernación de Antioquia declaró la situación de calamidad en el departamento y ordenó la adopción de un plan de acción durante la emergencia a cargo de EPM.

El 24 de mayo de 2018, en conjunto con otras entidades, EPM implementó un plan de respuesta frente a la emergencia. En este se contemplaba la entrega de ayudas humanitarias para cubrir las necesidades básicas de las comunidades afectadas. Destaca la entrega de un apoyo económico para el accionante, que se haría efectivo desde finales de 2018.

Es importante señalar que la zona donde se pretendía construir el proyecto se ubica en el cañón del río Cauca, en la parte correspondiente al departamento de Antioquia. El proyecto afectó a un profundo cañón conformado por dos cordilleras, la central y la occidental, formaciones montañosas caracterizadas por su inestabilidad. Además, el área que se interviene era bosque seco tropical, hogar de especies endémicas.

En 2020, EPM convocó al peticionario a una reunión en la que propuso pagarle una suma indemnizatoria a cambio de renunciar a una eventual acción de reparación directa. Adicionalmente, se le advirtió al solicitante que, en caso de no aceptar la oferta, cesaría la entrega del apoyo económico. El 14 de mayo de 2020 dejó de consignarse la ayuda humanitaria al accionante. Estos eventos, sumados a las circunstancias derivadas de la pandemia causada por el COVID-19, tuvieron graves repercusiones en la salud mental y calidad de vida del solicitante.

Así, la Sentencia T-369 de 2021 plantea este problema jurídico:

¿Empresas Públicas de Medellín EPM en calidad de ejecutora del megaproyecto de Hidroituango, la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y el Departamento Administrativo de Gestión del Riesgo de Desastres de la Gobernación de Antioquia, vulneraron los derechos fundamentales a la vida digna, al trabajo, a la vivienda digna, al mínimo vital y al debido proceso del señor William de Jesús Gutiérrez Nohavá, i) al suspender la entrega del apoyo económico dispuesto como mecanismo de asistencia a la población afectada con la creciente del río Cauca y ii) al no adoptar otras medidas que garantizarán su atención como población desplazada? (Corte Constitucional, T-369, 2021)

Para resolver este caso, la Corte aludió a los ejes temáticos de: i) los impactos sobre los DD. HH. de las comunidades aledañas a la construcción de megaproyectos, ii) el fundamento constitucional y el contexto normativo y

fáctico de las medidas económicas adoptadas por EPM en relación con el caso en cuestión. Para el análisis de esta sentencia, la ruta de revisión es diferente, ya que se enfoca en la aplicación del concepto de desplazamiento ambiental al caso en concreto y las acciones tomadas para la salvaguarda de los derechos fundamentales del accionante

La intervención de la Corte frente al desplazamiento ambiental, si bien se encuentra fundamentada en todo el texto, tiene puntos específicos que resaltar. Un ejemplo de esto es el uso de los principios Deng, que definen i) los derechos y garantías de la población víctima de desplazamiento y ii) la responsabilidad del Estado durante las diferentes etapas del desplazamiento, retorno, reasentamiento y reintegración. Como ya se revisó, esta no es la primera oportunidad en que la Corte Constitucional se pronunció al respecto y en esas ocasiones anteriores se ha dejado claro que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato.

Conforme a estos principios, las autoridades deben reconocer en favor de la población desplazada diferentes derechos, dependiendo de la etapa del desplazamiento en la cual se encuentren. Así, existe la responsabilidad del Estado antes, durante y después del movimiento humano. En este punto, debe resaltarse que en el caso de Hidroituango se han documentado fallas previas al desplazamiento y en las medidas para la reintegración de las víctimas, teniendo en cuenta que estas no han sido pensadas para ser duraderas.

Si bien se da por descontado que la ejecución de megaproyectos va a generar afectaciones en la vida comunitaria, se “debe observar estrictamente la protección oportuna y efectiva de los derechos fundamentales de las comunidades aledañas, especialmente cuando sus condiciones de vida han sido alteradas o modificadas por situaciones externas” (Corte Constitucional, T-369, 2021). En este sentido, el proyecto desconoció no solo un tema ambiental, sino también social, en la medida en que parte del arraigo de las víctimas de la catástrofe estaba ligada a un contexto previo de violencia y desaparición forzada.

Adicionalmente, es necesario estudiar el diseño del protocolo de apoyo económico implementado por EPM, por el cual se designó la entrega de una suma de dinero a las personas evacuadas del corregimiento de Puerto Valdivia, para que pudieran sustentar sus gastos básicos de subsistencia. El apoyo económico no estaba pensado para ser entregado de manera indefinida; su término estaba condicionado a la superación de la situación de riesgo, pero se mantendría en la medida en que las circunstancias de emergencia lo justificaran. En abril de 2020, EPM decidió terminar la ayuda humanitaria del peticionario, argumentando

que “i) la Circular 032 de 2019 había disminuido el nivel de alerta (de roja a naranja) en el municipio que anteriormente habitaba el peticionario y ii) este no había aceptado la oferta indemnizatoria” (Corte Constitucional, T-369, 2021).

Estos motivos resultan insuficientes, ya que las condiciones de vulnerabilidad del accionante persistían. En el marco situacional, las consecuencias de la catástrofe de Hidroituango permanecían, por lo que era necesaria la adopción de medidas que garantizaran la calidad de vida de los afectados y que estas se prolongaran hasta que se superará la situación que dio origen al desplazamiento. Estas medidas debían orientarse a “revertir los efectos de la condición de debilidad a la que han sido expuestos”, puesto que aún se encontraba la amenaza del desbordamiento del río Cauca (Corte Constitucional, T-369, 2021).

Además, las medidas planteadas no tomaron en cuenta otras afectaciones al grupo poblacional, derivadas de la alerta perpetua en las playas donde la comunidad ejercía labores como la pesca y el barequeo, y el impacto al ecosistema causó que no fluyeran los sedimentos necesarios para el ejercicio de la agricultura.

En el análisis que hace la Corte se encuentra que EPM planteó el plan de apoyo económico desconociendo el marco normativo del artículo 42 de la Ley 1523 de 2012, según el cual le atañe el deber de diseñar e implementar medidas de reducción del riesgo y planes de emergencia y contingencia, toda vez que su actividad económica se liga a la prestación de servicios públicos, ejecución de obras civiles mayores y el desarrollo de actividades industriales o de otro tipo que pueden significar riesgo de desastre para la sociedad.

Por otra parte, no tuvo en cuenta que en el Decreto 2018070001272 del 14 de mayo de 2018 la Gobernación de Antioquia le ordenó a EPM la implementación de un plan durante la emergencia y un plan de acción específico que considerara todos los factores que podrían afectar a la comunidad, en aras de evitar, mitigar o resarcir todo lo derivado de los eventos catastróficos.

Finalmente, la Corte analiza que las medidas adoptadas por EPM no se ajustan a los principios Deng, en especial, en lo concerniente a la fase de protección y asistencia durante el desplazamiento, puesto que el apoyo económico ofrecido se retiró sin revisar nuevamente las condiciones del solicitante. Esto genera otra observación, puesto que, aunque el apoyo ofrecido al actor le permitió subsanar inicialmente sus necesidades, no ofrecía en modo alguno la recuperación de sus condiciones de vida a futuro, sino que generaba una dependencia a un subsidio de forma indeterminada.

En consonancia con lo anterior, en la fase de soluciones duraderas, EPM no ofrece alternativa alguna para el retorno o reasentamiento voluntario del accionante ni alguna medida que le permita la construcción de otro proyecto de vida. Por el contrario, la falta de inclusión del concepto de desplazamiento ambiental en la proyección de estas medidas es notoria, ya que el flagelo del desplazamiento se aborda sin tener en cuenta el desarraigo experimentado por la comunidad en la construcción de su identidad.

En este sentido, se observa que, aunque la Corte hace un análisis minucioso de la ruta tomada por la EPM, aún falta la apropiación e inclusión del concepto del desplazamiento ambiental, especialmente, en la creación de medidas a largo plazo y soluciones duraderas. No solo debe observarse la situación del accionante, sino también la afectación global que el desastre natural generó en la comunidad, dado que el río Cauca formaba parte de la construcción de su idiosincrasia. En este contexto, la vulneración no se limita a los derechos ampliamente mencionados, sino que también afecta el sentimiento de solidaridad necesario para la reconstrucción social y del tejido comunitario. Al implementarse medidas de reparación que no toman en cuenta el tejido social, se aísla a los miembros de la comunidad y se hace más difícil asegurar el retorno y el reasentamiento.

En este punto, cabe analizar la ruta general de atención a víctimas de desplazamiento a causa del conflicto armado (Ley 1448 de 2011) y desplazamiento ambiental por desastres (Decreto 2157 de 2017).

En la ruta contemplada en la Ley 1448 de 2011 y normas concordantes, la responsabilidad de su implementación recae en las entidades que pertenecen al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas (SNARIV), coordinado por la Unidad para las Víctimas. La ruta mencionada puede resumirse así:

Ruta General Desplazamiento de la Ley 1448 de 2011

FASE UNO

Atención inmediata de la emergencia

- 1) Presentación del hecho victimizante en contra de un grupo, familia o persona.
- 2) Presentación de la declaración del hecho victimizante ante el Ministerio Público de la zona (personería, defensoría, procuraduría).
- 3) La entidad territorial municipal entrega la ayuda humanitaria inmediata para la subsistencia mínima en condiciones de dignidad.
- 4) Activación de escenario institucional o red de comunicación para la atención y acceso a los derechos: ayuda humanitaria, identificación, educación, salud, reunificación familiar, generación de ingresos y los concernientes a la reparación integral.
- 5) Con la declaración, la Unidad de Víctimas evalúa si la ocurrencia del hecho se dio en el marco del conflicto armado, y declara si la persona es víctima del conflicto armado. De ser así, es incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV); de lo contrario, finaliza la ruta.
- 6) De acuerdo con las necesidades del núcleo familiar se entrega un aporte correspondiente a la ayuda humanitaria de emergencia, de la cual se encarga la Unidad de Víctimas, hasta que cese la condición de vulnerabilidad o se realice la reparación.

FASE DOS

Estabilización: una vez la persona o núcleo familiar es reconocido como Víctima del conflicto armado, inicia un proceso para su reparación integral

- 1) Si es un sujeto colectivo de reparación, se realiza un plan de reparación integral, donde se priorizan las necesidades de la población, brindando especial atención al enfoque diferencial. Si es de manera individual, se realiza un plan para la reconstrucción del proyecto de vida de la persona o familia; se efectúa un análisis para saber si existe posibilidad de retorno o reubicación y, de acuerdo con la composición del grupo familiar, se ofrece la reunificación, la oferta educativa y la portabilidad de salud. Adicionalmente, se realiza una definición de la posibilidad de establecer un proyecto productivo o empleabilidad de acuerdo con el perfil de la persona. Para algunos hechos victimizante que hayan devenido en una discapacidad, existen programas de rehabilitación funcional y para todas las víctimas, como el Programa de Atención Psicosocial a Víctimas (PAPSIVI).
- 2) Se busca que las personas estén en igual o mejores condiciones sociales, económicas y políticas que las anteriores al hecho.
- 3) Estas acciones son acompañadas por sus responsables en la implementación, con el fin de obtener condiciones de sostenibilidad en el tiempo y recuperar los proyectos de vida que fueron afectados por el hecho victimizante.

Para efectos de este artículo, la ruta presentada en la Ley 1448 de 2011 se analiza en fases; sin embargo, en la normativa se plantean diferentes acciones administrativas y penales para el acceso a la justicia de las víctimas. Como se puede observar, en esta ruta existen componentes específicos para el trato de la población desplazada, atendiendo a las necesidades de las víctimas y desarrollando componentes específicos con diferentes enfoques para el tratamiento de la población.

Por otra parte, en el marco del Decreto 2157 de 2017, la Unidad de Gestión del Riesgo de Desastres en Colombia (UNGRD) es la encargada de la implementación y acompañamiento del proceso plasmado en sus artículos. La ruta puede describirse así:

Ruta General Damnificados por Desastres Ambientales Decreto 2157 de 2017

- 1) Conocimiento del hecho: tras la ocurrencia del hecho, se reporta a la entidad territorial municipal y se realiza una articulación con la UNGRD presente en el territorio.
- 2) Se realiza el levantamiento de un censo. En el mismo se dispone la evaluación del desastre a través de registros fotográficos de la zona o lugar de presencia del hecho.
- 3) Se expide un acto administrativo para determinar el apoyo financiero que se puede otorgar a los damnificados.
- 4) Se hacen efectivos los mecanismos de atención dispuestos en el plan para mitigar la consumación del riesgo.

Nota: Estos apoyos financieros cuentan con un término de caducidad y no evalúan las diferentes órbitas y derechos afectados por el desastre en el proyecto de vida de las víctimas.

34

Este decreto define como *damnificado* a la persona que recibió una afectación a consecuencia de un desastre producido por causas naturales o humanas. Esta definición se considera incompleta, en cuanto la ruta de acción buscará resolver, transitoriamente, los efectos de la catástrofe ambiental y no las consecuencias sociales del reasentamiento y reconstrucción del tejido social. En este sentido, se observa la falta de atención a un problema desde las perspectivas jurisprudencial y normativa: la primera, en relación con la aplicación subsidiaria de los principios Deng, y la segunda, por un manejo de la crisis sin contexto.

Adicionalmente, el decreto incorpora la responsabilidad para aquellas empresas que ejerzan actividades de prestación de servicios públicos, obras

civiles mayores, actividades industriales y otras que constituyan riesgo según la UNGRD. En el marco de los procesos de gestión de riesgo de desastres, las empresas deben establecer planes para mitigar y atender los riesgos derivados del ejercicio de su actividad.

Dentro de estos planes se debe prever los posibles riesgos derivados de la actividad. En el ámbito público, las empresas deben prevenir los factores de riesgo a los que se ve expuesto el territorio y que afectan directamente a la población de acuerdo con sus asentamientos, por ejemplo: sequías, olas invernales, heladas, deslizamientos, entre otros. Sin embargo, estos instrumentos son diligenciados sin evaluar con exactitud los riesgos y las formas de mitigar y atender el desastre, ya que se tornan en fórmulas que reciben tratamiento solo en el contexto de la emergencia, sin considerar el impacto social que implica la ruptura de la relación entre la población y el territorio.

Así, no hay una ruta única que garantice los derechos de las víctimas de los desastres naturales, ya que se supedita a las medidas de atención dispuestas en los planes. Además, el acceso a la oferta generalmente se hace cuando existe un número suficiente de familias afectadas que permite el levantamiento del censo y estudio del caso general. En este orden, existen muchas barreras en la atención de casos individuales, lo que impide el acceso de los afectados a la ruta de atención de emergencia.

Por lo tanto, se torna urgente la inclusión de la categoría de desplazamiento ambiental en el ordenamiento normativo y en la jurisprudencia, toda vez que esta integra diferentes aspectos en la adopción de rutas y medidas que permitan que los grupos humanos logren un reasentamiento respaldado por procesos de resiliencia y adaptación.

Conclusiones y recomendaciones

En primer lugar, este artículo destaca la necesidad imperante de categorizar el desplazamiento ambiental como una forma específica de migración, con su propio marco normativo que responda a las necesidades especiales de este tipo de movimientos humanos. Esto es crucial, ya que las rutas de atención planteadas por instrumentos como los principios Deng tienen carácter de subsidiariedad en caso de que no haya otras herramientas de derecho disponibles. Se debe pensar en mecanismos específicos para el caso colombiano en concreto, toda vez que el desplazamiento interno en el país ha sido abordado principalmente en el contexto del conflicto armado.

En segundo lugar, la jurisprudencia nacional se erige como una herramienta para garantizar los derechos fundamentales de las víctimas del desplazamiento ambiental. No obstante, toda la atención a estos grupos poblacionales no puede estar en cabeza de la jurisdicción constitucional. Es esencial que el Estado, en su totalidad, asuma la responsabilidad de brindar una atención integral para estas personas.

En tercer lugar, no debe desconocerse que el ordenamiento colombiano cuenta con otras herramientas de atención efectiva para el caso del desplazamiento ambiental. Esto implica que existe una base sobre la cual edificar una normativa integral que atienda la prevención de este desplazamiento, la gestión de la catástrofe mientras ocurre y las medidas a largo plazo para el reasentamiento humano del individuo o la comunidad.

En cuarto lugar, existe la necesidad de fijar una ruta base que contenga un análisis de competencias y responsabilidades en el marco del restablecimiento y mitigación de las vulneraciones a los derechos de los desplazados ambientales en la esfera individual y colectiva. Adicionalmente, se hace imperiosa la necesidad del control y seguimiento a la implementación de las medidas para la prevención, atención y reparación de las víctimas de desplazamiento ambiental, con el fin de que estas medidas sean contextualizadas al territorio, teniendo en cuenta la diversidad poblacional y medioambiental del país, y, sobre todo, que sean medidas sostenibles.

En última instancia, se considera que el campo de investigación para el desplazamiento ambiental en Colombia se encuentra abierto a la exploración. Son pocos los textos referentes a la materia en el país, por lo que debería ser un área de interés prioritario, teniendo en cuenta las problemáticas que se avecinan como consecuencia del cambio climático.

Referencias

- ACNUR. (2020, 16 de diciembre). ¿Qué es un desplazamiento ambiental? https://eacnur.org/blog/que-es-un-desplazado-ambiental-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/
- Arenas Hidalgo, N. (2002). La degradación medio ambiental y los desplazamientos de población. <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/170.pdf>

- Barrass, R. (1991). Interdependence: organisms and their environment. En R. Barrass, *Mastering Science* (pp. 337-348). https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-11075-9_30?error=cookies_not_supported&code=239042a7-1a2d-4210-ab11-92d2b8c8e127
- Bernasconi, A. (2007). El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 20(1), 9-37. <https://revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/665>
- Black, R. (2001). Environmental refugees: myth or reality? *NEW ISSUES IN REFUGEE RESEARCH*. University of Sussex Falmer.
- Congreso de la República. (3 de marzo de 2016). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. [Ley 1448 de 2011]. D.O: 48.096.
- Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1998). Sentencia T-652 de 1998 [M.P. Gaviria, C.].
- Corte Constitucional. (25 de marzo de 1999). Sentencia T-194 de 1999 [M.P. Gaviria, C.].
- Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2003). Sentencia T-1125 de 2003 [M.P. Monroy, M.].
- Corte Constitucional. (5 de octubre de 2007). Sentencia T-821 de 2007 [M.P. Botero, C.].
- Corte Constitucional. (13 de diciembre de 2007). Sentencia T-1075 de 2007 [M.P. Pinilla, N.].
- Corte Constitucional. (7 de julio de 2011). Sentencia T-530 de 2011 [M.P. Sierra, H.].
- Corte Constitucional. (31 de agosto de 2011). Sentencia C-644 de 2011 [M.P. Palacio, J.].
- Corte Constitucional. (19 de enero de 2012). Sentencia T-009 de 2012 [M.P. Pinilla, N.].
- Corte Constitucional. (13 de marzo de 2013). Sentencia T-135 de 2013 [M.P. Palacio, J.].

- Corte Constitucional. (21 de mayo de 2013). Sentencia T-295 de 2013 [M.P. Correa, M.].
- Corte Constitucional. (20 de junio de 2013). Sentencia T-355 de 2013 [M.P. Pretelt, J.].
- Corte Constitucional. (8 de octubre de 2013). Sentencia T-694 de 2013 [M.P. Pretelt, J.].
- Corte Constitucional. (1 de abril de 2014). Sentencia T-198 de 2014 [M.P. Rojas, A.].
- Corte Constitucional. (8 de julio de 2014). Sentencia T-462A de 2014 [M.P. Pretelt, J.].
- Corte Constitucional. (29 de octubre de 2014). Sentencia C- 793 de 2014 [M.P. Mendoza, M.].
- Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2014). Sentencia T-971 de 2014 [M.P. Palacio, J.].
- Corte Constitucional. (8 de febrero de 2016). Sentencia C-035 de 2016 [M.P. Ortiz, G.].
- Corte Constitucional. (23 de junio de 2016). Sentencia C-330 de 2016 [M.P. Calle, M.].
- Corte Constitucional. (16 de febrero de 2018). Sentencia T-038 de 2018 [M.P. Fajardo, D.].
- 38 Corte Constitucional. (22 de marzo de 2019). Sentencia T-129 de 2019 [M.P. Reyes, J.].
- Corte Constitucional. (22 de enero de 2020). Sentencia SU-014 de 2020 [M.P. Reyes, J.].
- Corte Constitucional. (26 de octubre de 2021). Sentencia T-369 de 2021 [M.P. Reyes, J.].
- Corte Constitucional. [@CConstitucional]. (2021, 17 de diciembre). *#LaCorteInforma | Corte protegió derechos de hombre víctima de desplazamiento por la emergencia ambiental en Hidroituango* [tweet]. Twitter. <https://twitter.com/cconstitucional/status/1471860233739898894>

- Deng, F. M., & Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. (1998, 11 de febrero). Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas [Informe]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf>
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (20 de diciembre de 2020). Por medio del cual se adoptan directrices generales para la elaboración del plan de gestión del riesgo de desastres de las entidades públicas y privadas en el marco del artículo 42 de la Ley 1523 de 2012. [Decreto 2151 de 2017]. D.O:50.453.
- El-Hinnawi, E. (1985). *Environmental Refugees*. United Nations Environmental Programme.
- Internal Displacement Monitoring Center (IDMC). (2018, mayo). Global Report: Internal Displacement. Norwegian Refugee Council. <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2018/downloads/2018-GRID.pdf>
- Krenz, F. (1983, 19 de abril). La Definición del Refugiado. En *Asilo Político y Situación del Refugiado*. Ministerio de Relaciones exteriores y culto [ACNUR]. Seminario. La Paz, Bolivia.
- Okello, J. O. (2014, 15 de diciembre). La Convención de la OUA de 1969 y el desafío permanente de la Unión Africana. *Forced Migration Review*. <https://www.fmreview.org/es/fe/okello>
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016. En CCPR/C/127/D/2728.
- Refugiados, A. C. D. L. N. U. P. L. (2016, 16 de marzo). Preguntas frecuentes sobre los términos «refugiados» y «migrantes». UNHCR. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/3/5b9007344/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes.html>
- Romero, T. G. y Ribeiro, C. L. (2020). *Migration Flows and the Basic Categories of Refugees: The Importance of International Law Protection*. En F. da S. Veiga, R. M. Gonçalves (Dirs.), F. Martins, G. M. Rodríguez (Coords.),

Direitos Fundamentais e inovações no direito (pp. 181-190). Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7477326>

Rubio Correa, P. (1999). El Concepto de Refugiado en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951: Tratamiento normativo y realidad. *Agenda Internacional*, 6(12), 137-148. <https://doi.org/10.18800/agenda.199901.008>

Ruz, C. (2015, 28 de agosto). The battle over the words used to describe migrants. *BBC News*. <https://www.bbc.com/news/magazine-34061097>

Sarmiento-Eraza, J. P. (2018). Migración por cambio climático en Colombia: entre los refugiados medioambientales y los migrantes económicos. *Revistas Jurídicas*, 15(2), 53-69. <https://doi.org/10.17151/jurid.2018.15.2.4>

Schlosberg, D. (2007). *Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature*. Oxford University Press.

Schlosberg, D. (2013). Theorizing environmental justice: the expanding sphere of a discourse. *Environmental Politics*, 22(1), 37-55. <https://doi.org/10.1080/09644016.2013.755387>

Stromberg, J. (2013, enero). What Is the Anthropocene and Are We in It? Efforts to label the human epoch have ignited a scientific debate between geologists and environmentalists. *Smithsonian Magazine*. <https://www.smithsonianmag.com/science-nature/what-is-the-anthropocene-and-are-we-in-it-164801414/>

Valencia, J. (2014). *Cambio climático y desplazamiento ambiental forzado: estudio de caso en la ecorregión Eje Cafetero en Colombia*. Universidad La Gran Colombia.

White, L. (1967). The Historical Roots of Our Ecologic Crisis. *Science*, 155(3767), 1203-1207.

Zalasiewicz, J. (2020). The Anthropocene. *Geologic Time Scale*, 2, 1257-1280.

Zuleta, I. C. (2021). Hidroituango: Un desastre socioambiental con responsabilidad internacional. *IdeAs. Idées d'Amériques*, (17). <https://doi.org/10.4000/ideas.10005>

José Ramón Narváez Hernández*

Universidad Nacional Autónoma de México y Escuela Judicial Electoral
(Ciudad de México)
iushistoria@gmail.com

Jesús Cadena Alcalá**

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
(Ciudad de México)
jesus.cadena@te.gob.mx

**Metodología para la interpretación
constitucional desde el modelo de la justicia
electoral mexicana*****

*Methodology for Constitutional Interpretation
from the Model of Mexican Electoral Justice*

*Metodologia para a interpretação constitucional
a partir do modelo da justiça eleitoral mexicana*

Artículo de reflexión: recibido 23/06/2023 y aprobado 14/12/2023

* Doctor en Derecho por la Universidad de Florencia (Italia). Doctor honoris causa por la Universidad Andina Nieto Cáceres. Fundador e investigador del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde publicó algunos trabajos y participó en los eventos de difusión de la cultura jurídica en diversos estados de la república. Profesor visitante en universidades de España, Italia, Colombia, Brasil y Perú. Autor de los libros: La Cultura jurídica: ideas e imágenes, El cine como manifestación cultural del derecho, Otro modo de argumentar los derechos humanos, El Derecho a la paz como condición para el ejercicio del derecho electoral y Los Jueces en el Cine, entre otros. Actualmente es titular de “Filosofía del Derecho” del Posgrado en la UNAM, Profesor Investigador

de la Escuela Judicial Electoral, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Director Académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0925-3958>

** Es Licenciado en derecho y Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos con mención honorífica con la tesis “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México”. Cuenta con tres especialidades: en justicia constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España); en justicia constitucional y tutela de los derechos fundamentales por la Universidad de Pisa (Italia); y en derecho de Amparo en la Universidad Panamericana Campus Ciudad de México. Es maestro en derecho electoral por la Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En el servicio público ha laborado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y actualmente en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por más de 8 años. Es profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores de Aragón, de la Escuela Judicial Electoral y de diversas universidades públicas y privadas en programas de posgrado. Ha publicado artículos en obras colectivas y revistas especializadas sobre sistemas y modelos de control constitucional; protección, efectividad y eficacia de los derechos fundamentales. Su más reciente obra es: la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México, publicado en la biblioteca de derecho procesal constitucional de Porrúa. Se desempeñó como director de capacitación interna y carrera judicial de la Escuela Judicial Electoral del TEPJF y actualmente es secretario de estudio y cuenta de la Sala Superior del TEPJF. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6676-6880>

*** Los autores declaran que no existen conflictos de interés y no recibieron apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.6486>

Cómo citar:

Narváez Hernández, J. R.; Cadena Alcalá, J. (2024). Metodología para la interpretación constitucional desde el modelo de la justicia electoral mexicana. *Precedente Revista Jurídica*, 24, 41-62. <https://doi.org/10.18046/prec.v24.6486>



Resumen

El artículo tiene como objetivo analizar en perspectiva cómo la interpretación constitucional influye en la justicia electoral y en la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza político-electoral. Se propone una metodología para el uso correcto y eficiente de la interpretación constitucional y convencional por parte de las y los operadores jurisdiccionales, con un especial énfasis en el análisis de los obstáculos o barreras técnicas que enfrentan al realizar exámenes de regularidad constitucional-convencional. Se obtuvo como conclusión que en la práctica judicial electoral existen muchos problemas al maximizar u optimizar derechos, por lo que la interpretación constitucional debe basarse en un examen consistente y verosímil de argumentación y hermenéutica judicial para potenciar los derechos político-electorales y los principios democráticos en el marco del Estado democrático de derecho.

Palabras clave: justicia electoral; derechos políticos; interpretación constitucional; interpretación convencional.

Abstract

The article aims to analyze in perspective how constitutional interpretation influences electoral justice and the protection of fundamental rights of a political-electoral nature. A methodology is proposed for the correct and efficient use of constitutional and conventional interpretation by jurisdictional operators, with special emphasis on the analysis of the obstacles or technical barriers they face when carrying out constitutional-conventional regularity examinations. The conclusion was obtained that in electoral judicial practice there are many problems when maximizing or optimizing rights, so constitutional interpretation must be based on a consistent and credible examination of judicial argumentation and hermeneutics to enhance political-electoral rights and democratic principles in the framework of the democratic rule of law.

Keywords: Electoral Justice; Political Rights; Constitutional Interpretation; Conventional Interpretation.

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar em perspectiva como a interpretação constitucional influencia a justiça eleitoral e a tutela dos direitos fundamentais de natureza político-eleitoral. Propõe-se uma metodologia para o uso correto e eficiente da interpretação constitucional e convencional pelos operadores jurisdicionais, com especial ênfase na análise dos obstáculos ou barreiras técnicas que enfrentam ao realizar exames de regularidade constitucional-convencional. Concluiu-se que, na prática judicial

eleitoral, existem muitos problemas ao maximizar ou otimizar direitos, portanto, a interpretação constitucional deve basear-se em um exame consistente e verossímil de argumentação e hermenêutica judicial para potencializar os direitos político-eleitorais e os princípios democráticos no âmbito do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: justiça eleitoral; direitos políticos; interpretação constitucional; interpretação convencional.

Método y verdad

Existe una gramática sofisticada que resulta contraproducente en el constitucionalismo actual. Este trabajo bien pudo llamarse “Todo lo que debe saber sobre control constitucional y no se atrevió a preguntar” o “Interpretación constitucional para *dummies*”, pero seguramente más de un constitucionalista se hubiera ofendido, y es que lo que parece que más daño le hace al constitucionalismo son los constitucionalistas, porque presentan la praxis constitucional como algo lejano y complejo. Así, este documento se ofrece como un vademécum, un protocolo de actuación para interpretar la Constitución y los tratados en sede electoral de manera sencilla e intuitiva.

La interpretación constitucional se ha vuelto crucial para la vida pública y democrática de México¹ después de la reforma de 10 de junio de 2011 y la determinación del expediente Varios 912/2010.² Esta tarea involucra a la totalidad de las autoridades judiciales del país, que no solo actúan como guardianes del contenido constitucional en un sentido estricto, sino que también se obligan a garantizar el contenido esencial de los derechos humanos de fuente internacional, aplicando aquellos criterios hermenéuticos que resulten más benéficos para la persona (Caballero Ochoa, 2009, p. 46).

La reforma constitucional de mérito tuvo como efecto consolidar los derechos fundamentales, ampliando su contenido y garantizando la maximización de su contenido frente a las normas internacionales de derechos humanos. Este cambio constitucional implicó que las autoridades nacionales deban recurrir

1 “La constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos abre la posibilidad de un control de convencionalidad ejercido por los jueces de tribunales nacionales. Dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de los derechos humanos” (Rubio Mandujano, 2018, p. 63).

2 Tesis: PLXVIII/2011 (9a.): “**PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.** El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011b, p. 551).

a los vértices del derecho internacional de los derechos humanos en miras de otorgar una respuesta integral y legitimada frente a los reclamos que las personas presenten para la protección de sus derechos.

Es el propio orden constitucional el que determina la doble fuente (constitucional y convencional) desde donde las autoridades jurisdiccionales deben aplicar y salvaguardar los derechos humanos, y al mismo tiempo buscar incrementar la justicia social, mejorar la democracia y dar coherencia y legitimidad al sistema.

Con el paso de los años, esa tarea se ha vuelto sumamente problemática. Algunas de las razones son las siguientes:

- a) La aplicación de exámenes de regularidad constitucional en su vertiente difusa que son demasiado confusos.
- b) Una política hermenéutica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que desincentiva la aplicación preferente de la doble fuente a partir de una lectura hermenéutica que privilegia las restricciones a derechos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por ello es necesario cuestionarse: ¿qué escenarios se necesitan para incentivar el empleo del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en México?

Es hora de realizar un corte de caja sobre este ejercicio de interpretación llamado control difuso, lo haremos desde la justicia electoral a través de aquellas determinaciones judiciales que pueden tener un ámbito razonable de aplicación para fortalecer ese ejercicio constitucional y convencional, pero, además, tratando de identificar una posible metodología a partir de los logros y de los yerros.

Origen y desarrollo del control difuso de constitucionalidad en materia electoral

Desde el caso Jorge Hank Rhon (SUP-JDC-695/2007), la justicia electoral³ mostró su clara ambición por privilegiar el contenido de los derechos fundamentales en la interpretación constitucional, bajo la idea de que entre

³ Se dedica de manera preferente a analizar la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los actos, omisiones y normas generales que incidan en los procesos electorales, en el desarrollo de los vértices de la democracia o en la protección de los derechos político-electorales.

la Constitución Política y los derechos humanos de fuente internacional no existen jerarquías *ex ante*, como lo indicó nuestro máximo tribunal al resolver la acción de inconstitucionalidad 155/2007. Dicha fórmula privilegia el desarrollo y la maximización de los derechos sin importar la norma de la que emane su reconocimiento, ya sea constitucional, convencional o interpretativa.⁴

La evolución del control difuso en la justicia electoral no se detuvo ahí; fue evolucionando de manera notable y constante, aunque sufrió un embate significativo por parte de la Suprema Corte de Justicia que justo a través de interpretación constitucional, determinó que poseía el monopolio del control (control concentrado). Sin embargo, una reforma posterior permitió al Tribunal Electoral continuar su labor interpretativa, que partió precisamente de la buena recepción que tuvo en la Sala Superior el expediente Varios 912/2010.⁵

Cabe destacar que la idea principal del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad es la posibilidad de que toda la judicatura ordinaria y constitucional se encuentren vinculadas a la protección del orden constitucional y de los derechos humanos de fuente internacional, con una vocación reparadora ante la generación de actos o normas que pongan en duda la estabilidad del Estado y la protección integral de los derechos fundamentales.

4 Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013) precisa que: “La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, implica un bloque de constitucionalidad, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos” (p. 671).

5 Jurisprudencia 35/2013: **INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES ELECTORALES. SE PUEDE PLANTEAR POR CADA ACTO DE APLICACIÓN.**- “De conformidad con lo previsto en el artículo 99, párrafo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación están facultadas para resolver sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, en cuyas sentencias los efectos se limitarán al caso concreto sometido al conocimiento y resolución de los citados órganos jurisdiccionales, lo que no permite los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad. Ahora bien, conforme al sistema integral de medios de impugnación en la materia, todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales se deben sujetar a los principios de constitucionalidad y de legalidad; en este orden de ideas, es conforme a Derecho considerar que las leyes electorales son susceptibles de control constitucional por las Salas del Tribunal Electoral, tantas veces como sean aplicadas; por tanto, la aludida facultad de las Salas se puede ejercer con motivo de cualquier acto de aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, pues no existe disposición alguna que establezca que solamente procederá con motivo del primer acto de aplicación [...]. La Sala Superior en sesión pública celebrada el doce de septiembre de dos mil trece, aprobó por unanimidad de seis votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, pp. 46 y 47).

El control de constitucionalidad y convencionalidad difusos en la justicia electoral ha tenido como principales ejes los siguientes:

a) Interpretación específicamente electoral: El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se ha encargado de analizar aquellas normas que inciden directa o indirectamente en la justicia electoral.

La Suprema Corte en la Controversia constitucional 114/2006, determinó que la materia electoral puede incidir de la forma conducente:

Directa: hace referencia al “conjunto de reglas y procedimientos relacionados con la integración de los poderes públicos mediante el sufragio universal, regido por una normativa especializada, e impugnables en un contexto institucional también especializado”.

Indirecta: es la que se relaciona con nombramientos o integración de órganos mediante decisiones de otros poderes públicos, no mediante procedimientos que pivotan en torno a la emisión del voto ciudadano.

b) Interpretación integradora: La justicia electoral también se ha preocupado por analizar la constitucionalidad de las omisiones legislativas,⁶ sobre todo a partir del Amparo en revisión 1359/2015, donde la Primera Sala determinó la omisión legislativa derivada

6 “OMISIONES EN MATERIA ELECTORAL. SON IMPUGNABLES. Los artículos 99, párrafo cuarto, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 3, párrafos 1, inciso a), y 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se refieren a actos y resoluciones de las autoridades electorales susceptibles de ser impugnados. No obstante que, en principio, la expresión acto presupone un hacer, es decir, un acto que crea, modifica o extingue derechos u obligaciones, y la resolución sería el resultado de ese hacer que también tendría esa aptitud jurídica, lo cierto es que el primero de los términos debe entenderse en un sentido más amplio, como toda situación fáctica o jurídica que tenga una suficiencia tal que la haga capaz de alterar el orden constitucional y legal, ya sea que provenga de un hacer (acto en sentido estricto) o un no hacer (omisión propiamente dicha), siempre que, en este último supuesto, exista una norma jurídica que imponga ese deber jurídico de hacer a la autoridad identificada como responsable, a fin de dar eficacia al sistema de medios de impugnación en materia electoral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41, párrafo segundo, fracción IV, de la Constitución federal. Tercera Época. La Sala Superior en sesión celebrada el veinte de mayo de dos mil dos, aprobó por unanimidad de seis votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria. Justicia Electoral” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 47).

del incumplimiento al mandato constitucional que ordenaba la configuración de la ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 134 de esta Constitución.

La Sala Superior, en el mismo sentido que la Suprema Corte, determinó que la omisión legislativa electoral es judicializable en la justicia electoral cuando derive de un mandato de la Constitución General que incumpla de manera absoluta o relativa lo conducente.⁷ Sin que se escape la posibilidad de que de igual forma se cuestionen omisiones explícitas o implícitas derivadas del incumplimiento parcial a total a mandatos constitucionales locales o bien que deriven de leyes generales o reglamentarias del texto constitucional.⁸

Ahora, ¿es posible ampliar la judicialización de dichas omisiones al ámbito de las constituciones locales o las leyes generales?

Parece que las condiciones interpretativas del acceso a la jurisdicción y la obligación del control difuso, pueden dar como resultado que si la omisión deriva del incumplimiento a un mandato del poder reformado de una constitución a nivel local o la norma emitida por el órgano legislativo tiene remisión u origen constitucional (federal), también se deben revisar ante la justicia electoral; claro, siempre que dicha omisión se vincule con un aspecto democrático, electoral o el ejercicio de un derecho político-electoral.

c) El legislador negativo: Recientemente la justicia electoral revisó un caso sobre un acto derogatorio del Congreso de la Ciudad de México que eliminó la figura de la diputación migrante del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para aquella ciudad.

En el SUP-REC-88/2020, la Sala Superior estudió a través de una metodología específica el acto derogatorio (test de progresividad de los derechos) y determinó la reviviscencia de la norma derogada al estimar que la actuación del Congreso

7 En el SUP-REC-588/2018, determinó la inconstitucionalidad por omisión del artículo 112 de la Constitución de Sinaloa, considerando que se vulneró el derecho a la participación y representación política de los pueblos originarios de acuerdo con sus tradiciones y normas internas, tal como lo reconoce el artículo 2, apartado A, fracción VII, de la Constitución General.

8 Véase también SUP-JDC-574/2024. Omisión legislativa atribuida al Congreso Federal de adoptar medida para garantizar la paridad de género en la Presidencia de la República.

local iba en contra del derecho a ser votado, vinculado con una categoría sospechosa (las y los migrantes).⁹

Dicha sentencia resulta muy emblemática, ya que revitaliza el tema de la interpretación¹⁰ constitucional y convencional difusa, que no debe limitarse a la norma positiva en un sentido estricto, dado que los actos negativos de los congresos que suprimen, derogan o abrogan una norma de carácter general también pueden vulnerar el contenido de la Constitución material, también llamada bloque de constitucionalidad. Esta determinación judicial establece que el centro de atención en la interpretación constitucional para la justicia electoral deben ser los derechos, principios o valores democráticos que se reconozcan expresa o implícitamente en el orden constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

9 Tesis LVI/2016: “DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD O INCONVENCIONALIDAD DE NORMAS ELECTORALES. REQUISITOS PARA QUE PRODUZCA EFECTOS PARA QUIENES NO INTERVINIERON EN EL PROCESO.- De la interpretación sistemática y funcional del artículo 1º, 17, 99, párrafo octavo, y 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en correlación a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se concluye que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una norma en materia electoral no necesariamente se limitan a las partes que intervinieron en el proceso judicial respectivo, pues si bien, en términos generales, las determinaciones por las que se declare dicha inconstitucionalidad o inconvencionalidad se diferencian en función de las personas sobre las cuales trascienden sus efectos, atendiendo al grado de vinculación respecto de las partes en el proceso, esto es, entre partes (inter partes), o bien con efectos generales (erga omnes), existen determinados casos en los que dichos efectos pueden trascender a la esfera de derechos de una persona o grupo de personas que, no habiendo sido parte formal en ese procedimiento, se encuentren en una misma situación jurídica y fáctica respecto del hecho generador de la vulneración alegada, a fin de garantizar los principios de igualdad de oportunidades y de certeza en el proceso electoral. Para ello, deberán de cumplirse los siguientes requisitos: i) que se trate de personas en la misma situación jurídica; ii) que exista identidad de los derechos fundamentales vulnerados o que puedan verse afectados con motivo de la aplicación de una norma declarada contraria a la Constitución Federal o Tratados Internacionales; iii) que exista una circunstancia fáctica similar respecto del hecho generador de la vulneración alegada, y iv) que exista identidad en la pretensión de quien obtuvo, mediante un fallo judicial, la inaplicación de la norma electoral inconstitucional o inconvencional [...]. La Sala Superior en sesión pública celebrada el veintidós de junio de dos mil dieciséis, aprobó por unanimidad de votos, la tesis que antecede” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, pp. 77 y 78).

10 Cómo método para dotar de contenido a las normas (reglas o principios) o cómo herramienta para determinar la constitucionalidad-convencionalidad de normas generales que puedan tener algún vicio de compatibilidad.

En resumen, la justicia electoral y su vinculación con la interpretación constitucional difusa se proyecta en tres diferentes escenarios:

- Las normas en sentido positivo, bajo una visión kelseniana del control constitucional.
- Las omisiones legislativas con una visión post-positivista del derecho que obligan a respetar el orden constitucional en su integralidad.
- Los actos derogatorios o abrogatorios que puedan vulnerar a la Constitución material, bajo una visión principalista y de tutela integral de los derechos fundamentales.

La interpretación convencional y su vinculación con la justicia electoral

Como sabemos, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos o simplemente la interpretación convencional¹¹ trajo consigo una convergencia hermenéutica vinculada en un grado superior o preponderante para los órganos judiciales. Estos, al estar relacionados con la administración o impartición de justicia de primera mano, son los intérpretes obligados por excelencia del ejercicio de los derechos fundamentales y de su restablecimiento frente a violaciones provenientes de autoridades o particulares (doble eficacia de los derechos).

Ahora bien, el primer acercamiento conceptual al denominado control de convencionalidad se dio en los votos formulados por el entonces juez interamericano Sergio García Ramírez, en los casos *Myrna Mack Chang Vs. El Salvador* y *Tibi Vs. Ecuador*. Dichas consideraciones abonaron a la obligación que tienen los Estados en su conjunto de realizar una especie de control de convencionalidad que mantenga a sus actos, así como a las disposiciones normativas dentro de los compromisos que generan las normas convencionales.

11 Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015b, Tomo I, p. 986).

Posteriormente, la decisión emitida en el caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* (Corte IDH, 2006a) enmarcó el inicio jurisprudencial de esta noción propiamente interamericana.

Debe decirse que, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (Corte IDH, 2006b), dicho tribunal estableció que el control de convencionalidad tiene por objeto proteger el efecto útil de la Convención Americana (OEA, 1969) o, mejor dicho, del *bloque de convencionalidad*. Esta obligación conlleva que los órganos del Poder Judicial deban ejercer un control no solo de constitucionalidad, sino también de convencionalidad de manera *oficiosa*, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y sin dejar de lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de los recursos o medios de impugnación conducentes.

Asimismo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (Corte IDH, 2010) se estableció que este control de convencionalidad *ex officio* no solo vincula a las y los jueces, sino que se extiende a todos los órganos encargados de administrar justicia, en todos los niveles de Gobierno.

Por otro lado, el avance en la jurisprudencia interamericana sobre el tema ha sido especialmente relevante, ya que, en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte Interamericana (2011) estableció que el deber de garantizar el contenido de los derechos humanos de fuente internacional a través de la interpretación difusa de convencionalidad no es solamente para las autoridades judiciales, sino para todas las autoridades e instituciones de los Estados parte, y que dicha obligación, desde luego, no se puede dividir o seccionar.

Lo anterior supone que cualquier persona que ejerza autoridad en el ámbito del ejercicio de los derechos políticos tiene la obligación de hacerlo teniendo como parámetro el derecho convencional.

La consideración de los instrumentos internacionales y el reconocimiento de los derechos humanos implica, además de la obligación de que los actos de autoridad estén ajustados a ese marco normativo, el ajuste de las normas del derecho doméstico a dichos estándares internacionales; en el caso del sistema jurídico mexicano, con una vinculación directa al precedente interamericano.

Entonces, la obligación de interpretación convencional en la justicia electoral implica entre otras cosas:

- a) Qué los actos de autoridad o particulares vinculados con la justicia electoral respeten el *corpus iuris* interamericano.
- b) Qué las normas de derecho doméstico –incluida la Constitución escrita– sean acordes con la Constitución material.
- c) Qué las autoridades nacionales, cuando realicen un ejercicio de interpretación, acudan a las normas que resulten más benéficas o menos restrictivas para el ejercicio de los derechos, con independencia de su origen.

El ejercicio de interpretación convencional se sustenta en el mandato convencional. De ahí que los jueces nacionales deben acudir a la jurisprudencia interamericana y aplicarla bajo un estándar de razonabilidad y lógica hermenéutica.

En el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México*, la Corte Interamericana (2022) dispuso:

118. Por último, corresponde recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 27 que un Estado parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno, incluyendo sus disposiciones constitucionales, para dejar sin efecto el cumplimiento de los tratados internacionales y efectuar un adecuado control de Convencionalidad.

Dicho criterio interpretativo constriñe a las autoridades nacionales a responder a sus obligaciones convencionales, aun cuando sea la propia Constitución Nacional la que impida dicho ejercicio; lo anterior en virtud de que, como en el caso del sistema jurídico mexicano, los derechos humanos de fuente internacional también forman parte de la Constitución. Por tanto, se debe buscar su adecuado cumplimiento y observancia a través de su aplicación *pro personae* (a favor de las personas) y tomando en consideración los ejercicios interpretativos que los dotan de contenido esencial.

Por ello, aun cuando pueda existir un obstáculo constitucional, como una restricción (en sentido estricto), para la aplicación de la interpretación convencional, el órgano debe preferir aquella que más beneficie a las personas involucradas o, en su caso, aquella que genere una menor restricción de derechos, dado que esa lectura fortalece el vínculo de plenitud deóntica (cumplimiento del deber) que se genera entre las normas constitucionales y el derecho

internacional de los derechos humanos. Una regla que, aunque novedosa para el constitucionalismo de nuestros días, es imperativa debido a la dinámica que rige el deber de las Constituciones contemporáneas con respecto al derecho internacional de los derechos humanos.¹²

Finalmente, hacemos mención el caso *García Rodríguez y otro Vs. México*, en el que la propia Corte Interamericana reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana y precisa cómo debe realizarse la interpretación convencional por parte de las autoridades nacionales, tomando en cuenta:

- Su carácter *ex officio* -No debe esperarse una demanda específica-.
- El principio *pro personae*.
- El objeto y fin de las normas convencionales, incluso frente a la Constitución, para la configuración del bloque de constitucionalidad y su debida interpretación.

Hoy día, para la justicia electoral representa un reto mayor generar condiciones para la interpretación correcta de lo convencional, sobre todo tomando en consideración lo dictado en la contradicción de tesis 293/2011¹³ de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011a). Sin embargo, existe una amplia posibilidad de desplazar el contenido de una restricción constitucional frente a la interpretación convencional, ya que la propia Corte Interamericana (2023) dispuso:

54

177. En cuanto a lo anterior, corresponde recordar que este Tribunal ha señalado de forma constante que las distintas autoridades estatales tienen en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

12 Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: "CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS" (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 1647).

13 Tesis: P/J. 20/2014 (10a.) del Pleno, de rubro: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL" (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 202).

procesales correspondientes. Para llevar a cabo esa tarea, las autoridades internas deben tener cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte, como última intérprete última de la Convención.

Donde se puede notar que la interpretación debe de priorizar lo convencional aun cuando encuentre limitaciones constitucionales, ya que, si no se efectúa de esa forma, se incumple con el mandato convencional, se genera una ruptura frente a las obligaciones internacionales, el control de convencionalidad y se vulnera el principio de efecto útil que rige la aplicación de los derechos humanos de fuente internacional.

Metodología para la interpretación constitucional y convencional

Resulta indispensable conformar una metodología que ayude a las y los operadores jurídicos a sistematizar y encauzar el desarrollo de exámenes de regularidad constitucional y convencionalidad, no sólo para codificar un orden coherente a la hora de dicha exposición, sino también para que la argumentación que se vierta en el escrutinio judicial guarde un sentido técnico, racional y cumpla con el deber de motivar.

Pasemos ahora a la propuesta práctica para realizar una interpretación adecuada a nivel nacional:

- a) **Identificar el tipo de interpretación que se realiza:** El operador debe determinar si la petición proviene de alguna de las partes o si se realiza de manera *ex officio* debido a una posible duda razonable sobre la conformidad de la norma frente al bloque de constitucionalidad-convencionalidad.
- b) **Definir el contenido esencial del derecho:** El operador debe analizar la fuente de la que emana el derecho, ya sea constitucional, convencional o que surja de la interpretación judicial nacional o interamericana.
- c) **Definir normativa del parámetro para el caso concreto:** Bajo el principio *pro personae*, se interpreta la norma que va a fungir como parámetro hermenéutico, con el fin de establecer que es la

más beneficiosa o, en su defecto, la menos restrictiva. Esto implica incluso realizar un ejercicio de maximización en el caso concreto.

- i. **Establecer la norma objeto de interpretación:** Una vez definido el parámetro a través del cual se va a realizar la interpretación, es necesario definir el contenido esencial del derecho afectado; de lo contrario, no se tendría precisión a la hora del escrutinio judicial sobre la afectación sustantiva que se pretende cuestionar.
- ii. **Realizar la Interpretación conforme:** Frente a un posible escenario de inconstitucionalidad-inconvencionalidad de la norma, el operador debe considerar la viabilidad de llevar a cabo una interpretación conforme para preservarla. Esto implica realizar un ejercicio comparativo amplio frente a la norma parámetro que se haya elegido previamente.
- iii. **Nivelar el escrutinio judicial:** si no es viable la interpretación conforme, se procederá a comparar la norma en cuestión con la norma parámetro y se determinará el nivel de escrutinio judicial empleado, que puede ser:
 - **Severo:** en casos donde la norma sujeta a revisión vulnera el principio de igualdad y una categoría sospechosa, el interés superior de la niñez, o incida en competencias o atribuciones constitucionales de los poderes públicos.
 - **Medio:** cuando nos enfrentamos a una norma que restrinja un derecho o principio constitucional diferente a los ya mencionados.
 - **Laxo o simple:** cuando la norma establece un trato diferenciado en relación con el principio de igualdad, siempre que no involucre una categoría de protección especial o sospechosa.
- iv. **Determinar la metodología:** Una vez fijado el nivel de escrutinio, el operador judicial deberá determinar qué metodología va a utilizar en el caso concreto. Puede optar por alguna de las siguientes:
 - Test de proporcionalidad, en caso de restricciones de derechos.
 - Test de igualdad laxo o estricto, en aquellos casos donde la norma pueda vulnerar el principio de igualdad y la garantía de no discriminación, evaluando si existe incidencia en una categoría de protección especial o sospechosa para determinar el nivel de escrutinio.

- Test de progresividad, si la norma genera un retroceso en el contenido de un derecho.
- Test de libertad de expresión, para verificar si la norma limita de manera razonable o no el contenido de ese derecho, con un enfoque democrático y principialista.
- Juicio de ponderación, en caso de colisión entre derechos o principios del ordenamiento que impacte la constitucionalidad-convencionalidad de la norma.
- Examen de regularidad, cuando la norma afecta de manera general el bloque de constitucionalidad/convencionalidad y requiere una revisión de su conformidad.

v. **Aplicar la metodología:** Una vez definida la metodología, se procederá a realizar el ejercicio hermenéutico con el fin de argumentar y revisar el escenario planteado de regularidad constitucional.

vi. **Revisar la constitucionalidad-convencionalidad:** Establecer si la norma es acorde al bloque de constitucionalidad-convencionalidad (constitución material). Para ello, el órgano u operador tendrá que argumentar debidamente su decisión judicial en miras de cumplir con su deber de motivar y fijar la *obiter dicta* (argumentos complementarios con los que se enriquece la decisión o motivación) sobre la conformidad o no de la norma sujeta a revisión. Si la norma se declara constitucional, ahí culmina el ejercicio y el órgano deberá finalmente puntualizar su conformidad.

vii. **Fijar los efectos de la posible inconstitucionalidad/inconvencionalidad:** En el caso de que la norma se haya declarado incompatible con el bloque de constitucionalidad-convencionalidad, el operador deberá fijar su alcance, que por regla general equivaldría a una inaplicación en el caso concreto. Sin embargo, también puede trascender de manera indirecta a un grupo determinado de personas (categoría de protección especial), sobre todo cuando se haya acudido a la revisión con interés legítimo en la defensa de un derecho difuso, colectivo o democrático.

Complementos al proceso hermenéutico

Entendemos que aún pueden existir muchas dudas sobre el proceso de interpretación constitucional. Por ejemplo, apenas enlistamos los métodos de corroboración y cada uno de ellos amerita un desarrollo particular, pero la lista no pretende ser exhaustiva. El operador podría encontrar otras metodologías que cumplan con los objetivos de búsqueda y selección de las normas más convenientes o, en su defecto, las menos restrictivas y siempre en un afán maximizador.

Del mismo modo, es fundamental identificar el modelo ideal para poder argumentar y justificar por qué se ha decidido por una norma en vez de otra. No existe un modelo único e infalible, ya que depende mucho de los destinatarios del ejercicio hermenéutico. Por lo tanto, además de lo ya expuesto, sugerimos tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- a) **Considerar el contexto:** La situación geográfica, las condiciones socioeconómicas y la cultura de las personas involucradas pueden plantear desafíos para la comprensión de nuestras decisiones. Nunca está de más generar documentos con un lenguaje accesible para el ciudadano que comuniquen claramente las decisiones de los órganos y los procesos que llevaron a ellas.
- b) **Interpretar de manera sustentable:** Buscar soluciones que permitan que la mayor cantidad posible de proyectos de vida tanto personales como colectivos.
- c) **Maximizar los resultados positivos:** Plantear soluciones integrales, progresivas y eventualmente extensivas a otras personas y grupos.
- d) **Entender la construcción de las decisiones como trabajo colaborativo:** el decisor nunca está solo; el trabajo se hace en equipo, aunque las responsabilidades sean distintas. Comprender la decisión judicial como trabajo colaborativo ayuda a mejorar su formulación.

Se debe fortalecer la interpretación constitucional por parte de todas las autoridades del Estado, particularmente en lo electoral y más específicamente en la justicia electoral. Esto puede generar mejores condiciones para el ejercicio de los derechos humanos vinculados con la democracia y los derechos político-electorales.

Además, el reforzamiento de la interpretación constitucional y convencional implica un seguimiento y vigilancia de los derechos constitucionalizados y convencionalizados. Esto se traduce en una protección más amplia y en una custodia debida de los derechos en todos los ámbitos, incluso en las relaciones entre las personas que no ostentan cargos de autoridad.

De igual forma, debe decirse que basta con el mandato convencional para el ejercicio de revisión y que el efecto útil de los derechos humanos de fuente internacional, junto con el principio *pro personae*, opera como un rechazo a las restricciones de derechos cuando no sean proporcionales o carezcan de un propósito acorde con la dinámica del bloque constitucional/convencional.

Finalmente, la justicia electoral ha avanzado a la par de la justicia constitucional e interamericana en sus funciones y obligaciones de revisión constitucional y convencional. Esto denota una clara lectura y diálogo permanente entre lo que resuelve el TEPJF y su obligación de atender los estándares constitucionales y supranacionales de derechos humanos; siempre bajo la lógica hermenéutica del principio a favor de las personas. Ya sea buscando la solución más beneficiosa o la menos restrictiva, en cualquier caso, urge una postura de protección y tutela integral de los derechos democráticos y político-electorales por parte de todas las autoridades que conforman el Sistema electoral mexicano.

La interpretación constitucional se ha convertido en una tarea fundamental del Estado constitucional de derecho para poder identificar las áreas concretas de aplicación de los derechos. Pero no siempre es sencillo conocer los límites, los titulares y las condiciones para que los derechos se materialicen. Dicho trabajo requiere de mucho análisis y hacen falta metodologías adecuadas. A toda esta complicación se ha sumado la necesidad de interpretar también el denominado derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito de los derechos político-electorales ha existido de manera implícita una metodología que era necesario contextualizar y socializar para su crítica. Aquí no termina esta propuesta, sino que más bien comienza un diálogo para descubrir y proponer nuevas metodologías en la interpretación del derecho que puedan ser progresivas, plurales y atentas a la complejidad.

Referencias

- Aldao, M. M. (2016). Teoría de la argumentación y democracia. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja*, (1), 7-16.
- Alvarado Rojas, C. y Silva Irrarázaval, L. A. (2020). Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política? *Ius et Praxis*, 26(2), 32-54.
- Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* (Vol. 15). Boletín Oficial del Estado.
- Buriticá-Arango, E. (2019). Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos. *Revista chilena de derecho*, 46(3), 869-891.
- Caballero Ochoa, J. L. (2009). *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. Miguel Ángel Porrúa.
- Castillo Alva, J. L., Luján Túpez, M. y Zavaleta Rodríguez, R. (2007). *Razonamiento judicial: interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. ARA Editores / Axel Editores.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917).
- Corte IDH. (25 de noviembre de 2003). Sentencia Caso Myrna Mack Chang Vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 101.
- Corte IDH. (7 de septiembre de 2004). Sentencia Caso Tibi Vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 114.
- Corte IDH. (26 de septiembre de 2006a). Sentencia Caso Almonacid Arellano Vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 154.
- Corte IDH. (24 de noviembre de 2006b). Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 158.
- Corte IDH. (26 de noviembre de 2010). Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, núm. 220.

- Corte IDH. (24 de febrero de 2011). Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones), Serie C, núm. 221.
- Corte IDH. (7 de noviembre de 2022). Sentencia Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, Serie C, núm. 470.
- Corte IDH. (25 de enero de 2023). Sentencia Caso García Rodríguez y otro Vs. México, Serie C, núm. 482.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*. Marcial Pons.
- Gama, L. (2019). *Derechos, democracia y jueces: modelos de filosofía constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Iturralde Sesma, V. (2010). *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. ARA Editores.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.
- Pulido-Ortiz, F. E. (2012). Panorama de los problemas actuales en interpretación constitucional. *Dikaion*, 21(1), 119-158. <https://doi.org/10.5294/dika.2012.21.1.4>
- Rubio Mandujano, S. (2018). *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*. Tirant Lo Blanch.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (27 de junio de 2006). Controversia constitucional 114/2006.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (9 de julio de 2007). Acción de inconstitucionalidad 155/2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (7 de septiembre de 2010). Expediente Varios 912/2010.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (24 de junio de 2011a). Contradicción de tesis 293/2011.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011b). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015a). Amparo en revisión 1359/2015.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015b). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California, Sala Superior. (6 de julio de 2007). SUP-JDC-695/2007.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2003). *Revista Justicia Electoral*, Suplemento 6.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2013). *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, 6(13).
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. (2016). *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, 9(18).
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Superior. (14 de agosto de 2020). SUP-REC-88/2020. <https://www.te.gob.mx/buscador/>
- Vázquez Ro, C. G. (2021). Principios constitucionales. *Vida Científica Boletín Científico de la Escuela Preparatoria No. 4*, 9(17), 19-20.
- Velasco Cano, N. y Llano, J. V. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10(2), 35-55. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.2>
- Vigo, R. L. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni.

María Liliana Castillo-Castillo*

Universidad San Buenaventura (Cali, Colombia)
mlcastillo@usbcali.edu.co

Stephanie Oliveros Ortiz**

Universidad San Buenaventura (Cali, Colombia)
soliveros@usbcali.edu.co

Diana Fernández Mejía***

Universidad San Buenaventura (Cali, Colombia)
difeme@usbcali.edu.co

**Tensiones en la integración social a partir
del acceso a salud y trabajo decente de la
población migrante en Santiago de Cali******

*Tensions in Social Integration Based on Access
to Health and Decent Work for the Migrant Population
in Santiago de Cali*

*Tensões na integração social baseadas no acesso
à saúde e ao trabalho digno para a população migrante
em Santiago de Cali*

Reporte de caso: recibido 01/11/2023 y aprobado 26/01/2024

* Abogada de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Magister en Filosofía Contemporánea. Profesora investigadora de la Universidad de San Buenaventura Cali (Colombia). Miembro del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política - GIPCODEP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3032-7138>

** Abogada de la Universidad de San Buenaventura Cali. Especialista en Derecho Urbano de la Universidad del Rosario de Bogotá (Colombia) en convenio con CAMACOL - Valle. Magister en

Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Profesora investigadora de la Universidad de San Buenaventura Cali. Miembro del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política - GIPCODEP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5572-4327>

*** Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado (Colombia) en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctoranda en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia). Profesora investigadora de la Universidad de San Buenaventura Cali. Miembro del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política - GIPCODEP. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8024-8836>

**** Artículo derivado del proyecto “Vidas suspendidas: derechos fundamentales en la población migrante de Santiago de Cali en los años 2015-2020” ejecutado por el Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política - GIPCODEP, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Cali. Las autoras declaran que no existen conflictos de interés y no recibieron apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.6512>

Cómo citar:

Castillo-Castillo, M. L.; Oliveros Ortiz, S.; Fernández Mejía, D. (2024).

Tensiones en la integración social a partir del acceso a salud y trabajo decente de la población migrante en Santiago de Cali. *Precedente Revista Jurídica*, 24, 63-96. <https://doi.org/10.18046/prec.v24.6512>



Resumen

En los últimos años, Cali, Colombia, ha sido territorio receptor de la diáspora de migrantes provenientes de Venezuela, ya sea como lugar de tránsito en el recorrido de esta población o como asentamiento permanente, en búsqueda de mejores oportunidades. Esta situación, con diferentes matices, en el contexto de una ciudad intermedia ubicada en el sur global, ha generado retos institucionales sin precedentes relacionados con la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), así como con las necesidades de convivencia social. El propósito en este artículo es explorar algunas de las tensiones que se han presentado frente a la integración social de la población migrante en Cali, Colombia, a partir del análisis del acceso a los derechos a la salud y el trabajo. Como referente principal, se acude a fuentes orales de participantes migrantes venezolanos y venezolanas que se encuentran en la ciudad, recopiladas durante el periodo de desescalamiento del aislamiento social en el marco de la pandemia por el COVID-19.

Palabras clave: diáspora venezolana; integración social de la población migrante; derecho a la salud de los y las migrantes; derecho al trabajo decente de los y las migrantes; accesibilidad.

Abstract

Cali, Colombia has been a destination for migrants from Venezuela, either to serve as a transit point or a settlement for those seeking better opportunities. This complex situation, within the context of an intermediate city located in the Global South, has led to unprecedented institutional challenges related to the assurance of Economic, Social, and Cultural Rights (ESCR), and even more, requirements for social coexistence. This paper aims to elucidate tensions that have arisen in the social integration of the migrant population in Cali, Colombia, based on the analysis of their access to health and work rights. The primary reference for this exploration is drawn from oral accounts provided by Venezuelan migrant participants residing in the city.

Keywords: Venezuelan Migration; Social Integration of the Migrant Population; Right to Health of Migrants; Right to Decent Work of Migrants; Accessibility.

Resumo

Nos últimos anos, Cali, na Colômbia, tem sido um território receptor da diáspora de migrantes provenientes da Venezuela, seja para servir de local de trânsito na viagem desta população, seja para ali se estabelecer, em busca de melhores oportunidades. Esta tem sido uma situação de diferentes nuances para o contexto de uma cidade

intermediária localizada no Sul Global, gerando desafios institucionais sem precedentes relacionados com a garantia dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e mais ainda, necessidades em termos de convivência social. O objetivo deste artigo é levantar algumas das tensões que surgiram em relação à integração social da população migrante em nesta cidade a partir da análise do acesso à saúde e aos direitos trabalhistas. A principal referência para esta exploração é baseada em relatos orais de participantes migrantes venezuelanos que residem na cidade.

Palavras-chave: migração venezuelana; integração social da população migrante; direito à saúde dos migrantes; direito ao trabalho digno dos migrantes; acessibilidade.

Introducción

Dentro de las dinámicas occidentales, la narrativa e investigaciones sobre migraciones han estado dominadas por la perspectiva del norte global, es decir, Estados Unidos y Europa, dado que son territorios comúnmente receptores de población migrante, en especial por razones económicas. Algunas de las medidas más comunes asumidas desde dichos territorios apuntan al cierre de fronteras y restricciones al acceso a trabajo; posturas que tienden a agudizar el desbalance entre los Estados desarrollados y aquellos considerados en vía de desarrollo.

Lejos de extender lazos de empatía y acogimiento, estas naciones privilegiadas transforman y sofistican los sistemas de exclusión. Como adición a las tradicionales barreras físicas, en palabras de Shachar (2021), las “*shifting borders*” son construcciones legales que pueden tener un alcance extraterritorial y logran expulsar anticipadamente, despojando de derechos humanos a los potenciales migrantes, mucho antes de llegar a la nación hostil. Estos paradigmas de exclusión permean globalmente las decisiones, políticas, acciones y programas que se implementan en los Estados en relación con este importante fenómeno.

La recepción de población inmigrante comporta retos diferentes cuando se trata de países con condiciones como aquellos que forman parte de América del Sur, puesto que la capacidad institucional para la garantía, promoción y protección de los derechos es mucho menor a la de los países considerados desarrollados. De acuerdo con Dejusticia y Legal Agenda (2020) (como se citó en Ramírez y Corredor, 2022, p. 11):

los países que reúnen el 66 % del producto interno bruto a nivel mundial sólo acogen al 10 % de las personas refugiadas, mientras que los principales países receptores del Sur [...] cuentan con sólo el 5 % del producto interno bruto global, acogen al 72 % de esta población.

La realidad económica y política en Venezuela ha desencadenado una crisis humanitaria de grandes proporciones. Según el informe bianual de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2022), Venezuela está entre los veinte principales lugares de origen de migrantes internacionales. Bajo una tendencia similar, de acuerdo con datos de Migración Colombia (2023a), Venezuela es el segundo país, después de Estados Unidos, desde el cuál ingresan más personas a Colombia. Durante el año de 2023, se contabilizaron más de 400 000 personas provenientes de ese país que ingresaron al territorio colombiano.

Para el 2023, se registraban 2 295 099 migrantes venezolanos(as) en el marco del Estatuto Temporal de Protección (Migración Colombia, 2023a).

Según Migración Colombia (2023a), al corte de agosto de 2023, el departamento del Valle del Cauca es el quinto territorio colombiano de residencia o con intención de hospedaje de población proveniente de Venezuela, con 201 138 personas. En la misma línea, Cali es la quinta ciudad de residencia, con 131 264 personas venezolanas, después de Bogotá, Medellín, Cúcuta y Barranquilla, en ese orden. Esto implica que la mayor parte de esa población se concentra en dichas ciudades.

Ante la imperante necesidad, se han establecido diversas medidas, en su mayoría iniciativas comunitarias y provenientes de ONG que han terminado por institucionalizarse y consolidarse en medidas como el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Así, los entes competentes de la administración local han establecido acciones que dan cuenta de la apropiación de responsabilidad frente a las necesidades humanitarias, pero son diversas las tensiones que se presentan alrededor de la satisfacción de estas.

La migración es vista actualmente —al menos de manera inherente— como un problema que atenta contra la estabilidad que promete la estructura del Estado nación, un metarrelato heredado de la modernidad: para los contractualistas, deben poderse cumplir deberes, en especial el de renta o aporte, para disfrutar de vivir en ese Estado. No es una protección universal, sino adquirida, por no decir *comprada*, de suerte que el merecedor de la ciudadanía es quien puede gozar de derechos. El o la migrante que no se desplaza por razones de turismo o empresariales puede ser percibido como una *carga* prestacional para el ilíquido Estado o como alguien que amenaza la seguridad social frágilmente obtenida (Castillo y Oliveros, 2020). Es, como bien se ha distinguido, un rechazo a quien no tiene condiciones económicas, más que por extraño; es decir, una situación de aporofobia¹ al migrante. Esto se traduce, en palabras de Fiss (2008), en una estratificación social que convierte al migrante en paria, generando situaciones de discapacidad política (restricción al ejercicio de derechos políticos) y social (restricciones a derechos sociales) por parte de los mismos Estados. Esta última es especialmente inaceptable, ya que es la garantía de esta la que permitiría verdaderas estructuras de integración social.

¹ Entendida la aporofobia como la verdadera causa del rechazo hacia el otro: la pobreza por encima de las diferencias de origen (Cortina, 2017, p. 196).

La xenofobia y la discriminación experimentadas por migrantes venezolanos(as) en Colombia crecen con el paso del tiempo. Suelen expresarse en espacios públicos y limitan toda posibilidad de acceder efectivamente a las libertades fundamentales: servicios públicos esenciales, empleo, vivienda, salud, seguridad.

El Proyecto Migración Venezuela y la encuesta de Invamer Gallup evidenciaron que la población colombiana ha tenido una percepción negativa de las y los migrantes venezolanos: para octubre de 2018, creció al 52 %; en abril de 2020, llegó al 81 %, y disminuyó al 71 % para agosto del 2020, fecha que conmemoró cinco años del cierre de la frontera con el vecino país. Es destacable que la percepción de las personas colombianas que han tenido contacto con personas venezolanas es favorable, pero la de quienes no lo han tenido es desfavorable (Proyecto Migración Venezuela, 2021).

La percepción de un aumento en la inseguridad en relación con las venezolanas y venezolanos migrantes no solo complica la vida cotidiana en el país y la ciudad, sino que también refleja el estado social. Entre 2019 y 2020, el 43 % y el 53 % percibieron que la inseguridad aumentó a causa de los(as) migrantes venezolanos(as) (Proyecto Migración Venezuela, 2021). Conforme con este estudio, las consecuencias económicas y sociales de la pandemia impactaron de manera directa la percepción de los y las colombianas hacia la población migrante venezolana y las medidas de integración. Así, el problema de percepción frente al migrante tiene que ver con la percepción hacia la pobreza, fenómeno que Cortina (2017) ha denominado “aporofobia”.

En suma, esta investigación evidencia, desde las narraciones de diferentes participantes migrantes de Venezuela, sus vivencias relacionadas con el acceso a los derechos a la salud y al trabajo en la ciudad de Cali en la temporada postpandemia, en el 2021. Esto se analiza desde una perspectiva de integración social y derechos humanos. En un primer momento, se presentan diferentes concepciones teóricas respecto a la integración social; en segundo, se aborda el análisis del acceso a servicios relacionados con la salud, y, finalmente, se presentan avances respecto al análisis del acceso al trabajo.

Aspectos metodológicos

El avance de investigación aquí presentado se ajusta a las características metodológicas de los estudios de caso, desarrollados mediante técnicas cualitativas como las entrevistas semiestructuradas. Se buscó realizar una

aproximación a la realidad de las personas migrantes venezolanas, centrándose en categorías macro de análisis, como el acceso al servicio de salud y la situación laboral, ambas desde la perspectiva de la integración social. Dentro de las categorías macro, también se establecen tres subcategorías, partiendo de las observaciones generales 14 y 18 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC), que son: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y calidad.

En este sentido, los límites metodológicos se plantean alrededor de dos vertientes: una primera, referida a los estudios de caso, según lo expuesto en Martínez Carazo (2006), Yin (2009), Gentles et al. (2015) y Montoya (2020); y una segunda, en relación con las entrevistas semiestructuradas, conforme a lo establecido en Corbetta (2007) y Sampieri y Lucio (2017). Desde esta línea, el estudio o análisis de caso se ha percibido como una metodología de corte exploratorio, cuyos resultados no presentan conclusiones aptas de ser confirmadas (Montoya, 2020), pero son trascendentales para el desarrollo de estudios cualitativos, toda vez “investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto de vida real, sobre todo cuando los límites entre el fenómeno y contexto no son claramente evidentes” (Yin, 2009, p. 9).

Para esta investigación, se realizaron 24 entrevistas entre los meses de agosto y octubre del año 2021 en Cali. Los entrevistados fueron venezolanos y venezolanas migrantes, mayores de edad, que acudían a jornadas masivas de atención a población migrante en el marco de programas como el de hogar de paso, asesorías jurídicas, comedor de ayuda humanitaria, entre otros, en puntos de atención del Centro de Orientación y Atención a Migrantes y Refugiados (COAMIR), en el norte de la ciudad, en el sector de Guayacanes y en el sector de Nápoles. Ellos y ellas decidieron participar de la investigación y narrar sus experiencias, conociendo los objetivos de la misma, relacionados con la comprensión de sus vivencias como migrantes respecto al acceso a los derechos a la salud y al trabajo en Cali.

En dichos espacios confluyen distintos actores como la Pastoral para los Migrantes y Refugiados de la Arquidiócesis de Cali, el Consejo Noruego para Refugiados, ACNUR Colombia y la Secretaría Distrital de Bienestar Social de la Alcaldía de Santiago de Cali, entre otros.

Aproximaciones teóricas a la categoría de integración social

El ordenamiento jurídico colombiano se comprometió a armonizarse en 1991 con los desarrollos de protección de los derechos humanos con vocación de universalidad, persiguiendo el ideal de integración de todos los seres humanos a partir de la dignidad humana. Sin embargo, las consecuencias de reconocimiento prestacionales o asistenciales no son automáticas ni podrían serlo. Esto ha significado una especie de dinámica de inclusión y recogimiento del migrante al estatus del nacional.

La dinámica normativa intensificada por el fenómeno migratorio venezolano provocó la adecuación de normas que atendieran las circunstancias específicas de integración de oleadas de migrantes sujetos de derechos por mandato constitucional. Medidas como el Permiso Especial de Permanencia (PEP) y el Registro Administrativo para los Migrantes Venezolanos (RAMV) respondieron a una formalización del ingreso extraordinario, que se convierte en una estrategia de censo que permite identificar las medidas internas que posibiliten aspectos como los antes referidos de salud y trabajo; complementadas con medidas de atención y consideración a la educación de la población menor de edad, es decir, con el objetivo de alcanzar la integración social de la manera más comprensiva posible. Desde luego, los esfuerzos normativos no son suficientes y se presentan rezagos de aplicación administrativa, mientras, por otra parte, la sociedad receptora, que batalla con sus propias dinámicas de exclusión social, también resiente y resiste estos procesos de integración.

Sobre la integración en una sociedad construida

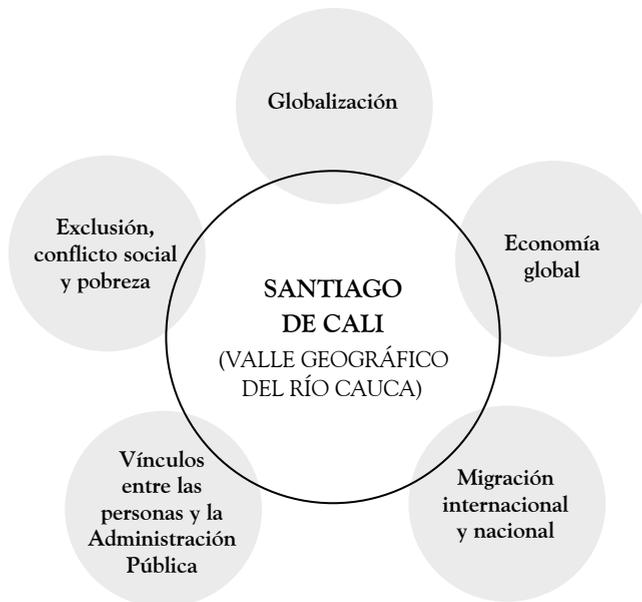
La forma en que se produce y reproduce la sociedad, en que las personas se desenvuelven a partir de su realidad individual, incide en cómo se integran socialmente, en el proceso de construcción de redes y sociedad (Sierra Fonseca, 2001). La reflexión práctica y teórica de la inclusión social invita a la reflexión sobre el desarrollo social y económico.

Colombia se ha comprometido a respetar y asegurar permanentemente los derechos de las personas, incluidas las migrantes, prestando especial atención a las causas del fenómeno migratorio, como las problemáticas políticas, sociales, económicas y medioambientales en otros países o regiones, que recaen sobre la población (Agencia de Calidad de la Educación, 2019).

La migración lleva consigo la expectativa de mejorar la calidad de vida y la introducción de la diversidad cultural; ambas representan retos para los países receptores. La urbanización se ha consolidado como el ideal de éxito, junto con los símbolos impuestos que reducen la ciudadanía a su capacidad de consumo, desplazando la humanidad protegida por derechos (Organización de las Naciones Unidas, 2020).

La migración es irreversible y despierta múltiples emociones. Vivir junto a quien se percibe diferente o ajeno es difícil porque requiere la capacidad de reconocer las diferencias como una posibilidad de construcción de nuevos conocimientos, de sociedad y no del desplazamiento de los saberes y modos de vida. El temor a lo diferente se mezcla con el temor a reducir la calidad de vida para quienes forman parte de la población receptora.

Figura 1
Retos de la inclusión social en la ciudad



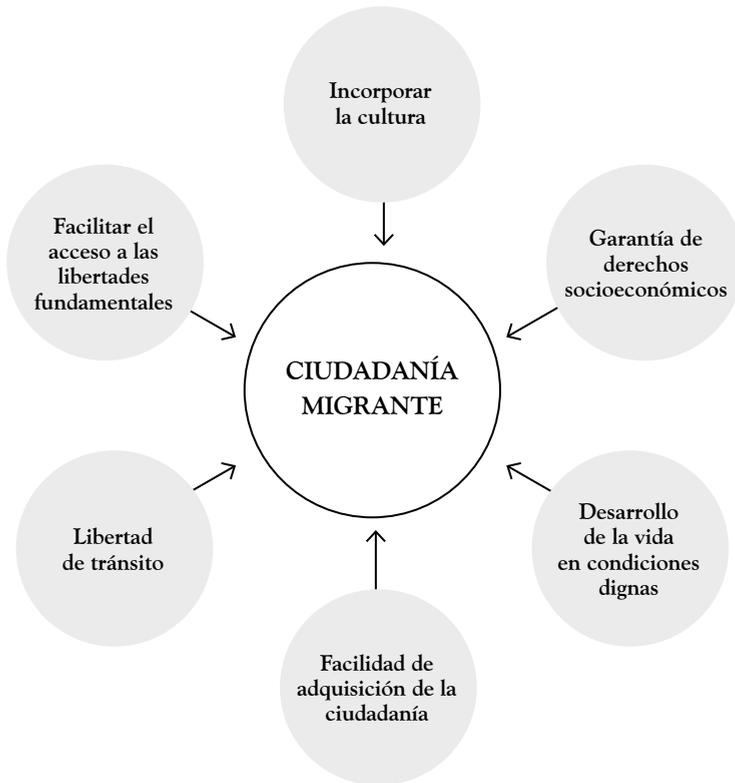
Los desafíos de la ciudad de Cali para satisfacer las necesidades básicas, incluyendo las de la población migrante, como alimentación, vivienda y salud, no solo se limitan a superar las dificultades del entorno social en términos de inclusión cívica, social y económica, sino que también constituyen factores de los que depende el desarrollo efectivo de las libertades fundamentales y el desarrollo humano integral en su máxima expresión (Organización de las Naciones Unidas, 2020).

La participación de venezolanos y venezolanas migrantes en los espacios culturales, sociales, políticos y económicos refleja el grado de inclusión en la comunidad de acogida. La falta de garantías para derechos como el reconocimiento de la ciudadanía, la vivienda, el trabajo en condiciones dignas, el acceso a servicios públicos, como salud y educación, así como el respeto a las diferencias por raza, género y orientación sexual, evidencian la exclusión social y la relación antagónica que se teje entre migrantes y comunidad receptora (Organización de las Naciones Unidas, 2020). Estas tensiones surgen de la incapacidad de incluir las diversas posturas y percepciones en la construcción de la vida en común (Mouffe, 2007).

El acceso a los servicios públicos exige la inclusión de la comunidad receptora. Reconocer las diferencias desde el respeto y validación asegura comprender las situaciones que enfrentan los y las migrantes, lo que implica que las propuestas de accesibilidad e inclusión deben responder a sus necesidades y parar la normalización de las condiciones precarias de vida que la desigualdad ofrece como única opción (Organización de las Naciones Unidas, 2020). Un factor primordial para la inclusión de venezolanos y venezolanas migrantes en todas las áreas es la percepción de la ciudadanía caleña acerca de este fenómeno. En línea de lo anterior, la ciudadanía define las libertades fundamentales en el Estado receptor. Esta se encuentra sujeta a los modelos nacionales culturales dominantes que establecen límites en cuanto a religión, raza, etc. Dichos límites son obstáculos para la inclusión, pues difícilmente cumplirán con las representaciones sociales correspondientes a la ciudadanía receptora, razón por la que es vital su reflexión y crítica (Ibarra Palafox, 2006).

En 2021, la mayoría de la población migrante venezolana estaba en pobreza multidimensional; aproximadamente el 51,7 % no tenía un adecuado acceso a salud, educación, empleo y servicios básicos (Proyecto Migración Venezuela, 2021). Así, la condición de pobreza, en el marco de una estructura social y cultural excluyente, abre paso a la aporofobia, que se manifiesta como el desprecio

Figura 2
Necesidades de la ciudadanía migrante



74

por el otro o la otra, partiendo de una posición de superioridad y de rechazo legitimado. En las fobias grupales hay convicción de la relación asimétrica objeto de rechazo que permite expresiones violentas grupalmente normalizadas. Por ejemplo, según la encuesta de percepción ciudadana de corte en el año 2023 de Cali Cómo Vamos (2023), el 48 % de caleños consideran que los habitantes de Cali aportan negativamente al respeto por la población migrante.

La sensibilidad al dolor humano capacita para reaccionar ante la vulneración de derechos fundamentales. La realidad de Colombia enfrenta problemáticas relacionadas con el conflicto armado, grupos ilegales al margen de la ley,

desplazamiento forzado, entre otras cuestiones estructurales. Acoger a personas en situación de vulnerabilidad representa un reto, pues existen evidentes dificultades, obstáculos y aspectos por fortalecer desde las instituciones, así como las necesidades económicas y educativas que dificultan que la población migrante venezolana se desarrolle de forma integral e integrada.

El derecho a la salud de los y las migrantes

El alcance del derecho a la salud se ha precisado mediante los estándares del Comité de DESC, entre los que se puede identificar la Observación General n.º 14, mediante la cual el Comité sostuvo que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación en lo referente al derecho a la salud por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o posición social. De igual manera, esta observación estableció que los Estados tienen el deber de respetar el derecho a la salud, absteniéndose de denegar o limitar el acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos hacia grupos vulnerables, entre los que se encuentran quienes solicitan asilo y personas en situación de migración irregular.

De igual manera, en el año 2017, el Comité de DESC adoptó una Declaración sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho instrumento reafirmó la obligación que tienen los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación alguna, los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes independientemente de su nacionalidad o condición jurídica.

En Colombia, el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe la discriminación por razones de nacionalidad, y en su artículo 100 estipula que las personas extranjeras gozan de los mismos derechos que las colombianas. De conformidad con los anteriores preceptos constitucionales, el derecho a la salud debe ser garantizado sin excepción a todas las personas que habitan el territorio nacional, toda vez que, como lo expresó la Corte Constitucional, “la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano” (Corte Constitucional, T-210, 2018). Para Van Arcken y Fernández (2020), en Colombia los extranjeros gozan de los mismos derechos fundamentales y garantías que tienen los nacionales colombianos, porque son derechos inherentes a la persona (p. 195).

Por su parte, la Corte Constitucional ha citado en su jurisprudencia la definición del derecho a la salud consagrada en la Observación General n.º 14, que lo define como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, al tratarse del derecho que tiene todo ser humano, sin distinción alguna, a disfrutar del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

Además, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una Ley Estatutaria (Congreso de la República de Colombia, Ley 1751, 2015) que regula el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, afirmado desde elementos y principios esenciales como la no discriminación, la equidad y la universalidad. La normatividad colombiana, mediante el Decreto 064 de 2020, previó la afiliación en salud al denominado régimen subsidiado² de la población migrante venezolana sin capacidad de pago, pobres y vulnerables, que contaran en ese momento con Permiso Especial de Permanencia vigente.

El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos bajo régimen de protección temporal, compuesto por el Registro Único de Migrantes Venezolanos y el Permiso por Protección Especial (artículo 1.º), se adoptó por medio del Decreto 216 de 2021. El primer mecanismo pretende recaudar y actualizar información como insumo para formular y diseñar políticas públicas (artículo 6.º), mientras que el segundo busca proporcionar un documento de identificación a los migrantes venezolanos que los autoriza a permanecer en el territorio nacional en condiciones de regularidad migratoria, y, por ende, a ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluyendo la posibilidad de vincularse mediante un contrato laboral (artículo 11).

Según datos del DANE (2022a), el indicador del número de migrantes venezolanos en trabajo formal, cotizando a la seguridad social mediante la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), que cuentan con documento de Permiso por Protección Especial (PPT), deja en evidencia que la inserción laboral de la población migrante venezolana ha sido incremental desde el mes de marzo de 2022. Se espera que, con la desaparición en el año 2023 del Permiso Especial de Permanencia (PEP), se registre un aumento en el número de migrantes venezolanos cotizando con PPT. Esta incorporación formal al mercado laboral implica que la población migrante venezolana contribuya

2 “Es el mecanismo mediante el cual la población más pobre del país, sin capacidad de pago, tiene acceso a los servicios de salud a través de un subsidio que ofrece el Estado” (Ministerio de Salud, s. f.).

al sistema de seguridad social, como se refleja en las estadísticas del DANE (2022a) sobre personas afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud con documento PEP y PPT, donde se observa un aumento de afiliados de enero a marzo de 2022.³

Análisis del derecho a la salud de la población migrante venezolana en Cali, departamento del Valle del Cauca

El Comité de DESC (2020), mediante la Observación General n.º 14, estableció cuatro (4) elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con el primer elemento, el órgano convencional de la ONU precisó que implica “contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas” (p. 3).

En segundo lugar, se encuentra la accesibilidad a los establecimientos, bienes y servicios de salud, de la cual se derivan otros elementos como son la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información (Comité de DESC, 2020, p. 4). En tercer lugar, la aceptabilidad se refiere a que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados” (Comité de DESC, 2020, p. 4). Finalmente, la calidad supone que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad” (Comité de DESC, 2020, p. 4).

La Ley Estatutaria que regula el derecho fundamental a la salud (Congreso de la República de Colombia, Ley 1751, 2015) adoptó los anteriores elementos en Colombia. De manera específica, el artículo 6 de la mencionada norma establece que la disponibilidad se refiere a “la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente”; la aceptabilidad se relaciona con el respeto a la ética médica y a las diversas culturas de las personas; la accesibilidad es la posibilidad de acceder a los servicios de salud en condiciones de igualdad; y la calidad hace referencia a la idoneidad de los servicios de salud conforme a los estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

³ La estadística expone que en enero de 2022 las personas afiliadas con documentos PEP y PPT fueron 439 094, en febrero, 481 743, y en marzo, 584 790.

1) La disponibilidad

La Defensoría del Pueblo (2003) ha afirmado que la disponibilidad “se relaciona con la dotación e infraestructura necesaria para darle un soporte concreto a la materialización al derecho a la salud” (p. 37). Adicional a la existencia suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la disponibilidad también implica el deber estatal de “garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población” (Corte Constitucional, T-121, 2015).

A partir de las entrevistas realizadas a la población migrante venezolana en Cali, Valle del Cauca, quedó en evidencia la existencia de establecimientos, servicios públicos y centros de atención de salud:

84 EGIPCODEP: ¿Identifica un centro médico o punto donde pueda ser atendido en caso de quebranto de salud?

85 LAV: El que yo conozco, el más cercano aquí en Nápoles y, por otro lado, pero este es más cerca, el Hospital de los Chorros.

En esta entrevista también se constata que los centros de salud y hospitales referidos por los actores son de carácter público, lo que refleja el cumplimiento del deber del Estado de contar con un número suficiente de establecimientos de salud.

78

132/133 EGIPCODEP: ¿Identifica un centro médico donde usted pueda ser atendida?

134 GF: Sí, hay dos.

135 EGIPCODEP: Hay dos, de acuerdo. ¿Más o menos a qué distancia quedan?

136 GF: Pues yo vivo... en el primero que me queda cerca, a una cuadra, o sea, yo vivo detrás de ese...

137 GF: puesto de salud y el otro sí ya me queda como a unas cinco, siete cuadras.

138 EGIPCODEP: Ok y ¿más o menos en tiempo eso cuánto es, a pie?

139 GF: Como a cinco minutos.

En definitiva, las respuestas de los actores reflejan lo siguiente: 1) existen establecimientos, centros de salud y hospitales; 2) los centros y establecimientos de salud son cercanos a sus lugares de residencia; 3) los hospitales y centros de salud referidos por los actores son públicos.

2) La accesibilidad

En el anterior apartado se evidenció lo crucial que es la disponibilidad, junto a otros elementos, para garantizar el goce eficaz del derecho a la salud. La accesibilidad permite que la atención en salud se brinde a toda la población, sin discriminación alguna.

Esta categoría es la que cobra mayor importancia en las fuentes orales de aquellos actores entrevistados. Para ellos, los principales factores que inciden en el no acceso a la salud radican en: 1) la discriminación indirecta que ejerce el Estado al impedir el acceso a un servicio de salud a los migrantes irregulares; y 2) los altos costos de los servicios de salud.

En lo que respecta al primer factor, si bien es cierto que ninguno de los participantes manifestó no haber podido acceder a un servicio de salud por una situación de discriminación directa imputable a un prestador del servicio de salud, la no accesibilidad a la salud sí está fundada en su estatus migratorio. Muchos de los entrevistados expresaron ser migrantes indocumentados, no contar con un visado, ni con el permiso especial de permanencia, lo que constituye la razón fundamental por la cual no pudieron acceder a servicios de salud cuando lo necesitaron:

46 EGIPCODEP: De acuerdo, señor Francisco, ¿usted me podría describir, cuando acude a uno de estos...

47 EGIPCODEP: lugares de atención médica, cómo ha sido esa experiencia siendo atendido?

48 FCM: Sí, un poco preocupante a veces, lenta y costosa, como muy a pesar de que...

49 FCM: sea un hospital, siempre, los costos son elevados cuando uno no tiene [...], en el caso de mi...

50 FCM: bebé, no tiene Permiso Especial de Permanencia (PEP), entonces eso me [...] fue una limitante para su atención.

En relación con los altos costos económicos para poder acceder a un servicio de salud, los entrevistados manifestaron:

91 PH: Eso sí es una cosa que tenemos nosotros el inmigrante, que no tenemos para que nos...

92 PH: atiendan en los centros de salud. Cuesta mucho, pues no tenemos SISBEN ni seguro, ni EPS...

93 PH: Nada de eso pues, ya le toca gastarlo a uno por su bolsillo, sacarlo de gastos personales, igual.

99 EGIPCODEP: ¿cómo calificaría ese precio? ¿Alto, bajo o normal?

100 PH: Alto, super costoso de verdad, eso sí lo veo caro, bastante, pues mis hijos son asmáticos. Una...

101 PH: vez me tocó llevarlos para que los nebulizaran. Tocó pagar ciento cincuenta mil pesos, un precio bastante elevado.

Las anteriores fuentes orales evidencian la dificultad en la accesibilidad económica a los diferentes establecimientos y programas de salud. Los altos costos que representan para la población migrante, cuando no se tiene una afiliación a uno de los regímenes de salud, impiden un acceso equitativo a los servicios de salud.

En materia de accesibilidad, las situaciones descritas muestran la falta de información sobre las medidas del Gobierno colombiano en el ámbito nacional y local para lograr el aseguramiento en salud de la población migrante regular. En lo que respecta a los migrantes irregulares, también se evidencia la insuficiente información acerca de la atención mínima en salud de la cual pueden ser beneficiarios en casos de extrema necesidad y urgencia.⁴

3) Calidad

Como se ha podido identificar, la satisfacción del derecho a la salud para los migrantes venezolanos tiene muchas barreras. Otra de las problemáticas que queda en evidencia con las fuentes orales recaudadas se relaciona con la calidad e idoneidad de los servicios médicos, desde una perspectiva científica.

⁴ Este criterio ha sido expuesto por la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU 677 de 2017.

Precisamente, en torno a la pregunta realizada por el entrevistador a los migrantes venezolanos, en relación con el lugar al cual acuden cuando se encuentran enfermos, manifestaron lo siguiente:

76 EGIPCODEP: ¿Usted acude siempre a un médico en primer lugar o acude a otro tipo de establecimiento?

78 SP: A una farmacia.

79 EGIPCODEP: ¿De primera mano?

80 SP: Ajá.

[...]

82 AC: A la farmacia, nosotros acudimos a las farmacias que están cerca. Por lo menos yo que vivo en...

83 AC: San Luis, hay varias farmacias y ahí hemos hablado y es que nos han prestado...

84 AC: atención, nos han dado indicaciones, qué se puede tomar, pero acudimos a la farmacia, todo.

Las respuestas de los actores reflejan la interrelación que tienen los elementos esenciales del derecho a la salud. Y es que, si no está garantizada la accesibilidad a la salud, no se podrá garantizar su calidad. La elección de algunos actores de automedicarse por no poder acudir a un establecimiento de salud, ya que no cuentan con un Permiso Especial de Permanencia, conlleva riesgos como la intoxicación, reacciones adversas o la falta de efectividad de algún medicamento. Asimismo, acudir a una farmacia para tratar una dolencia del cuerpo no ofrece la posibilidad de ser diagnosticado y tratado por un profesional de la salud.

Acceso al trabajo decente

El acceso al trabajo es un principio esencial vinculado a la vida digna y se considera fundamental para la realización de otros derechos. A nivel internacional, el derecho al trabajo está respaldado por el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

En el ámbito regional, documentos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador) (OEA, 1988) recogen en su articulado lo referente a trabajo en condiciones dignas.

En Colombia, el fomento del trabajo es uno de los valores fundantes del Estado social de derecho, como se indica en el preámbulo y en el artículo primero de la Constitución Política (1991). En igual sentido, en los artículos 25 y 26 de la norma destacan la doble dimensión del trabajo: como derecho (individual) y como obligación (colectiva), además de la importancia de la libertad vocacional. Frente a ello, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que, en primer lugar, el trabajo, como derecho fundamental, tiene una protección subjetiva e inmediata. Por otra parte, requiere del cumplimiento de obligaciones estatales y legislativas de garantía para toda la comunidad.

Desde el inicio del milenio, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2022a) introdujo la noción de trabajo decente, un objetivo universal encaminado a una globalización justa y a la reducción de la pobreza. “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”.

Así, esta perspectiva promueve la inclusión paritaria entre mujeres y hombres, grupos excluidos históricamente y, primordialmente, los y las jóvenes del mundo. En este orden de ideas, la OIT (2022a) enmarca al trabajo decente desde cuatro pilares: i) promoción de la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo, ii) creación de empleos e ingresos, iii) extender la protección social entre hombres y mujeres y iv) promoción del diálogo social entre Gobierno, empresarios y trabajadores.

Derecho al trabajo y población migrante

La igualdad es uno de los principios universales de mayor relevancia, reconocido en multiplicidad de fuentes jurídicas y, por supuesto, también es fundamento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. No obstante, es claro también que la población migrante no nacional irregular suele ser desprovista del “derecho a tener derechos”. La mayoría de los migrantes se desplazan de su lugar de origen en busca de mejores condiciones de vida y un sustento económico digno para ellos y sus familias; migran para mejorar sus ingresos mediante una colocación laboral diferente.

La mayoría de las políticas migratorias son restrictivas en temas laborales, lo cual es paradójico, porque a partir de migraciones se ha erigido la civilización. Los migrantes irregulares son una de las poblaciones afectadas principalmente por la precarización laboral y la obstaculización del acceso a otros bienes, como la seguridad social y la salud, aspectos necesarios para vivir con dignidad.

De acuerdo con Likic-Brboric y Schierup (2011), en relación con las dinámicas migratorias, el factor determinante de las condiciones de inequidad es lo que se ha denominado “régimen de mercado mundial laboral”, que parte de diferentes parámetros afianzados durante lo que ha corrido del siglo XXI.

Es importante indicar que establecer medidas restrictivas desproporcionadas frente al derecho al trabajo, fundadas desde las distinciones de nacionales y no nacionales y migrantes regulares e irregulares, se constituye como una forma de discriminación indirecta a esta población (Rúa y Londoño, 2020). En relación con ello, el no poder tener un trabajo formal aumenta las condiciones de vulnerabilidad, haciendo más proclives a los y las migrantes a la explotación laboral y la informalidad (Ramírez y Corredor, 2022).

En consecuencia, con o sin restricciones jurídicas y políticas por parte del Estado para el acceso al trabajo, estas personas terminan por conseguir un empleo, habitualmente, desde el menoscabo de sus otros derechos, por causa de dichos obstáculos formales. El acceso a trabajo decente para migrantes es crucial para la integración y cohesión social, por lo que no debería restringirse a solo una parte de la población, ya que esto termina por agudizar la inequidad.

Respecto a las medidas institucionales de atención a la población migrante en Colombia, en relación con los estamentos competentes, se han establecido lineamientos en materia de acceso al trabajo y a otros DESC; a este tenor, se refieren el documento CONPES 3950 de 2018 (DNP, 2018) y el Decreto 1288 de 2018, siendo este último generador de parámetros tales como el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), para facilitar el acceso de población proveniente de Venezuela al PEP, a seguridad social, entre otros bienes y servicios. Esto también se encuentra encaminado a reducir los costos de educación y agilizar los trámites de convalidación de títulos académicos.

Análisis del derecho al trabajo decente de la población migrante venezolana en Cali, Departamento del Valle del Cauca

Conforme con lo dispuesto por el Comité de DESC (2005) en la Observación General n.º 18, como también se observa para la satisfacción del derecho a la

salud, existen cuatro (4) elementos interdependientes y esenciales en cuanto a la satisfacción del acceso al trabajo digno, que son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La disponibilidad se refiere a los servicios especializados estatales que faciliten la búsqueda de empleo. Por accesibilidad se entienden las facilidades de acceso a empleo bajo las condiciones de: i) no discriminación, ii) accesibilidad física y iii) el acceso libre a la información. Finalmente, la aceptabilidad y la calidad se relacionan con la protección del derecho al trabajo propiamente dicho en condiciones dignas, desde las dimensiones de: i) garantía de condiciones laborales seguras y justas, ii) libertad de asociación y iii) libertad de escogencia de profesión o empleo.

1) Disponibilidad

Respecto a los parámetros de disponibilidad, uno de los factores más evidentes en los relatos de los y las participantes es la falta de libertad para elegir el oficio, dadas las escasas herramientas de empleabilidad disponibles para los y las profesionales inmigrantes. Por ende, esta población ha debido autogestionar sus posibilidades de empleo, afianzando también sus redes de apoyo. Desde esta perspectiva, es la misma población la que, por medio de dichas redes, identifica oportunidades de empleo (Rúa y Londoño, 2020):

212 EGIPCODEP: De acuerdo. Cuando usted accede a prestar el servicio como auxiliar de cocina, ¿lo hace a...

213 EGIPCODEP: través de un contrato de trabajo o/ algún otro tipo de compromiso?

214 AE: No, nunca me han realizado un trabajo por la misma situación, siempre entro por conocidos.

215 AE: Como que me recomiendan o eso y entramos como ahí bajo cuerda. Acordamos cierto salario.

Los fragmentos citados revelan la falta de claridad en los canales de apoyo con que cuenta la población migrante para conseguir empleo. Los mecanismos de autogestión, partiendo de las redes de apoyo creadas en las dinámicas comunitarias entre migrantes, pero también con la colaboración de la población local, han sido la estrategia más efectiva para identificar posibilidades de acceso a empleo.

2) Accesibilidad

Este aspecto es uno de los más complejos en temas de políticas de empleo en los Estados del sur global. Según informe de la OIT (2022b), para el año de 2021, la tasa de desocupación llegó al 11,1 % en la región de América Latina y el Caribe. En Colombia, la tasa de desempleo en marzo de 2022 fue del 13,2 %, muy cercana al 13,4 % que marcó Cali en este mismo periodo. Este indicador se aleja de la tasa natural de desempleo, estimada entre el 2 % y el 5 %, lo que señala un alto nivel de desempleo en el país y la ciudad. De la mano con ello, las posiciones ocupacionales en las que más se genera empleo son: obrero, empleado particular y trabajador por cuenta propia (DANE, 2022b).

Por medio de las fuentes orales es posible evidenciar que esta categoría es la que reviste mayor importancia. De las narrativas de los y las participantes de la investigación es posible deducir que: i) la mayoría de dificultades de accesibilidad se deben a condiciones de discriminación directa e indirecta, las cuales se agudizan por las distinciones que se dan entre migrantes regulares e irregulares; ii) las condiciones de género marcan fuertes brechas en el acceso laboral; y iii) las medidas de aislamiento frente a la pandemia ocasionada por el COVID-19 fueron un factor que obstaculizó la ocupación y fomentó la precarización del empleo, además de que generó mayores condiciones de vulnerabilidad en población migrante.

En este contexto, los participantes expresan que han percibido discriminación directa en el discurso de las personas, empleadores o clientes con los que interactúan en sus lugares de trabajo, por ser venezolanos(as). Así lo señala NM:

188 EGIPCODEP: Esa discriminación, digamos, más allá en la categoría de salud, ¿con qué frecuencia la siente?

189 EGIPCODEP: ¿algún otro tipo de discriminación?

190/191/192 NM: Continuamente, o sea, por ejemplo, en los trabajos, es demasiado. O sea, “el venezolano es ladrón”, lo tratan a uno mal, pero, o sea, uno como que está ahí solamente por la necesidad que uno tiene.

192/193 NM: Porque siempre lo he dicho, o sea, si no tuviera ninguna necesidad, no aguantaría tanta humillación, porque eso en parte es humillar a la otra persona.

La discriminación también se manifiesta indirectamente. Allí juega un papel determinante la condición de migrante regular o irregular, que determina el acceso a documentación como el ya mencionado PEP. Varios participantes indican que es una condición esencial para el acceso al empleo, a pesar de su escasez, tal como lo manifiesta el participante:

266 EGIPCODEP: Un año y medio, de acuerdo. Y usted, actualmente, se encuentra trabajando aquí en Colombia, aquí en Cali.

268 MV: Hoy en día, no, porque ya están exigiendo mucho lo que es el permiso, el PEP. He tratado...

269 MV: de buscar y en mi antiguo trabajo donde estaba cerraron por cuestiones económicas. Y...

270 MV: ahorita estoy desempleado

271 EGIPCODEP: Ok, en estos momentos, ahorita, usted se encuentra desempleado.

Por otra parte, como ya se ha indicado, los relatos evidencian que existen barreras sustentadas en el género para el acceso a trabajos formales. Estas se ven agudizadas cuando las mujeres se encuentran en estado de embarazo. Ello es visible en el relato de una de las participantes:

165/166 EGIPCODEP: Desde que usted migró a Colombia, es decir, hace más de un año, hasta ahora, ¿cuántas actividades ha desarrollado?

167 IV: Yo primero trabajé en una tienda donde venden ropa, antes de tener a la bebé. Luego quedé...

168 IV: embarazada y ya no he trabajado más así, en una tienda ni nada de eso.

169 EGIPCODEP: ¿Nada más desde ahí?

170/171 IV: Después de que nació la bebé, yo empecé a andar con ella y así, pero no he trabajado en ningún sitio.

En esa línea, varias de las mujeres migrantes consideran que, pese a regular su estatus migratorio, la condición de mujer gestante se convierte en una limitante para acceso al empleo. En palabras de otra de las participantes:

244 EGIPCODEP: En ese mismo hilo, entonces, ¿usted creería que una vez se regule el estatus migratorio le sería más fácil conseguir trabajo?

246 AG: ¡Sí! Muchísimo. Conseguir ya por lo menos, o bueno, yo ya por mi embarazo no encontraría...

247 AG: tan fácil, tan rápido. Por ejemplo, mi hermana sí.

En consonancia con lo anterior, hay que destacar que muchas de las mujeres empobrecidas en el territorio colombiano son cabeza de familia o necesitan contribuir económicamente a sus hogares, y varias de ellas son inmigrantes. El trabajo de cuidado ha sido históricamente asignado a las mujeres, lo que normalmente las sitúa en una situación de desigualdad al momento de intentar acceder a un empleo:

177 EGIPCODEP: A su consideración, ¿cuáles son los principales obstáculos para trabajar aquí en Colombia?

178 IV: ¿Los obstáculos? Me imagino que por la niña, porque yo no puedo andar en la calle con ella así

179 IV: [...].

180 EGIPCODEP: Y además el tema de los permisos, la documentación, para hallar trabajo ¿es complicado?

181 IV: Complicado, sí.

182 EGIPCODEP: Vale y ¿qué otro obstáculo usted diría para encontrar trabajo aquí?

183 IV: No tengo quién me tenga la bebé, para poder trabajar.

[...]

187/188 EGIPCODEP: ¿Usted consideraría que teniendo un permiso de permanencia le sería más fácil conseguir trabajo aquí en Colombia?, ¿o le sería igual?

189/190 IV: Me sería casi igual, porque no tendría quién me tuviera la niña. No tengo con quién dejarla; solo estamos nosotros tres nada más

Esto da cuenta, por un lado, de la necesidad de asistencia y medidas claras en el terreno de la salud sexual y reproductiva para esta población. Por otro lado, de establecer incentivos para que los empleadores contraten personas gestantes, reconociendo que este factor no solo afecta a las mujeres migrantes, sino también a las personas vulnerables en general.

Además, se señala que las medidas tomadas por el Estado y el Distrito en el marco de la pandemia afectaron directamente a la población migrante en cuanto al acceso a oportunidades laborales. Si para la población nacional empobrecida tuvo impactos bastante desfavorables, para la población migrante representó, y representa para algunos aún, un factor que genera mayores condiciones de vulnerabilidad, dado que muchas de estas personas obtienen su sustento a partir de la ocupación informal. Este aspecto se evidencia en la mayoría de los relatos de los y las participantes.

Por ejemplo, la señora MS, quién se dedica a vender café en un semáforo, cuenta cómo las ventas disminuyeron por la desconfianza de las personas sobre la higiene, a la par que las condiciones de su esposo cambiaron negativamente:

388 EGIPCODEP: De acuerdo y, según esa consideración frente a la experiencia de su esposo e incluso la suya...

389 EGIPCODEP: usted cree que la aparición de la pandemia ¿ha impactado en su condición laboral?

390 MS: Sí, muchísimo.

391 EGIPCODEP: ¿De qué manera?

392 MS: Pues, yo trabajé en el semáforo y la gente me compraba bastante, muchísimo, pero ya con la...

393 MS: pandemia, a la gente le da miedo tomar tinto así en la calle y las ventas bajaron. Y mi esposo...

394 MS: trabajaba en una ferretería, entonces duró esos meses sin trabajar y cuando entró a trabajar...

395 MS: le bajaron el sueldo y entonces él no quiso trabajar más, porque le habían bajado el sueldo.

396 MS: De cuarenta mil pesos diarios le querían pagar veinticinco y todo el día y tenía que manejar y...

397 MS: tenía que hacer... los trabajos en ferretería son duros. Entonces, él renunció y montó su propio...

398 MS: negocio

Así la accesibilidad se presenta potencialmente como el factor más afectado en el ejercicio del derecho a trabajar de la población migrante, ya que hay obstáculos de discriminación directa e indirecta, centrados en su condición de extranjeros.

3) Aceptabilidad y calidad

Es claro que a los y las inmigrantes la informalidad laboral les brinda mayores posibilidades para obtener ingresos económicos, pero no ofrece condiciones óptimas de aceptabilidad y calidad para el trabajo digno. Sin embargo, algunas de estas personas han logrado acceder a empleos formales que les brindan condiciones apropiadas:

151 EGIPCODEP: Y, señor F, digamos que, bueno, sabiendo que usted cuenta con PEP, me imagino que...

152 EGIPCODEP: también debe haber un contrato de trabajo, ¿cierto?

153 FCM: Sí.

154 EGIPCODEP: De acuerdo, ¿ese contrato de trabajo usted lo considera justo? cuando usted ingresó a trabajar...

155 EGIPCODEP: se lo colocaron a su conocimiento.

156 FCM: Sí, todo.

Estos fragmentos de conversación evidencian que la disponibilidad de empleo formal mejora las condiciones socioeconómicas de quienes acceden a este tipo de trabajos. El PEP y la exigencia de regularización son obstáculos en relación con este aspecto, como se mencionó sobre la categoría de accesibilidad.

En diferentes escenarios, la discriminación también se da a la hora de la remuneración, asunto que afecta la aceptabilidad y calidad de la ocupación. Las personas terminan por acceder a este tipo de empleos por la necesidad de obtener un modo de sustento, a pesar de las condiciones de inequidad, lo que termina por contribuir también a la precarización del mercado laboral:

153 EGIPCODEP: Y a su percepción, ¿cuál cree que es el tipo de discriminación más frecuente que se pueda llegar a presentar?

155 JR: O sea, no sé si esto sea discriminatorio, pero, o sea, no sé si ahí entra que al colombiano...

156 JR: le pagan cincuenta, pero al venezolano, en ese mismo trabajo, le quieren pagar veinte. Para mí...

157 JR: eso es discriminatorio, eso sí los he conocido.

158 EGIPCODEP: Ha conocido casos...

159 JR: Casos así que mientras a unos le pagan cuarenta, a otros le pagan veinte porque es venezolano.

160 EGIPCODEP: Por el simple hecho de ser migrante recibe menor paga.

161 JR: Sí.

Ante la libertad de elección del oficio, hay que resaltar la experiencia de uno de los participantes, que se dedicaba a la docencia en música y artes en Venezuela, y en Cali trabaja en seguridad. Antes trabajaba desde la informalidad interpretando música en buses y en el espacio público. Así, expresa que, aunque después de haber regularizado su situación migratoria en el país el acceso al empleo formal fue menos complicado, no ha logrado ejercer su profesión de base:

169/170 EGIPCODEP: De acuerdo y, bueno, en ese sentido, entonces, usted me podría describir ¿cuáles son los principales obstáculos para poder trabajar aquí en Colombia?

171 FCM: Los papeles.

172 EGIPCODEP: Los papeles...

173 FCM: Sí, o sea, en el caso mío, los profesionales no podemos ejercer por el sello de apostilla venezolano.

174 FCM: Eso es un proceso demasiado engorroso y...caro. Ese es uno y obviamente el que tiene que ver...

175 FCM: con el estatus legal aquí en el país, sí es otra limitante.

El caso del señor FCM da cuenta de la dificultad de las personas profesionales migrantes para ejercer su oficio en Colombia, ya que los trámites de homologación de los títulos académicos y los costos que implican se convierten en una barrera de acceso al trabajo.

En este orden de ideas, de diferentes relatos de distintas personas migrantes provenientes de Venezuela, se puede deducir la necesidad de establecer canales de flexibilización de la población migrante para el ejercicio de profesiones. La escogencia de una profesión hace parte de la realización del proyecto propio de vida y también implica una función social respecto a la comunidad en la que se encuentra. En ese sentido, podría estarse menospreciando a profesionales capaces de aportar a la construcción del tejido social en Colombia.

Entonces, la precariedad del mercado laboral termina por impactar directamente las condiciones de vida de los y las migrantes. En una ciudad como Cali, que posee los mismos niveles de desempleo que la media nacional, contar con un empleo formal y obtener una remuneración justa y proporcional termina siendo un privilegio.

Conclusiones

La integración social es un proceso directamente permeado por las dinámicas de inequidad social. Santiago de Cali, a pesar de ser una ciudad pluriétnica y multicultural, enfrenta grandes desafíos por los factores económicos que legitiman las narrativas de aporofobia y xenofobia. Entonces, el acceso a DESC sin discriminación alguna termina siendo un factor determinante para la materialización de dicha integración. En ese sentido, no promover y evitar la estratificación social a la que hace referencia Owen Fiss (2008) debe ser el enfoque esencial de toda política migratoria, siempre ajustada al contexto concreto en que sería aplicada.

El Estado colombiano reconoce ampliamente los DESC y por medio de sus instituciones ha sido enfático en que no puede presentarse discriminación en la garantía de estos, menos aún si el parámetro es el de la categorización entre nacionales y extranjeros o extranjeras. Por ello, ha establecido diferentes medidas políticas y legales, en función de evitar y mitigar estos aspectos. No obstante, sorprende, como quedó en evidencia, la arbitrariedad en relación con este tipo de políticas cuando la Registraduría Nacional llevó a cabo la cancelación de más de cuarenta mil cédulas de ciudadanía y anulación de diferentes registros civiles conforme con la Resolución 7300 de 2021, de las cuales 26 812 correspondían

a personas colombo-venezolanas (Dejusticia, 2023), vulnerando el derecho al debido proceso y a la identidad de diferentes personas (Corte Constitucional, T-183 y T-149, 2023).

La migración y el desarrollo sostenible tienen un vínculo directo. Establecer y garantizar acciones de equidad frente a esta población implica contribuir a dicho objetivo, fomentando la prosperidad económica y el bienestar de la humanidad. En esa línea, los derechos a la salud y al trabajo decente son condiciones esenciales para el ejercicio de otros derechos. Son muchos los retos que tienen el Estado colombiano y la ciudad de Cali ahora que el flujo migratorio ha dejado de ser una coyuntura para convertirse en la normalidad de las personas que habitan el territorio.

Finalmente, es imprescindible aplicar, a partir de la transversalidad, marcos de interseccionalidad, en los que se consideren distintos enfoques diferenciales: género, discapacidad, ciclo vital, justicia racial, entre otros.

Referencias

Agencia de Calidad de la Educación. (2019). *Estudio inclusión de estudiantes migrantes en el sistema escolar 2019*. http://archivos.agenciaeducacion.cl/CDC_InclusionmigrantesFINALWEB.pdf

Cali Cómo Vamos. (2023). *Encuesta de percepción ciudadana 2023: corresponsabilidad y cultura ciudadana*. https://www.calicomovamos.org.co/_files/ugd/ba6905_8a8d5e90dbd744c7a248ffa20299f974.pdf

92 Castillo, M. L. y Oliveros, S. (2020). Ciudadanos invisibles: cambio de la concepción epistémica en el reconocimiento de derechos humanos a población migrante. En C. Rúa y J. Rincón (Comps.), *Cargando la esperanza: análisis de casos de la inmigración venezolana* (pp. 259-279). Ibáñez.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (1990). Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Ginebra. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2000). Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Ginebra. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2005). Observación General 18, El derecho al trabajo, Ginebra. <https://www.eschr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (2017, 13 de marzo). Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVyNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>
- Congreso de la República de Colombia. (16 de febrero de 2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. [Ley Estatutaria 1751 de 2015]. DO: 49.427.
- Constitución Política de Colombia [C. P.]. (1991). Gaceta Constitucional número 114.
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. McGraw-Hill.
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de junio de 2018). Sentencia T-210 [M.P. Ortiz Delgado, G.].
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de octubre de 2023). Sentencia T-419 [M.S. Cortés González, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-419-23.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de mayo de 2023). Sentencia T-183 [M.P. Reyes Cuartas, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-183-23.htm>
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (1ª Ed.). Paidós.
- Dejusticia – Centro de Estudios Jurídicos y Sociales. (2023). Anulación de documentos a personas colombo-venezolanas: presentamos concepto técnico. <https://www.dejusticia.org/litigation/anulacion-de-documentos-a-personas-colombo-venezolanas/>

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. (2022a). *Reporte estadístico de migración N.º 2*. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/migracion/2doreporte-migracion.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. (2022b). Información sobre empleo y desempleo. Recuperado en mayo de 2022, de <https://www.dane.gov.co/index.php/en/statistics-by-topic-1/labor-market/empleo-y-desempleo>
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2018). *Documento CONPES: Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2018/conpes_3950.pdf
- Fiss, O. (2008). *Una comunidad de iguales*. Distribuciones Fontamara S. A.
- Gentles, S., Charles, C., Ploeg, J. y McKibbin, K. A. (2015). Sampling in Qualitative Research: Insights from an Overview of the Methods Literature. *The Qualitative Report*, 20(11), 1772-1789. <https://doi.org/10.46743/2160-3715/2015.2373>
- Ibarra Palafox, F. (2006). La ciudadanía migrante. *Precedente Revista Jurídica*, 6, 153-173. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1427>
- Likic-Brboric, B. y Schierup, C. U. (2011). Gobernabilidad asimétrica, trabajo decente y derechos de los migrantes. *Migración y Desarrollo*, 9(17), 3-43. <https://doi.org/10.35533/myd.0917.blb.cus>
- Martínez Carazo, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión*, (20), 165-193.
- Migración Colombia. (2023a). Informe Ejecutivo Flujos migratorios de colombianos y extranjeros. Corte: diciembre 31 de 2023. (Infografías). https://www.migracioncolombia.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-migracion-colombia/content/files/001127/56344_flujos-migratorios-de-colombianos-y-extranjeros-2023-corte-diciembre.pdf
- Migración Colombia. (2023b). Radiografía de migrantes venezolanos(as) en Colombia. Corte 31 de diciembre de 2023. https://www.migracioncolombia.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-migracion-colombia/content/files/001127/56343_informe-distribucion-migrantes-venezolanos-diciembre-2023-ejecutivo.pdf

- Ministerio de Salud. (s. f.). Régimen Subsidiado. Recuperado en abril de 2022, de <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/RégimenSubsidiado.aspx#:~:text=El%20Régimen%20Subsidiado%20es%20el,subsidio%20que%20ofrece%20el%20Estado>
- Montoya, M. (2020). El estudio de caso como método de análisis e investigación para problemas en perspectiva socio-jurídica. En C. Rúa y J. Rincón (Comps.), *Cargando la esperanza: análisis de casos de la inmigración venezolana* (pp. 27-34). Grupo Editorial Ibáñez.
- Mouffe, C. (2007). *En torno a lo político* (1.ª Ed.). Fondo de cultura económica.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2020). Inclusión de los migrantes en las ciudades políticas y prácticas urbanas innovadoras. https://www.fundacionbertelsmann.org/wp-content/uploads/2021/10/54._95415402-GUIA-Inclusion-de-los-Migrantes.pdf
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador (17 de noviembre de 1988). <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2022). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2022*. <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/?lang=ES>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2022a). Trabajo Decente. Recuperado en febrero de 2021, de <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2022b). Panorama laboral 2021: América Latina y el Caribe. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_836196.pdf

- PNUD Colombia (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia). (2021). Objetivos de Desarrollo Sostenible. <https://www.undp.org/es/colombia/objetivos-de-desarrollo-sostenible>
- Proyecto Migración Venezuela. (2021). Percepción de la migración durante la flexibilización de las medidas para contener la covid-19: una mirada desde los estereotipos. https://migravenezuela.com/wp-content/uploads/2023/08/1606257669_boletin_15_percepcion_y_estereotipos-pdf.pdf
- Ramírez, L. y Corredor, J. (2022). Perspectivas de la migración en el Sur Global. En Ramírez y Corredor (Comps.) *Migración y trabajo decente: Retos para el Sur Global* (pp. 10-20). Dejusticia.
- Rúa, C. F. y Londoño, S. (2020). Percepciones en torno al derecho al trabajo por la población venezolana inmigrante en Santiago de Cali: análisis del periodo 2015-2018. En C. Rúa y J. Rincón (Comps.), *Cargando la esperanza: análisis de casos de la inmigración venezolana* (pp. 81-106). Ibáñez.
- Sampieri, R. C. y Baptista, L. O. (2017). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Shachar, A. (2021). *The shifting border: Legal cartographies of migration and mobility*. Manchester University Press.
- Sierra Fonseca, R. (2001). *Integración social y equidad en la perspectiva del desarrollo humano sostenible* (1.ª Ed.). PNUD. <https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/BibliotecaV2/Documentos/Globalizacion/Articulos/IntegracionSocialEquidad.pdf>
- Sousa Santos, B. (2019). *Educación para otro mundo posible* (1.ª Ed.). CLACSO. http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Educacion_para_otro_mundo_posible_Boaventura.pdf?msclkid=3ddff3b0b54211ecae6814fe4517afda
- Van Arcken Salas, E. y Fernández, D. (2020). La protección de los derechos fundamentales de la población migrante internacional por la corte Constitucional colombiana. *Revista Republicana*, (28), 179-204. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v28.a82>
- Yin, R. (2009). *Investigación sobre estudios de casos. Diseño y Métodos*. SAGE Publications.

Juan Felipe Parra Rosas*

Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)

jf.parra12@uniandes.edu.co

Saliendo del “closet pensional”: Un análisis desde la teoría queer de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación con la operatividad de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo en Colombia

Coming Out of the Pension Closet: An Analysis From the Queer Theory of the Rulings of the Supreme Court of Justice in Relation to the Operation of the Survivor’s Pension in Same-sex Couples in Colombia

Saindo do ‘armário previdenciário’: Uma análise a partir da teoria queer das decisões da Corte Suprema de Justiça em relação à operacionalidade da pensão de sobrevivência para casais do mesmo sexo na Colômbia

Artículo de reflexión: recibido 17/01/2024 y aprobado 20/03/2024

* Abogado con profundizaciones en Derechos Humanos y Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario (Colombia). Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y estudiante del Doctorado en Derecho y la Maestría en Sociología de esa misma universidad. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes y Universidad del Rosario. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7898-3535>

Un especial agradecimiento a Adolfo Rey, estudiante de derecho y economía de la Universidad de los Andes, quien me ayudó con la sistematización de algunas de las sentencias analizadas en este artículo. La investigación fue financiada con recursos propios y está estrechamente relacionada con las líneas de investigación del autor en el Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, así como con su participación activa en el Semillero de Trabajo y Derecho.

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.6669>

Cómo citar:

Parra Rosas, J. F. (2024). Saliendo del “closet pensional”: Un análisis desde la teoría queer de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación con la operatividad de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo en Colombia. *Precedente Revista Jurídica*, 24, 97-121.

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.6669>



Resumen

Este artículo presenta un análisis de los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, específicamente por la Sala Laboral y de Descongestión Laboral, en los que existe una disputa sobre la operatividad de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo. Para ello, usando una metodología cualitativa de revisión jurisprudencial, se examinan las reglas y subreglas aplicadas por los magistrados para resolver los casos, contrastándolas con algunas ideas fundamentales de las teorías jurídicas *queer*. En ese ejercicio de análisis, el texto desagrega cómo desde las reglas dogmáticas ideadas por el juez ordinario laboral existen oportunidades emancipatorias que escapan de la concepción binaria del género. Una de las principales conclusiones es el papel progresista que desde el derecho laboral han desempeñado la Sala de Casación Laboral y la Sala de Descongestión, al crear normas de reconocimiento de la convivencia diferenciada para la obtención de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo.

Palabras clave: pensión de sobreviviente; LGTBIQ; teoría jurídica queer; derecho laboral; seguridad social; convivencia.

Abstract

This article presents an analysis of the rulings issued by the Supreme Court of Justice - Labor Chamber and Labor Congestion Chamber - regarding the operability of survivor pensions in same-sex couples. To achieve this, a qualitative methodology of jurisprudential review is employed to analyze the rules and sub-rules applied by the judges in resolving these cases, contrasting them with certain foundational ideas of queer legal theories. In this analytical exercise, the text elucidates how, within the dogmatic rules devised by the ordinary labor judge, there are emancipatory opportunities that escape the binary gender paradigm. One of the main conclusions drawn from this analysis is the progressive role played by the Labor Cassation Chamber and the Congestion Chamber within labor law, in formulating norms that acknowledge differentiated cohabitation for the acquisition of survivor pensions for same-sex couples.

Keywords: Survivor Pension; LGTBIQ; Queer Legal Theory; Labor Law; Social Security; Coexistence.

Resumo

Este artigo apresenta uma análise das decisões proferidas pela Corte Suprema de Justiça - Sala Trabalhista e de Descongestionamento Trabalhista - nas quais existe uma disputa sobre a operacionalidade da pensão de sobrevivência em casais do mesmo

sexo. Para isso, utilizando uma metodologia qualitativa de revisão jurisprudencial, são analisadas as regras e sub-regras aplicadas pelos magistrados para resolver os casos, contrastando-as com algumas ideias que fundamentam certas teorias jurídicas queer. Nesse exercício de análise, o texto desagrega como, a partir das regras dogmáticas concebidas pelo juiz trabalhista ordinário, existem oportunidades emancipatórias que escapam da égide binária de gênero. Uma das maiores conclusões desta análise é o papel progressista que a Sala de Casação Trabalhista e a Sala de Descongestionamento têm desempenhado no direito do trabalho ao criar normas de reconhecimento da convivência diferenciada para a obtenção da pensão de sobrevivência de casais do mesmo sexo.

Palavras-chave: pensão de sobrevivente; LGBTQIA+; teoria jurídica queer; direito do trabalho; segurança social; convivência.

Introducción: el contexto de la salida del closet para obtener las protecciones jurídicas que brinda el amor; el caso de la pensión de sobreviviente

La Constitución de 1991 significó un cambio estructural en el entendimiento de la carta de derechos y el valor del individuo dentro de la sociedad, ameritando la construcción dogmática de principios y garantías que buscan asegurar la dignidad de los sujetos (Quinche, 2009). Dentro de estas garantías, el principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 13 del texto constitucional, se convirtió en la herramienta por excelencia mediante la cual los grupos históricamente discriminados han logrado conseguir una serie de derechos que otros grupos más privilegiados ostentaban desde el pasado. Todo esto, a la sombra del legislativo, que en Colombia no ha respondido a las necesidades particulares de estos grupos (López, 2016).

Dentro de ese contexto, se encuentran las luchas por la consecución de derechos de la población LGTBIQ+. Tal y como lo expone Diego López (2016), el juez constitucional ha sido fundamental para el cambio de paradigma en Colombia, donde la población LGTBIQ+ ha logrado equipararse a la población heterosexual en diferentes nichos de protección jurídica que les brinda el acceso a una serie de instituciones que repercuten a la vez en sus derechos fundamentales. Como lo evidencia el autor, el cambio jurisprudencial se remonta a la Sentencia C-481 de 1998, en la que se analizó la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias a docentes públicos por “actos homosexuales”, donde la Corte Constitucional, mediante un sólido análisis ideológico y argumentativo de la Constitución, declaró inconstitucional dicha disposición. Sin embargo, esa línea jurisprudencial de la construcción de los derechos de la población LGTBIQ+ se ha ramificado en otras aristas, relacionadas particularmente con el derecho a constituir una familia, la operatividad de la pensión de sobreviviente o sustitución pensional y de la licencia de maternidad (López, 2016).

Así, la Sentencia C-075 de 2007, la cual redefinió los conceptos de *compañeros permanentes* y *unión marital de hecho* para dar cabida a las parejas del mismo sexo; la Sentencia C-811 de 2007, que permitió la afiliación del compañero permanente del mismo sexo al sistema nacional de salud; la Sentencia C-075 de 2007, que precisó que cualquier diferencia de trato relacionada con la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional; la Sentencia C-336 de 2008, relacionada con la operatividad de la pensión de sobreviviente y

sustitución pensional de compañeros permanentes del mismo sexo; la Sentencia C-283 de 2011, relacionada con la porción conyugal de parejas del mismo sexo cuando se abre la sucesión; la Sentencia C-577 de 2011, que acogió un criterio amplio de familia, y la Sentencia C-415 de 2022, que extendió la operatividad de la licencia de maternidad para parejas del mismo sexo, son un claro ejemplo de cómo el juez constitucional construyó una gama de derechos que repercuten en la inclusión de la población LGTBIQ+ en las instituciones sociales regidas por el derecho civil, el derecho laboral y el derecho a la seguridad social.

Precisamente, en este punto es en el que se concentra este artículo. Existen múltiples investigaciones que analizan la construcción del derecho a obtener una pensión de sobreviviente en las parejas del mismo sexo por parte de la Corte Constitucional en Colombia. Sin embargo, existen pocas investigaciones que analicen cómo este derecho funciona en el binomio teórico-práctico y cómo estas reglas son adoptadas por el juez natural que es competente para conocer los litigios sobre esta materia. En ese sentido, este artículo presenta un análisis de los fallos de casación proferidos por la Corte Suprema de Justicia en los que se encuentra inmersa la discusión de la adjudicación de la pensión de sobrevivientes a compañeros permanentes del mismo sexo. Para ofrecer un marco analítico crítico, los fallos analizados se estudiaron bajo algunos postulados de las teorías jurídicas *queer*, mostrando cómo las reglas ideadas por la Corte Suprema de Justicia abordan las relaciones amorosas de las parejas del mismo sexo bajo unos parámetros no heteronormativos, lo que permite que las identidades diversas y sus formas de relacionamiento no sean parametrizadas bajo las reglas construidas en clave de binarismo de género.

De esta manera, este artículo busca contribuir a la literatura sobre la materia, al conectar el análisis jurisprudencial con la teoría queer. Si se revisan las investigaciones existentes, todas se concentran en juiciosos análisis jurisprudenciales. Por ejemplo, Patiño Jiménez y García Juan (2019); Contreras et al. (2018); Pulido y González (2013); Pardo (2021); Espinosa (2022); Grajales et al. (2022); Arráez y Lastre (2014); González y Quintero (2021), y Buitrago et al. (2015) se enfocan en analizar cómo se ha construido históricamente el derecho a la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia. Los artículos en cuestión analizan cómo se ha expandido el concepto de *familia* y cómo esta expansión ha tenido efectos en el sistema de seguridad social con la protección al compañero permanente supérstite del mismo sexo. Sin embargo, ninguno aborda específicamente las reglas y el lenguaje diseñados por el juez

ordinario para adjudicar este derecho a parejas del mismo sexo ni confronta dichas reglas con las teorías jurídicas queer. Es precisamente allí donde este artículo busca llenar el vacío de la literatura.

Para lograrlo se presenta inicialmente la metodología utilizada en el texto. Posteriormente se expone el análisis de los fallos. Después se aborda el marco teórico queer que se usó para analizar los fallos seleccionados. Finalmente, se ofrecen algunos comentarios a manera de conclusión. Es importante que el lector tenga en cuenta que este estudio se concentra en las reglas dogmáticas que han permitido conceptualizar otras formas de relacionamiento y amor diferenciadas a las construcciones heteronormativas que habían alimentado al derecho colombiano durante toda su vida de república, hasta la aparición de la Constitución de 1991, y en las nuevas realidades sociales a las que el derecho ha tenido que adecuarse.

Metodología: cómo leer las reglas de pensión de sobreviviente desde la teoría queer

La investigación siguió una metodología cualitativa y se fundamentó en la creación de una base de datos compuesta por sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral y la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con las temáticas de “pensión de sobreviviente” y “sustitución pensional”. Se limitaron los registros únicamente a los casos en donde se discutía esas prestaciones económicas en parejas del mismo sexo. La búsqueda inicial se realizó en el Sistema de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y se complementó con una búsqueda integrada en Vlex y LexBase, tomando en cuenta únicamente las sentencias proferidas entre 2007 y 2022. Después de revisar los textos encontrados, se seleccionaron en total seis sentencias de casación.

Las sentencias estudiadas en el presente artículo comenzaron a ser proferidas por la corporación en el 2016, con la sentencia fundadora de la construcción argumentativa de la Corte Suprema de Justicia en la que se comienzan a construir reglas jurisprudenciales aplicadas para contextos de relaciones no heteronormativas. Ese año de inicio de la línea se profirió la Sentencia SL5524 de 2016; fue la primera vez en la que el órgano de cierre de la jurisdicción laboral se pronunció al respecto. Dos años después, en 2018, se profirió una sentencia, la SL2296, y en el año 2019, las sentencias SL1366 y SL4549. Posteriormente, en el 2020, se expidió la sentencia SL3861, que es la única que ha negado la

pensión de sobreviviente en los casos de parejas del mismo sexo. Por último, la corporación profirió la Sentencia SL2151 de 2022, la más reciente en la materia y en donde se puede ver de manera clara la solidez de las reglas creadas por la Corte para estos casos.

Para analizar el texto de las sentencias, entendiendo que el principal objetivo de la investigación era analizar desde las teorías jurídicas queer las reglas creadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los casos de pensión de sobreviviente o sustitución pensional en parejas del mismo sexo, se esquematizó cada una de las sentencias y se diseccionaron en fichas jurisprudenciales, en las que se organizaban los hechos del caso, los argumentos de las partes en litigio, las consideraciones de la Corte para fallar, las reglas ideadas por la Corte que tenían una aplicación especial y estratégica para los casos de las parejas del mismo sexo en lo que concierne a la pensión de sobreviviente y el sentido del fallo. Posteriormente, sobre estos textos se aplicó un conjunto de técnicas de análisis para identificar la estructura gramatical y de significado potencial de las reglas de adjudicación de pensión de sobreviviente para parejas del mismo sexo que pudieran ser analizadas desde la teoría queer. Así, en todos los textos se codificaron los extractos que pueden ser leídos desde la teoría queer y que en la práctica tienen efectos distributivos, al ser claves para la adjudicación de un derecho.

De esta manera, el análisis parte de revisar las reglas desde categorías de la teoría queer que pueden subsumir la aplicabilidad de las reglas creadas por la Corte Suprema de Justicia colombiana en los casos de análisis. Por lo tanto, se aplicó el método de análisis textual de las sentencias para confrontarlos con los múltiples significados y categorías que surgen de las teorías queer, entendiendo que estas últimas, por definición, se oponen a lo normal, a lo legítimo y a lo dominante (Halperin, 1995, p. 65; Villegas et al., 2006).

Los casos en concreto: una mirada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la pensión de sobreviviente

Como señala Janet Halley (2006), el ordenamiento jurídico fue construido para mantener la subordinación de las identidades diversas y la supremacía de la identidad heterosexual. Así, la asignación y adjudicación de una serie de derechos a las identidades heterosexuales por parte del ordenamiento jurídico y la exclusión de las identidades diversas muestra cómo la construcción binaria

y heteronormada del derecho tiene efectos desiguales en la distribución de los recursos y en la forma en la que se lee a estas identidades “anormales” para las reglas clásicas del derecho civil y laboral (Thomas, 2019). Así, por ejemplo, nace la historia que fundamenta la existencia misma de los fallos de la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral y de Descongestión— en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de sobreviviente para parejas del mismo sexo.

Para mayor claridad del lector, es necesario precisar que la posibilidad de que las parejas del mismo sexo sean beneficiarias de la pensión de sobreviviente se da gracias a los fallos de la Corte Constitucional en los que se admite un concepto amplio de familia y se le otorgan los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales en el ordenamiento jurídico. Este juego argumentativo que repercute directamente en una revisión de las normas de derecho de familia, sucesiones, seguridad social y derecho civil, para adecuarlas a nuevas identidades para las cuales no fueron pensadas (ya que su construcción dogmática se da en la heteronormatividad), permitió que al menos las parejas del mismo sexo fueran leídas en términos similares a las heterosexuales y así se pudieran beneficiar de las garantías del ordenamiento jurídico.

A través del control concreto de constitucionalidad, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-075 de 2007, fue enfática en que la diferencia de trato en el ordenamiento jurídico fundamentada en la orientación sexual del sujeto es abiertamente inconstitucional y constituye un criterio sospechoso de análisis. Además, la Sentencia C-577 de 2011 definió de manera amplia el concepto de familia contenido en el artículo 42 de la Constitución, incluyendo a las parejas del mismo sexo bajo su protección constitucional. Por último, en la Sentencia C-336 de 2008 reiteró que las parejas del mismo sexo pueden ser titulares de la pensión de sobreviviente, entendiendo que las expresiones “cónyuge”, “compañera permanente” y “compañero permanente” contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 contienen también a las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

La primera sentencia de la Sala de Casación Laboral y su tajante respuesta respecto a la libertad probatoria

Dentro de este panorama ya decantado, se profirió la primera sentencia de casación por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sentencia SL5524 de 2016. En dicha oportunidad, la Corte debía resolver un

recurso de casación interpuesto por Protección S. A. en contra de una sentencia en la que se concedía la pensión de sobreviviente a Alexander Álzate, en la condición de compañero permanente de Gonzalo Ernesto Murillo. Como obraba en el expediente del caso, la pareja había convivido por seis años, compartiendo lo que la Corte ha llamado “cama, mesa y lecho”. El argumento del fondo de pensiones consistía en que no se acreditaba la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente. Para la entidad, solo era admisible como prueba la declaración ante notario para demostrar la convivencia y la calidad de compañero permanente.

Como se puede observar, el argumento del fondo de pensiones no se compadece con la realidad de la población LGTBIQ+, que en muchas ocasiones no divulga públicamente sus relaciones de pareja y mucho menos lo hace mediante canales institucionalizados por el derecho. Por lo tanto, imponer una única prueba válida para acreditar su condición de compañero permanente desconoce las dinámicas a las que se enfrentan estas personas.

De esta manera, la Corte Suprema de Justicia debía decidir si el actor había acreditado efectivamente su calidad de compañero permanente. En ese sentido, partiendo de un análisis eminentemente dogmático, señaló que en materia de seguridad social operaba la libertad probatoria. Esto significaba que no existía una prueba tarifada y única que sirviera para acreditar la calidad de compañero permanente, lo que da al juez la libertad probatoria para formar su consentimiento. Como fundamento normativo, el alto tribunal reseñó los artículos 51 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que la reiterada jurisprudencia, que es clara en que:

La condición de compañero (a) permanente, tratándose de una situación que se origina en un conjunto de circunstancias que permiten determinar la decisión responsable de conformar un grupo familiar con vocación de estabilidad, sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, sin que se pueda acudir como sí acontece con el matrimonio, a una formalidad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 2010)

Esto implica que el juez debe realizar un análisis contextual de la situación que obedezca a la realidad de los sujetos para determinar la condición de compañero permanente, ya que esta no se adquiere por una formalidad, sino que surge de la vida diaria en pareja y de la intención de las personas de compartir su vida

y formar una familia. Así, la convivencia, que es un requisito clave para que se pueda catalogar a un individuo como compañero permanente, parte de un

acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 2005)

Para la Corte es claro, entonces, que, para cualquier tipo de parejas, la condición de compañero permanente y su requisito de convivencia puede ser probado a través de cualquier medio.¹ Así, el alto tribunal es consciente de que avalar la tesis del fondo de pensiones llevaría a un acto discriminatorio que pondría en desventaja a las parejas del mismo sexo. Además, como se explorará en el siguiente acápite del texto, esta regla jurisprudencial es vital para las luchas LGTBIQ+ y desde algunas teorías jurídicas queer podría ser considerada como una herramienta útil que da cabida a aproximaciones afectivas y relacionales alejadas de los estándares heteronormados. Por tanto, el alto tribunal, partiendo de que la seguridad social es un derecho fundamental, y al tomar como principio rector el de igualdad y no discriminación, decidió no casar la sentencia y mantener la pensión de sobreviviente en cabeza del accionante.

Dos años después de la primera sentencia, la Sala de Descongestión acoge el argumento en la sentencia SL2296 de 2018

En esta oportunidad, la Sala de Casación debió resolver el recurso de casación interpuesto por María Rocelia Cardona y Hernando Pérez, en contra de la sentencia proferida por el tribunal, ya que, como padres de Julio César Pérez, señalaban que les correspondía la pensión de sobreviviente. Sin embargo, como consta en el expediente, su hijo era compañero permanente de Hernán Darío Gálvez Gil, quien debió presentar una demanda ordinaria laboral en contra del

¹ Al respecto, es importante señalar que existe un consenso interpretativo entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, ya que esta última ha reseñado que la declaración ante notario no es una condición para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, y, que, por el contrario, la pareja del mismo sexo puede usar cualquier medio probatorio para acreditarla (al respecto, se puede revisar: CC T-592/10, CC T-051/10, CC T-716/11).

fondo de pensiones y de María Rocelía Cardona y Hernando Antonio Pérez Orozco, para que se pagara a su favor dicha prestación económica.

Este caso es sumamente interesante, ya que, como lo reconocen tanto el tribunal como la Corte, existía una relación de aproximadamente nueve años entre Hernán Darío y Julio César, a pesar de que algunos testigos se limitaron a señalar que existía convivencia de la pareja en un mismo lugar, sin que hubieran visto manifestaciones de amor entre ellos. Como lo manifiesta el tribunal, no importa que la convivencia no fuera pública en el modo en que lo haría una pareja heterosexual, ya que lo que verdaderamente importa es que existiera ánimo de permanencia, apoyo mutuo y vida en común en el ámbito familiar. Además, el tribunal reconoce las dificultades propias que atraviesan las parejas del mismo sexo en Colombia para tener una relación pública. Así lo reseña la Corte:

En atención a las pruebas analizadas, concluyó que aunque la convivencia no fue publicitada sí lo fue en el ámbito familiar y en un reducido grupo social, por lo que es posible afirmar que sí existió y que hubo, a pesar de las dificultades que generaba el contexto social conservador del municipio donde residían y la calidad de empleado público del causante, como lo indicaron los testigos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, SL2296, 2018)

De esta forma, la Corte acogió el análisis probatorio realizado por el tribunal, reiterando una vez más que no existe tarifa legal para probar la convivencia y la condición de compañeros permanentes, citando integralmente la sentencia SL5524 de 2016.

La madre vs el compañero permanente; la reiteración jurisprudencial

En la Sentencia SL1366 de 2019 la Corte Suprema de Justicia se enfrentó al caso en el que existía una petición de una misma pensión de sobreviviente tanto por parte de la madre como del compañero permanente de la persona fallecida. El caso, que desde el punto de vista jurídico es sencillo de resolver — ya que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es claro en reseñar que el cónyuge o compañero permanente tienen prelación sobre los padres como beneficiario de la pensión de sobreviviente—, ameritó la intervención del juez de casación por el desconocimiento normativo de los jueces de segunda instancia. Según lo establece la sentencia, el compañero, con testimonios y una declaración ante

notario, acreditó el tiempo mínimo de convivencia y su condición de compañero permanente del fallecido, a pesar de que la otra reclamante insistiera en que el compañero de su hijo, al haber tenido una relación matrimonial con una mujer, no podría estar “conviviendo con un homosexual”.

Por lo tanto, la Corte adjudicó la pensión al compañero permanente del causante, a la vez que fue enfática en que existe libertad probatoria para demostrar la calidad de compañero permanente y acreditar la convivencia mínima requerida por la ley. El alto tribunal reiteró las reglas jurisprudenciales reseñadas en la primera sentencia y añadió que la evolución de la jurisprudencia en materia de seguridad social ha permitido la construcción de un concepto de convivencia propio y diferenciado de la noción de unión marital de hecho del campo civil. De esta manera, las parejas, sin importar su identidad de género, no tienen que cumplir ninguna formalidad avalada por el derecho, ya que lo que busca la pensión de sobreviviente es la protección del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece.

Esta regla es de suma importancia para las identidades diversas, ya que, como se entrará a explicar en el siguiente acápite, le permite al juez que adjudica el derecho un análisis contextual real de las relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo, que en muchas ocasiones ocurren de manera oculta para la sociedad y el derecho de familia.

Un amor oculto y un contrato de transacción con la suegra. El drama de la sentencia SL 4549 de 2019

Aquí existe un análisis mucho más sofisticado relacionado con las vivencias de las parejas del mismo sexo y sus dificultades para acceder a la pensión de sobreviviente. Además, este fue el primer caso de una pareja compuesta por dos mujeres resuelto por la corporación. En ese sentido, Elvira Escobar Daza demandó ante Colpensiones que se le reconociera como beneficiaria de la pensión de sobreviviente originada por la muerte de Zulman Leiva, su compañera permanente durante 6 años. Sin embargo, la entidad negó la solicitud debido a que existían dudas frente a las pruebas presentadas para acreditar su condición de compañera permanente.

Dentro de las pruebas que obran en el expediente analizado por la Corte Suprema de Justicia resalta un contrato de transacción entre la accionante y la madre de su compañera permanente. En dicho contrato, que constituía una de

las pruebas claves en el caso, se transfería a la demandante una serie de bienes para que esta no iniciara la acción legal dirigida a reconocer la unión marital de hecho y la sociedad de bienes derivada de la misma. En primera instancia, se concedió la pensión al analizar todo el acervo probatorio en su conjunto; sin embargo, el tribunal de segunda instancia revocó la decisión al encontrar que la fallecida había declarado ante el fondo de pensiones que “no tenía pareja, no vivía con nadie y no tenía ningún tipo de vínculo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, SL4549, 2019). El tribunal decidió darle mayor credibilidad a la declaración hecha por la causante que a las demás pruebas existentes en el proceso.

A raíz de esta decisión, la accionante decidió interponer el recurso extraordinario de casación. La Corte entró a valorar todo el acervo probatorio y encontró que efectivamente se acreditaba su condición de compañera permanente, ya que tanto el contrato de transacción suscrito entre la madre y la accionante como las comunicaciones entre ellas y los testimonios ofrecidos durante el proceso ofrecían un mayor poder de convicción que la declaración juramentada. Además, el alto tribunal es enfático en que las pruebas en estos casos deben ser estudiadas en el contexto en el que sucedieron los hechos, más aún cuando se está en presencia de sujetos históricamente discriminados y relegados socialmente por su identidad de género o su orientación sexual. De esta forma, el alto tribunal encontró que:

Los medios de convicción analizados en conjunto, dan cuenta de que la causante y la actora convivieron como compañeras permanentes por espacio superior a cinco años hasta la muerte de Zulman, pues ilustran sobre cómo se desarrolló la vida en común de la pareja, su cohabitación y expresiones de amor que se manifestaron en diferentes ámbitos, el acompañamiento y apoyo económico que se brindaban; la forma en cómo se encontraban distribuidas las cargas del hogar, incluso describen las dificultades y el rechazo que tuvieron debido a que la familia de la causante no aceptaba su relación en razón de su orientación sexual. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, SL4549, 2019)

Incongruencia en el material probatorio

La siguiente sentencia, la SL3861 de 2020, se fundamenta en la petición realizada por María Grajales de la pensión de sobreviviente de su compañera

permanente, María Mérida Santa Piedrahita, con la que vivió más de 14 años y con la cual tenía una relación secreta y discreta, debido al círculo familiar de la fallecida. Sin embargo, Colpensiones decidió negar dicha solicitud debido a que existían diferentes incoherencias en las pruebas aportadas, sin que se pudiera acreditar el tiempo de convivencia mínimo para poder ser beneficiaria de dicha prestación económica.

Al llegar el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, esta entró a analizar si se acreditaban todos los elementos de la convivencia, entendida como la “vida común en pareja, caracterizada por lazos de amor, solidaridad, afecto, colaboración y apoyo mutuo, con vocación de formar una familia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral, SL3861, 2020). Para la Corte, si bien, al tratarse de relaciones entre parejas del mismo sexo que han padecido estigmatización y escarnio social, debe existir una valoración particular de las circunstancias por parte de los jueces, se encontraron varias inconsistencias en el material probatorio: puntualmente, contradicciones e inexactitudes dentro de los testimonios practicados, así como en la declaración rendida por la accionante. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia decidió negar la petición de la accionante.

La relación poliamorosa

Por último, tenemos la Sentencia SL2151 de 2022, en la que se estudia la solicitud concurrente de la pensión de sobreviviente por parte de dos hombres que alegaban mantener una relación poliamorosa. John Alejandro Rodríguez y Manuel José Bermúdez instauraron una demanda en contra de Protección, para que les fuera reconocida a los dos de manera proporcional la pensión de sobreviviente derivada de la muerte de su compañero permanente Alex Esneyder Zabala. Los accionantes dentro del proceso acreditaron que efectivamente desde el 2006 hasta el 2014 convivieron de manera simultánea en una relación de tres, en la que compartían lecho, techo y mesa. Por otra parte, la madre del fallecido también presentó la petición de la pensión de sobreviviente, argumentando que no existía dicha relación y que fue la familia materna la que reclamó el auxilio funerario.

Al encontrarse con este caso, la Corte Suprema de Justicia fue clara en que no existe prohibición alguna para que dos personas ostenten al mismo tiempo la calidad de compañero permanente de un mismo causante. Por lo tanto, esta no es una razón válida para que un fondo de pensiones niegue a ambos solicitantes el derecho a la sustitución pensional o pensión de sobreviviente, pues, como lo

ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pueden coexistir vínculos como el de cónyuge o varios compañeros permanentes:

Dicha posición se armoniza con lo ilustrado recientemente por la Sala, en la sentencia CSJ SL 2893-2021, en la que se admitió la posibilidad de que las personas que ostenten la calidad de compañeras o compañeros permanentes pueden ser dos o más, sin importar el número, pues ello resulta irrelevante desde el punto de vista de que la pensión de sobrevivientes atiende a un solo derecho al 100 %, porcentaje este que, en todo caso, asignado en forma proporcional a cada uno de los (as) reclamantes no puede sumar un total superior, siempre que demuestren el cumplimiento de la exigencias o requisitos de ley. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2151, 2022)

Además, trayendo como argumento la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia es clara en que no puede existir discriminación alguna a parejas con sexualidad diversa. Al respecto, cita el siguiente fragmento de la opinión:

«Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto», dado que en la etapa actual de evolución del derecho internacional, dichos derechos han ingresado al dominio del ius cogens, recordando que, en todo caso, «no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido». (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2151, 2022)

En ese sentido, la Corte encontró que dentro del expediente se acreditó la convivencia mínima de cinco años entre todos los miembros de la relación amorosa, por lo cual no le cabía razón al fondo de pensión para negarles la pensión de sobreviviente por el simple hecho de no existir singularidad de hogar. En palabras de la Corte, el raciocinio del fondo partía de una visión heteronormada de la realidad que no se corresponde con una valoración normativa, sino más bien moral:

Situación que aplicada al presente análisis, permite concluir que el planteamiento de Protección S. A. de privar del derecho a la pensión de sobrevivientes de los compañeros permanentes argumentando que en caso se residir estos a la vez con el causante bajo un mismo techo, diluye su acceso a la prestación, razonando que la norma al no contemplarlo, exige por ende, la singularidad del hogar, es incurrir de manera flagrante en una interpretación heteronormativa definida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aquella que «envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos», conllevando de forma implícita una discriminación de facto a los codemandantes John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade, en lo que concierne a la expresión y las consecuencias necesarias de su proyecto de vida. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2151, 2022)

Qué nos dicen las teorías jurídicas queer sobre los fallos y las reglas ideadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos de reconocimiento de una pensión de sobreviviente a una pareja del mismo sexo

La teoría jurídica queer no es una sola, sino que existen múltiples identidades y apuestas políticas detrás de ella. Sin embargo, unos de sus puntos centrales han sido el de teorizar el deseo y el ofrecer herramientas para criticar la construcción heteronormativa de la sociedad, que se ve mediada por el derecho (Villegas et al., 2006). Así, la teoría jurídica queer agrupa a las aproximaciones teóricas relacionadas con las sexualidades no normativas (Butler, 1997; Jagose, 1996), mostrando cómo la identidad fija, estable y normalizada se opone a la existencia de un sujeto gay, trans o lésbico, que tiene una identidad clara que no encaja en las instituciones normativas clásicas (Fobear, 2014; Ashford, 2015). Entonces, la identidad se entiende como una construcción y no como algo natural o estandarizado.

El derecho y las construcciones que los operadores jurídicos hacen a partir de las normas pueden fortalecer las identidades sexuales heteronormativas y conducir a mantener la subordinación de las identidades diversas en el sistema social (Cossman, 2019; Valdés, 1995; Stychin, 1995). Sin embargo,

el derecho también puede servir como puerta de entrada a instituciones originalmente concebidas dentro del binarismo heteronormado, cambiando desde el ordenamiento jurídico la ideología en torno a la identidad.

Dentro del canon de la teoría jurídica queer, como lo señala Cossman (2019), existen múltiples estudios ampliamente citados como los de Valdés (1995), Stychin (1995), Halley (2006) y Thomas (2019). Sin embargo, fuera de la academia norteamericana del derecho existe una prolífera academia de estudios jurídicos queer a la que, si bien no puede agruparse o precisarse de manera inequívoca en un concepto, su naturaleza deconstructiva ha permitido analizar el derecho y la sociedad desde diversas perspectivas, cuestionando las supuestas conexiones entre sexo, género y deseo que han sido establecidas por la sociedad a través del derecho.

Así, el cuerpo de literatura jurídica queer ha permitido un nicho propio de análisis de las instituciones normativas sin género, independiente del feminismo. Como lo desarrollan varios autores, entre los que sobresale Ball (2001), el objetivo de la teoría queer ha sido la desestabilización de los sistemas existentes y establecidos a través de discursos, conocimiento y poder, buscando resaltar y escapar a los límites que las categorías jurídicas y sociales han tratado de imponer a las identidades no heteronormadas.

Por lo tanto y pese a la imposibilidad de estandarizar o definir la teoría legal queer (Butler, 1997; Jagose, 1996), al entender que describe un conjunto complejo de proyectos (Halley, 2009), es claro que la teoría queer rechaza el binarismo heterosexual y comprende la sexualidad como un concepto fluido. Así, lo queer acepta la vaguedad, la fragmentación y la legitimidad de las identidades múltiples (Halperin, 1995; Halley, 2004; Halley, 2009; Santos, 2013).

En ese sentido, bajo el lente queer, se analizarán las reglas aplicadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos del anterior acápite, mostrando cómo el uso del derecho permitió que las identidades que no encajaban en la égida del binarismo heterosexual fueran titulares de una prestación, en su origen, pensada para una relación heteronormada. De tal manera, se expondrá cómo el uso de la dogmática en materia procesal, laboral y de seguridad social tuvo efectos emancipatorios.

Una mirada a las reglas desde lo queer

Como se puede evidenciar en los fallos analizados, todos reiteran y respetan las reglas presentadas desde la primera ocasión en la que la Corte debió decidir un caso en el que existía una disputa en la adjudicación de una pensión de sobreviviente a un compañero permanente del mismo sexo. Así, las herramientas jurídicas usadas han permanecido estáticas, y solamente en una única ocasión se agregó una nueva regla. A partir del análisis realizado al cuerpo del texto de los fallos, las reglas identificadas pueden ser agrupadas y analizadas de la siguiente manera:

Tabla 1

Reglas desarrolladas por los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los casos de reclamaciones de parejas del mismo sexo respecto a pensiones de sobrevivientes

Regla	Presencia en los fallos
Regla 1. (Procesal). Para la prueba de la condición de compañero permanente y demostración de la convivencia opera el principio de libertad probatoria.	En todos los fallos.
Regla 2. (Material). El derecho a la seguridad social busca proteger al individuo de algunas contingencias, garantizándole una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Este derecho no puede ser otorgado sólo a unos fundamentándose, para ello, en criterios sospechosos.	En todos los fallos.
Regla 3. (Sustancial). El análisis probatorio de la convivencia se debe hacer de manera contextual, entendiendo las dificultades que enfrentan las parejas para hacer su amor público o institucionalizarlo a través del derecho.	Todos.
Regla 4. (Sustancial). Construcciones diferenciadas de relaciones monógamas que merecen la cobertura del sistema de seguridad social.	Sentencia SL2151 de 2022.

De este modo, las cuatro reglas identificadas en los fallos que pueden ser leídas desde la teoría queer muestran las posibilidades tanto procesales como sustanciales de los jueces para escapar a la construcción binaria del derecho. Así, la primera regla, consistente en la libertad probatoria para acreditar la

condición de compañero o compañera permanente y la convivencia mínima requerida para causar la pensión de sobreviviente, junto con la tercera regla, relacionada con el análisis contextual de la convivencia al tratarse de parejas del mismo sexo, son herramientas que facilitan la acreditación de la existencia de relaciones que escapan al terreno del binarismo heterosexual.

En todos los fallos revisados surgieron cuestionamientos y dificultades para acreditar la existencia de la relación amorosa entre las parejas del mismo sexo. Como lo reconoce la misma Corte, esto se explica por la decisión de las parejas de llevar sus relaciones amorosas al margen de lo público, como respuesta al rechazo social del entorno en el que convivían, junto con un rezago generalizado de las instituciones jurídicas para adecuarse a los fallos constitucionales que las hacían titulares de los mismos derechos que a las parejas heterosexuales.

Así, estas reglas permiten que los sujetos con una identidad de género diversa no estén obligados a seguir los parámetros sociales de las parejas heterosexuales para ser titulares del derecho a la pensión de sobrevivientes. Las reglas procesales ofrecen una salida para evitar la aplicación de los moldes sociales imperantes y permiten al juez evaluar cualquier tipo de prueba en el contexto particular de una relación gay o lesbica. En otras palabras, habilita a los operadores jurídicos para que interpreten y apliquen las normas en materia de seguridad social desde la perspectiva del sujeto diverso, en lugar de los parámetros heterosexuales en los que se socializa a la población (Halperin, 1995; Jagose, 1996; Kepros, 1999).

Por otro lado, frente a las reglas sustanciales es claro cómo la prohibición de la discriminación por la orientación sexual del individuo genera dentro del sistema de seguridad social, y las entidades administrativas que operan en él, el deber de aplicar parámetros razonables e idóneos al momento de tomar una decisión en contra de las identidades diversas. Tratar de encajar las solicitudes de pensión de sobreviviente de parejas diversas en los moldes en los que aceptan y rechazan las solicitudes de parejas heterosexuales lleva a los fondos de pensiones a desconocer un esquema de identidad sexual mucho más fluido y de prácticas sexuales no normativas.

Finalmente, la última regla incorporada en el fallo SL2151 de 2022, relacionada con la posibilidad de adjudicar una pensión de sobreviviente a parejas poliamorosas que se desenvuelven por fuera de la monogamia, refleja uno de los postulados queer: avalar identidades que se mueven en el ámbito del deseo y el sexo de una manera muy distinta al modelo social de las parejas monógamas. En ese sentido, los jueces laborales rechazaron emplear un argumento basado en

el estrecho binarismo de la monogamia y reconocieron la fluidez de la sexualidad y los afectos, así como la multiplicidad de formas de expresión sexual.

Como se puede observar, las cuatro reglas jurídicas, tanto procesales como sustanciales, se consolidan como herramientas que han permitido a las identidades diversas ingresar a los encuadres dogmáticos pensados para parejas heterosexuales, sin sacrificar su identidad misma y las formas de amar elegidas por los individuos LGTBIQ+. Dicho de otra manera, la Corte Suprema de Justicia mediante las disposiciones normativas analizadas ha reformulado la teorización jurídica sobre el sexo, el género y la sexualidad, con efectos prácticos en la adjudicación de este tipo de prestaciones económicas.

Conclusión

La interpretación jurídica y la facultad de los jueces para adjudicar derechos no solo comprometen al individuo dentro del litigio, sino que también afectan profundamente la manera en que todos los sujetos se conciben a sí mismos y se presentan ante los otros en el campo social. De esta forma, cómo los jueces conceptualizan, aplican y entienden diferentes instituciones del derecho impacta radicalmente en la forma en la que una sociedad puede imaginarse material y simbólicamente. El hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya utilizado herramientas normativas procesales y sustanciales para ampliar el entendimiento de las diferentes formas en las que pueden darse las relaciones amorosas entre compañeros permanentes, alejándose del modelo monógamo heterosexual, abre la puerta para que exista un espacio de emancipación en donde las identidades no leídas por el derecho clásico tengan cabida y puedan ser titulares de los mismos derechos que las parejas heterosexuales, sin tener que sacrificar las particularidades de ese amor para encajar en parámetros binarios heteronormativos.

Por lo tanto, las reglas de la Corte Suprema de Justicia son una muestra profunda de cómo el derecho puede ser utilizado para desestabilizar las construcciones basadas en identidades heterosexuales. Así se aminora el poder subordinante generado por el privilegio social, que se materializa en las interpretaciones clásicas del derecho de familia y el derecho civil, usadas como argumento por los fondos de pensiones para negar la pensión de sobreviviente. Es fundamental continuar investigando en otras áreas del derecho para comprender cómo estas figuras jurídicas se utilizan y así entender las formas en las que las entidades e instituciones se producen mutuamente, mostrando los efectos distributivos en la adjudicación o exclusión de derechos.

Referencias

- Arráez Sanchez, M. C. y Lastre Téllez, J. (2014). *La jurisprudencia colombiana en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de cónyuge o compañeros permanentes en parejas del mismo sexo* [Trabajo de grado, Universidad de Cartagena]. Repositorio institucional Universidad de Cartagena. <https://doi.org/10.57799/11227/5105>
- Ashford, C. (2015). Bareback sex, queer legal theory, and evolving socio-legal contexts. *Sexualities*, 18(1-2), 195-209. <https://doi.org/10.1177/1363460715569130>
- Buitrago Escobar, A. M., Suárez Trujillo, M. F. y Giraldo Restrepo, Y. (2015). Evolución constitucional del derecho a la pensión de sobreviviente de las parejas del mismo sexo: Ámbito jurisprudencial. *Derecho Público*, (35). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.13>
- Butler, J. (1997). Against Proper Objects. Introduction. En E. Weed & N. Schor (Eds.), *Feminism Meets Queer Theory* (pp. 1-26). Indiana University Press.
- Contreras Palomino, C., Chamorro Ruiz, M. y Zamora Muñoz, C. A. (2018). *Percepción de los estudiantes del programa de Derecho de la Universidad Libre, sobre la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo* [Trabajo de grado, Universidad Libre Seccional Cartagena]. Repositorio institucional Unilibre. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/18635>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (5 de mayo de 2005). Sentencia 5 may. 2005, rad. 22560 [M. P. Ricaurte, F.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (7 de julio de 2010). Sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 36999 [M. P. Cuello, E.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (27 de abril de 2016). SL5524-2016 [M.P. Burgos, J.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (6 de marzo de 2019). SL1366-2019 [M.P. Botero, G.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral. (20 de junio de 2018). SL2296-2018 [M.P. Caguasango, D.].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral. (16 de octubre de 2019). SL4549-2019 [M.P. Caguasango, D.].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral. (6 de octubre de 2020). SL3861-2020 [M.P. M.E.B.Q].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (31 de mayo de 2022). SL2151-2022 [M.P. Brito, S.].
- Cossmán, B. (2019). Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others). *Critical Analysis of Law*, 6(1), 24-38. <https://papers.ssrn.com/abstract=3437290>
- Fobear, K. (2014). Queering Truth Commissions. *Journal of Human Rights Practice*, 6(1), 51-68. <https://doi.org/10.1093/jhuman/hut004>
- Gonzalez Rodriguez, P. A. y Quintero Palomino, M. (2021). *Evolución de la aplicación del derecho a la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo en Colombia*. [Trabajo de grado especialización, Universidad Libre Seccional Bogotá] Repositorio Institucional Unilibre. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20502>
- Grajales Cuesta, L. F., López Wagner, L. y Rivas Ceballos, M. F. (2022). *La pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo en Colombia: En un reto permanente*. [Trabajo de grado, Universidad Cooperativa de Colombia] Repositorio Institucional Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/47533>
- Halley, I. (2004). Queer Theory by Men. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 11(7), 7-54. <https://scholarship.law.duke.edu/djglp/vol11/iss1/3>
- Halley, J. (2006). Razonar sobre la sodomía: Acto e identidades en y después de Bowers v. Hardwick. En M. G. Villegas, I. C. Jaramillo y E. Restrepo (Coords.), *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos* (pp. 253-284). Uniandes.
- Halley, J. (2009). Queer theory by men. En M. Albertson, J. Jackson y A. Romero (Eds.), *Feminist and queer legal theory: Intimate encounters, uncomfortable conversations* (pp. 9-28). Routledge.
- Halperin, D. M. (1995). *Saint Foucault: Towards a gay hagiography*. Oxford University Press.

- Jagose, A. (1996). *Queer Theory: An Introduction*. NYU Press.
- Kepros, L. R. (1999). Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory? *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issues*, 9, 279-310.
- López, D. (2016). *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis.
- Pardo Flórez, M. J. (2021). *Estudio jurisprudencial de la evolución histórica del derecho de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes en Colombia* [Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana sede Bogotá]. Repositorio Institucional Javeriano. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/52963>
- Patiño Jiménez, J. A. y García Juan, L. (2019). La pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo en Colombia. *Academia & Derecho*, 18, 207-236. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.18.6002>
- Pulido-Fajardo, L. C. y González-Rodríguez, N. D. (2013). *Análisis de la pensión de sobrevivientes entre parejas del mismo sexo* [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia – RIUCaC. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/ff43cb4d-9485-46d8-948b-f8ad382e0c3e>
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas: Tercera edición*. Editorial Universidad del Rosario.
- 120 Santos, A. C. (2013). Are we there yet? Queer sexual encounters, legal recognition and homonormativity. *Journal of Gender Studies*, 22(1), 54-64. <https://doi.org/10.1080/09589236.2012.745682>
- Stychin, C. (1995). *Law's Desire: Sexuality and The Limits of Justice*. Routledge.
- Suárez, E. y Patricia, S. (2022). *Pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo*. [Trabajo de grado especialización, Universidad Libre Seccional Bogotá]. Repositorio Institucional Unilibre. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/23009>
- Thomas, K. (2019). Practicing Queer Legal Theory Critically. *Critical Analysis of Law*, 6(1), 8-22. <https://doi.org/10.33137/cal.v6i1.32561>

- Valdes, F. (1995). Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society: Foreword. *California Law Review*, 83(1), 1-377.
- Vallejo Gómez, P. (2021). *Retos frente a la pensión de sobrevivientes y la discriminación de parejas de mismo sexo en Colombia* [Tesis de grado, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional UPB. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/8673>
- Villegas, M. G., Jaramillo Sierra, I. C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006). *Crítica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Uniandes.

Un especialista en realismo político clásico y en la obra de Hans Kelsen

Entrevista realizada a Robert Schuett por:

Augusto Fernando Carillo Salgado*

Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)

* Estudiante de doctorado en derecho, tanto por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México como por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). La traducción, del inglés al castellano, de la presente entrevista fue realizada por el propio entrevistador, quien agradece al Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (CONAHCYT) (México) por el financiamiento para la elaboración de este trabajo. El autor declara que no existen conflictos de interés en el desarrollo y publicación de esta entrevista. Contacto: augustoc@ucm.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v24.5891>



Esta obra se distribuye a través de una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International.

Semblanza

Actualmente, Robert Schuett, antiguo funcionario de carrera (2011-2022), es profesor no residente en materia de relaciones internacionales en la Academia Diplomática de Viena, miembro visitante en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Salzburgo, así como miembro honorario de la Facultad de Gobernanza y Asuntos Internacionales (*School of Government and International Affairs*) en la Universidad de Durham, Inglaterra. Robert Schuett obtuvo el grado de maestro por investigación en 2005 y el título de doctor en 2009, ambos en Ciencias Políticas (*Politics*) por la Facultad de Gobernanza y Asuntos Internacionales de la Universidad de Durham; el director de su tesis doctoral fue John C. Williams (Universidad de Durham) y sus evaluadores externos fueron Chris J. Brown (Escuela de Economía de Londres) y Richard Little (Universidad de Bristol). En 2007, realizó una estancia de investigación doctoral en la Universidad de LUISS en Roma y, en 2010, fue becario posdoctoral en el Departamento de Psicología de la Universidad de California en San Diego, Estados Unidos de América. Actualmente, vive y trabaja en Viena.

Las principales áreas de interés de Robert Schuett son la filosofía política, las relaciones internacionales y la metodología política; se encuentra interesado particularmente en la aproximación clásica hacia la teoría política y jurídica, economía y sociedad, ética y justicia. El profesor Robert Schuett ha escrito y editado numerosas obras, entre las que se encuentran *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* (2021); *El compañero de Edimburgo hacia el realismo político (The Edinburgh Companion to Political Realism)* (2018); *El concepto de Estado en las relaciones internacionales: Filosofía, soberanía, cosmopolitismo (The Concept of the State in International Relations: Philosophy, Sovereignty, Cosmopolitanism)* (2015), y *Realismo político, Freud y la naturaleza humana en las relaciones internacionales: la resurrección del hombre realista (Political Realism, Freud, and Human Nature in International Relations: The Resurrection of the Realism Man)* (2010).

Palabras clave: filosofía política; filosofía moral; teoría política; realismo político; Hans Kelsen.

Semblance

Robert Schuett, a former career civil servant (2011-2022), is currently a non-resident professor in international relations at the Diplomatic Academy of Vienna, a visiting fellow at the Department of Political Science at the University of Salzburg, as well as an honorary member of the School of Governance and International Affairs at the University of Durham, England. Robert Schuett was awarded a master's degree

by research in 2005 and a PhD in 2009, both in Political Science from the School of Governance and International Affairs at Durham University; the supervisor of his doctoral thesis was John C. Williams (Durham University), and his external evaluators were Chris J. Brown (London School of Economics) and Richard Little (University of Bristol). In 2007, he completed a doctoral research stay at LUISS University in Rome and, in 2010, he was a postdoctoral fellow in the Department of Psychology at the University of California, San Diego, USA. He currently lives and works in Vienna.

Robert Schuett's main areas of interest are political philosophy, international relations, and political methodology. He is particularly interested in the classical approach to political and legal theory, economics and society, ethics, and justice. Professor Robert Schuett has authored and edited numerous works, including *Hans Kelsen's Political Realism* (2021), *The Edinburgh Companion to Political Realism* (2018), *The Concept of the State in International Relations: Philosophy, Sovereignty, Cosmopolitanism* (2015), and *Political Realism, Freud, and Human Nature in International Relations: The Resurrection of the Realism Man* (2010).

Keywords: Political Philosophy; Moral Philosophy; Political Theory; Political Realism; Hans Kelsen.

Augusto Fernando Carrillo Salgado (AFCS): Antes que nada, deseo expresarte mi agradecimiento por haber aceptado esta entrevista. Creo que el mejor punto de partida es comenzar por una aproximación intelectual y personal al autor. A menudo, los años de juventud constituyen los primeros contactos con la cultura y literatura. En cuanto flor de nuestra vida, es una época en la que se sientan las bases de nuestras futuras inclinaciones teóricas. ¿Cuáles son, pues, las lecturas que marcaron tu juventud y determinaron tu orientación hacia las áreas de investigación que, hasta ahora, has cultivado? ¿Qué autores dejaron una profunda impronta en ti?

Robert Schuett (RS): Antes que nada, me gustaría agradecerte tu amable invitación. Para mí es un enorme gusto y honor charlar contigo, aunque sea un poco, respecto de mis estudios sobre mi procedencia intelectual y sobre Kelsen.

Ahora bien, tal vez no resulte sorprendente para alguien como yo, que se considera a sí mismo como uno de los verdaderos realistas políticos en la teoría y práctica de la política internacional (lo sé, es algo bastante narcisista); no fueron tanto los libros o lo que he leído lo que me moldeó a mí y a mi filosofía personal y política, sino las primeras experiencias que tuve como joven estudiante que crecía en lo que era la Alemania Occidental. Empecé a ir a la escuela en 1980, y me desagradó desde el inicio hasta el final. Fue una pesadilla, día y noche. La encontré autoritaria, aburrida y rígida hasta la raíz. Es por ello por lo que, probablemente, durante el resto de mi vida aborreceré toda forma de abuso de poder, fanatismo e injusticia, por muy grande o pequeña que esta sea.

Uno de los libros que mayor impacto tuvieron sobre mí, sin embargo, es el del veterano psicoanalista muniqués Wolfgang Schmidbauer. Publicado en 1980 en Alemania y, por desgracia, hasta donde sé, aún no traducido, se titula con hermosa sencillez *Todo o nada: Sobre la destructividad de los ideales (Alles oder Nichts: Über die Destruktivität von Idealen)*. Debí de leerlo hacia el final de mi adolescencia; para mí, este libro es una declaración psicoanalítica clásica porque, con base en los resultados obtenidos durante las sesiones de terapia, defiende la manera en que nosotros, como individuos y sociedad, podemos salvar la brecha realismo-idealismo que domina una buena parte de nuestro bienestar psicológico, pensar social y acción política. Me parece un libro liberador.

AFCS: Encuentro sumamente interesante el contexto histórico-político en el que se desarrollan tus primeros pasos, esto es, las postrimerías de la Guerra

Fría, ya que este momento, en general, fue un episodio decisivo para la historia moderna de Alemania y, me atrevo a decir, de todo Occidente, o, por lo menos de Europa, en la medida en que determinó la configuración de nuestra realidad actual. Sin duda alguna, en las tierras germanas se han escrito importantes capítulos de la historia de la humanidad.

Continuemos con estas interesantes pinceladas biográficas sobre tu formación intelectual. Siguiendo la línea cronológica ya comenzada, ¿podrías narrar un poco tu experiencia en la universidad? Por ejemplo, ¿cuáles fueron las materias más interesantes para ti? ¿Cómo fue tu vida como estudiante? Quiero decir, a menudo nosotros somos especialmente receptivos a los cambios políticos que nos rodean durante este periodo tan efervescente de nuestras vidas. ¿Cuáles eran tus preocupaciones, en cuanto estudiante, en esta área? ¿Participaste activamente en algún movimiento político?

RS: Quizás, debería comenzar por mencionar que, antes de dedicarme a tiempo completo a los estudios sobre política en Múnich y, posteriormente, en Durham, disfruté completar lo que entonces era una licenciatura continental en negocios de cuatro años. La recuerdo como una buena época en la medida en que me daba mucha flexibilidad. En 1999 pasé un semestre, al final de los años de apogeo de Clinton, en los Estados Unidos de América. Un par de años más tarde, obtuve una beca para realizar un semestre en China. Fue fascinante para mi ir a Occidente y Oriente; en 2002, me gradué con una tesis (y diplomado) en gobernanza electrónica (*e-government*), una especialización en desarrollo sostenible, un montón de experiencia en varias industrias y, por último, aunque no por ello menos importante, con un enorme interés en la futura dinámica de la globalización.

Sin embargo, mi curiosidad real estaba en otra parte. La naturaleza humana o la vieja pregunta: ¿cómo debemos pensar por nosotros mismos? Siempre me ha interesado saber por qué, como individuos y grupos, podemos cometer entre nosotros los mayores actos de violencia e injusticia, al mismo tiempo que somos un grupo de criaturas compasivas que anhelan la felicidad. Además, comencé a leer sobre política porque hace veinte años pensé, como ahora más que nunca en mi vida, que el propósito de la investigación filosófica es mejorar el mundo. Lo recuerdo vívidamente: la teoría política fue mi pasión, las relaciones internacionales estaban en segundo lugar y el resto, en particular las cuestiones sobre el método cuantitativo, era un mal necesario. Me encantaba lo que me

parecía una mezcla fascinante entre la filosofía política y la política internacional, a la que volvería, sin saberlo en aquel tiempo, varios años después en mi trabajo sobre teoría internacional; en la intersección de la política, derecho y ética desde una perspectiva realista clásica.

Desde el inicio supe que no compraría el tríptico realismo, nacionalismo y conservadurismo, puesto que mi propio marco conceptual son los ideales liberales de la sociedad abierta que distinguen a Hans Kelsen, Karl Popper y George Soros. Mi visión del realismo político tiene poco o nada que ver con los académicos neorrealistas actuales, quienes favorecen el repliegue frente al compromiso, o la geopolítica sobre la diplomacia. Lo que quiero decir es que, aunque nunca he sido miembro activo en ningún movimiento o partido, en términos de política mi punto de vista coincide con la visión de Blair sobre el gobierno moderno y políticas orientadas al futuro.

AFCS: De acuerdo con lo que has narrado hasta ahora, en este punto de tu vida observo una tensión, por decirlo de algún modo, entre tus inquietudes de carácter pragmático y tus inclinaciones intelectuales y filosóficas. Según entiendo, al concluir tu carrera tienes frente a ti un universo de posibilidades. Por una parte, se encuentra, entre otras opciones, continuar laborando en sectores tan innovadores e importantes como los que has referido; por otra parte, está la posibilidad de proseguir con la carrera académica. ¿En qué momento optaste por esta última opción? ¿Podrías explicarnos por qué decidiste matricularte en la Facultad de Gobernanza y Asuntos Internacionales (*School of Government and International Affairs*) de la Universidad de Durham tras concluir tu formación de licenciatura?

Además, quisiera aprovechar la ocasión para satisfacer mi curiosidad. Un aspecto de tu obra que siempre ha capturado poderosamente mi atención, es que tus áreas de investigación se encuentran muy próximas al derecho, como en el caso de tus reflexiones sobre Hans Kelsen, y, sin embargo, decidiste encaminar tus pasos hacia el campo de la ciencia política y la filosofía moral. ¿Consideraste el derecho sumamente restrictivo para tu curiosidad intelectual?

RS: Esta es una excelente pregunta para la cual, me temo, realmente no tengo una respuesta, porque fue realmente así de simple: concluí mi primera licenciatura en negocios a una edad bastante temprana para los estándares continentales y sencillamente pensé que tendría sentido para mí añadir otra en

ciencia política porque estaba interesado en los temas políticos desde un ángulo filosófico. Es por ello por lo que me matriculé en Múnich; después de cursar cuatro semestres, hice mis maletas y me fui hacia Inglaterra, porque sentí que era el momento de estar de nuevo en el extranjero.

Lo creas o no, antes de llegar a Durham en el otoño de 2004, nunca había estado en el Reino Unido. Tenía 25 años, fue amor a primera vista. Me sentía libre, como si las ventanas estuvieran abiertas, y la Facultad de Gobernanza y Asuntos Internacionales (*School of Government and International Affairs*) fue, y es, un lugar cosmopolita para el aprendizaje e investigación de clase mundial. Me gustó tanto que, tras unas pocas semanas, cambié el título de posgrado por el de maestría en investigación porque, por primera vez, podía imaginarme a mí mismo como un futuro académico. Me aproximé al profesor John C. Williams, teórico de la escuela inglesa, y salté de inmediato a la teoría normativa sobre las relaciones internacionales, desarrollando un bagaje sobre la teoría contractual de legitimidad a través de Hobbes, Rousseau, Kant y Rawls. Si no hubiera sido por la tutoría de John y el aliento del inspirador profesor emérito Chris J. Brown de la Escuela de Economía de Londres (*London School of Economics*), quien hizo las veces de mi examinador externo, para seguir investigando, es probable que no estuviera donde estoy el día de hoy.

En aquél entonces, Kelsen no estaba en mi radar, al menos no en su totalidad, aunque podría y debería haber discutido la validez jurídica y el derecho positivo internacional en mi primer intento por argumentar sobre lo que podría ser la legitimidad en la sociedad internacional. De hecho, mi interés por la política y la psicología, poder y ética, economía y sociedad, hizo que la lectura sobre el derecho no se me ocurriera, pero así fue.

AFCS: A partir de la doctrina inglesa comenzaste a moverte poco a poco hacia la doctrina alemana (o regresar a esta). Pero no lo hiciste de un modo tradicional, es decir, desde la propia doctrina germana, sino que, precisamente, el bagaje que adquiriste en relación con el pensamiento de Hobbes, Rousseau, Kant y Rawls te permitió desarrollar un enfoque fresco, innovador, así como un toque distintivo que, desde entonces, ha caracterizado tu investigación.

Pero ese tránsito hacia la doctrina de habla alemana no se dio, precisamente, de manera directa a través de Kelsen. Por el contrario, tus primeros pasos en el arduo camino de amalgamar ambas tradiciones, la inglesa y la de habla alemana, se dieron por medio de otro pensador vienés de primera línea: Sigmund Freud.

Como se sabe, Freud fue un investigador contemporáneo de Kelsen, con el cual tuvo contacto directo, y cuyo pensamiento, además, cabe destacar, está presente con toda claridad en la obra del padre de la teoría pura. Tal es el caso de sus extensos ensayos que llevan por título, respectivamente, *Amor platónico (Die platonische Liebe)*, tanto en su versión de 1933 como la nutrida segunda edición de 1942, y *El concepto de Estado y la psicología social con especial consideración en la teoría sobre las masas de Freud (Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse)*.

Respecto de Sigmund Freud, tú has publicado un interesante libro que lleva por título *Realismo político, Freud y la naturaleza humana en las relaciones internacionales. La resurrección del hombre realista (Political Realism, Freud, and Human Nature in International Relations. The Resurrection of the Realist Man)*, el cual, por desgracia, aún no cuenta con traducción al castellano. Cuéntanos un poco sobre esta obra, por favor. ¿Cómo se gesta este libro? ¿Cuál es su contenido general? ¿Cuáles fueron las principales dificultades a las que tuviste que hacer frente durante su redacción? ¿Qué aspectos relacionados con esta obra te gustaría desarrollar con mayor profundidad en años venideros?

RS: Muchas gracias. Me ha gustado mucho tu pregunta respecto de mi libro de 2010 sobre Freud y realismo político porque yo siempre sentí que quizás cometí un error al publicarlo en una colección sobre la historia del pensamiento internacional, puesto que lo que deseaba hacer era alcanzar un estilo clásico del pensamiento político basado en lo que siempre se ha basado: un conocimiento íntimo de la naturaleza humana.

Tendría que pensar que el libro sobre Freud, que fue mi tesis doctoral y primera obra publicada, fue una empresa intrépida. En lugar de convertir mi maestría en un proyecto de doctorado, algo que quizás fuera prudente, sentí que debía abordar lo que me parecía un tema importante y descuidado en la teoría internacional: el desordenado legado intelectual del psicoanálisis freudiano en los más importantes realistas de mediados del siglo XX. En esta obra centro mi atención en los diversos modos en los que personas como Hans Morgenthau, Reinhold Niebuhr, George F. Kennan, E.H. Carr y Walter Lippmann recurrieron a Freud para advertirnos de la dinámica irracional de la política. También nuestro que, aunque los neorrealistas actuales, en particular Kenneth N. Waltz y John J. Mearsheimer, pretenden haber abandonado el concepto de naturaleza humana, ambas teorías científico-sociales se basan en presupuestos psicológicos.

Yo disfruté mucho realizar este tipo de trabajo, de nueva cuenta dirigido por John C. Williams de Durham, y examinado externamente por el amable profesor emérito Richard Little de Bristol, pero recuerdo a una colega preguntándome en un momento dado: “¿por qué necesitamos a Freud y el psicoanálisis en el siglo XXI?” Pues bien, con la guerra haciendo estragos en el continente europeo, creo que resulta bastante claro que el miedo, el honor, la gloria, la historia, la nacionalidad, las emociones, la desconfianza, la arrogancia, la violencia, así como los traumas individuales y colectivos, son la materia prima de la que están compuestas las grandes potencias, como en toda política.

Por tal motivo, he estado jugando con la idea de reexaminar el libro sobre Freud o escribir uno nuevo. Al principio, lo que deseaba hacer en Durham era escribir una teoría política freudiana sobre las relaciones internacionales, pero por numerosas razones tenía sentido para mí realizar una disertación manejable, esto es, centrarme en el impacto intelectual de Freud y argumentar que la naturaleza humana (¿cuál de todas?) es muy importante como para ser dejada de lado en el pensamiento sobre las relaciones internacionales. Creo que un nuevo libro sobre Freud tendría que estar mucho más centrado en lo que considero es la cuestión central del pensamiento del realismo político: ¿en qué podemos ponernos de acuerdo en forma realista, tú y yo, Oriente y Occidente?

AFCS: Me gustaría centrar ahora nuestra atención en tu obra sobre Hans Kelsen. Como sabrás, actualmente, en Latinoamérica, hemos presenciado un renovado interés por estudiar la obra de dicho autor; principalmente en México, Colombia, Argentina, Uruguay y Brasil. Sin embargo, este interés va más allá de los estudios en torno al normativismo kelseniano. Uno de los enfoques respecto de la obra de Kelsen que mayor interés han despertado ha sido, precisamente, el del realismo político. En ese sentido, por ejemplo, viene a mi mente una mesa de reflexiones en torno a tu libro *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* que se realizó en las postrimerías de 2021 en la Universidad Complutense de Madrid en la que tú participaste, así como Sara Lagi y Leticia Vita.

En mi opinión, entre las causas de este renovado interés por la teoría pura del derecho no solo se encuentra el momento histórico de gran incertidumbre que actualmente estamos viviendo a nivel global, sino también como una especie de reacción al “hiperprincipialismo”. La coyuntura histórica, algo parecida a la de la República de Weimar pero con alcances globales, caracterizada por

su volatilidad, parece ser que ha impulsado a una buena parte de la academia jurídica a buscar respuestas en la doctrina de pensadores clásicos como Hans Kelsen. Es, precisamente, en este contexto en que tu libro *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* se revela como un texto esperado durante un largo tiempo y que nos proporciona una bocanada de aire fresco que tanto hemos necesitado en los últimos años. Háblanos, por favor, sobre esta obra. ¿Cómo surge este libro sobre Hans Kelsen? ¿Cuáles fueron los escollos que tuviste que sortear durante su redacción?

RS: Me gustaría pensar que mi libro sobre Kelsen es, en muchos sentidos, la continuación de mi trabajo anterior sobre la legitimidad y psicoanálisis freudiano en el contexto intelectual del realismo clásico e ideales de la sociedad abierta. No solo soy antiposmoderno, sino también antineorrealista, y en *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* continúo desafiando lo que considero que es la absurda dicotomía “idealista versus realista”, tan frecuente en gran parte de la teoría política actual. Y eso es importante porque, con demasiada frecuencia, los partidarios de la política dura justifican la política exterior apelando a la tradición realista sin entender lo que los realistas clásicos decían.

De este modo, sumándome a numerosos estudios recientes que muestran el modo en que los llamados realistas no se oponían a la reforma global y en que los llamados idealistas no eran tan ingenuos sobre el poder político, como a menudo los schmittianos afirman, en el libro traté de enriquecer nuestro pensamiento sobre las relaciones internacionales trayendo de vuelta una de las grandes figuras de la teoría jurídica moderna y de la teoría político-liberal del siglo XX. Lo que estaba haciendo era provocador porque el libro no solo desafía los puntos de vistas convencionales del realismo en política exterior, sino que también mira a Kelsen desde un ángulo político, desafiando a los schmittianos. Así, volviendo a mi primer encuentro con Freud, argumento que Hans Kelsen, al igual que muchos de los realistas clásicos, se comprometió ampliamente con Freud y parece haber respaldado perspectivas sumamente realistas sobre la naturaleza humana que condujeron a Kelsen a todos los proyectos políticos utópicos. En segundo lugar, observo a Kelsen como alguien cuyos puntos de vista sobre los asuntos internacionales no solo son más complejos de lo que usualmente se cree, sino que se contraponen con lo que los realistas clásicos han dicho sobre el orden mundial, como la necesidad moral de ir más allá del nacionalismo de Westfalia.

Pensándolo bien, no creo que pudiera haber escrito este tipo de libro político sobre Kelsen, quien se ha convertido en mi filósofo favorito, en un contexto puramente académico. Lo que quiero decir es que, entre el momento en que comencé a trabajar en el libro en la Universidad de California, en San Diego, en 2010, y su publicación a inicios de 2021, un montón de cosas han cambiado, personal y políticamente. Yo había decidido unirme al Servicio Civil Federal austriaco en 2011, trabajar como un analista civil en el Ministerio de Defensa y, por un breve periodo, en la Oficina del presidente de la República de Austria, bajo el aquel entonces presidente Heinz Fischer, un kelseniano convencido. Y, por desgracia, la situación internacional también cambió. En resumen, se trata de un libro que yo realmente deseaba escribir, sabiendo perfectamente que hacerlo significaría numerosas tardes largas y fines de semana, pero con la ventaja añadida de que podría escribirlo exactamente como quería hacerlo, sin ninguna interferencia. Y, estoy seguro, si no hubiera sido por el apoyo moral de Clemens Jabloner, este libro no se hubiera convertido en la base de mi tesis de habilitación en Ciencia Política en la Universidad de Salzburgo en el verano de 2021. Al fin y al cabo, soy un académico práctico después de todo, como lo fueron muchos de los realistas políticos clásicos.

AFCS: Estoy sorprendido por el tiempo que llevó la confección de *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)*, aunque comprendo perfectamente que la redacción de toda gran obra requiere paciencia y tenacidad. El propio jurista de Viena tardó cerca de seis años en escribir su famosa tesis de habilitación: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*. Me gustaría abordar, estimado Robert, algunas particularidades de tu libro sobre Kelsen y lo haré de acuerdo con el propio orden expositivo de tu obra.

Hace tiempo, Sara Lagi, precisamente en una entrevista que le realicé, me comentó que le parecía bastante interesante el hecho de que Hans Kelsen, al poco tiempo de llegar a los Estados Unidos de América, hubiera sido investigado por La Oficina Federal de Investigaciones (FBI, por sus siglas en inglés). Se trata de una trama bastante detectivesca y simpática. Sobre este pasaje en la vida de Kelsen, aunque parezca sorprendente, se ha escrito muy poco. Es por ello por lo que resulta enriquecedor y esclarecedor el capítulo primero de *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)*, en el que, precisamente,

explicas que el jurista vienés entró en conflicto en dos ocasiones con el FBI, ya que en algún momento se llegó a pensar que era una especie de adepto al comunismo debido a los lazos históricos que tuvo con algunos prominentes políticos austriacos de izquierda como Charles A. Gulick, Jack Howard, William Malisoff, Otto Bauer y Max Adler.

Estos episodios de la vida del padre de la teoría pura llaman aún más la atención cuando recordamos que Hans Kelsen, desde su participación en la redacción de la Constitución austriaca, se mostró como un crítico mordaz de la doctrina comunista. Más aún, esta animadversión hacia el comunismo y doctrina de Karl Marx se hace patente en las dos ediciones de *Esencia y Valor de la Democracia (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*. Explícanos, por favor, los motivos por los cuales comienzas tu obra sobre Kelsen precisamente con su llegada a los Estados Unidos de América y la tensión que existió entre el jurista vienés y el FBI.

RS: Cuando diseñé el libro, me propuse el objetivo analítico y narrativo de iniciar con una afirmación poderosa que pudiera resplandecer a lo largo de varios capítulos de manera clara. Y pensé que la historia sobre el FBI, por ridículo que resulte pensar en Kelsen como un comunista, podría ser un momento decisivo en la biografía intelectual y política de Kelsen que lo diga todo: es el hombre más incomprendido. De este modo, una de las razones por las que pensé que tenía sentido señalar a los lectores, sean estudiosos de Kelsen o teóricos en política y relaciones internacionales, cómo en dos ocasiones, en los Estados Unidos de América de la década de 1940 y de nuevo a principios de 1950, el FBI investigó a Kelsen por ser un comunista o por haber tenido lazos profundos con este tipo de ideología era introducir la política lo antes posible. El libro, después de todo, es profundamente político, no una interpretación jurídica (que de todos modos no podía hacer). Y creo que en ningún otro lugar, más que en los trabajos antimarxistas o anticomunistas de Kelsen, podemos encontrar no solo su política de ser un socialista liberal, como él mismo se llamaba, sino también sus raíces de lo que creo es el núcleo de su realismo político, que es, como yo lo veo, por supuesto liberal y progresista. La segunda razón por la que la historia sobre el FBI ocupa un lugar destacado en las primeras páginas del libro habla, por desgracia, de nuestro tiempo. Es el regreso de un estilo político schmittiano de amigo contra enemigo, con la venganza de la izquierda contra la derecha, que es tan superficial y peligroso que corremos el riesgo de allanar el camino

para otro tipo de Macartismo, miedo rojo o cualquier otro tipo de miedo en la democracia del siglo XXI. Si las personas como Hans Kelsen son vistas como un tipo de comunistas antidemocráticos, entonces, casi todo el mundo en la centroizquierda podría ser visto, o perseguido, como una voz, agente o agitador del comunismo. Basta con mirar a Donald Trump o Viktor Orbán y sus partidarios para tener claro qué es exactamente lo que está sucediendo.

AFCS: Sin duda alguna, comprender a Hans Kelsen es una labor compleja pues requiere el conocimiento de su vida y el estudio exhaustivo de sus ideas. A decir verdad, no deja de sorprenderme cómo, a tanto tiempo de distancia, y con tan numerosos estudios que se han realizado sobre dicho jurista, aún no hemos llegado a una comprensión total, ni del hombre, ni de su pensamiento. En el primer capítulo de *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* propones una reinterpretación novedosa del jurista de Viena desde un enfoque de la doctrina del realismo político clásico. Kelsen no solo fue el jurista más importante del siglo XX, sino también un hábil político que, en numerosas ocasiones, estuvo en estrecho contacto con la realidad política de su tiempo. Quiero decir, Kelsen, fue una figura central, debido a su participación activa en momentos clave de la historia de Austria, Europa y América (entendiendo como tal tanto a los Estados Unidos de América como a Latinoamérica).

Tal es el caso de la disolución del Imperio austrohúngaro, la redacción de la primera constitución de la República de Austria, la creación del Tribunal Constitucional de Austria, del que fue durante varios años juez, el ascenso del nazismo, los debates jurídicos de la República de Weimar, la conclusión de la Segunda Guerra Mundial; también se solicitó su opinión durante los juicios de Núremberg, escribió interesantes estudios sobre la condición jurídico-política de Alemania al concluir la guerra mencionada, fue asesor para la construcción institucional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y vivió directamente la Guerra Fría. A pesar de todo ello, Kelsen no es visto propiamente como un político, sino como un jurista. Desde la óptica del realismo político clásico que has desarrollado, ¿cuáles son las características de este Hans Kelsen político?

RS: Ahora bien, para evitar cualquier malentendido, debo dejar claro que, cuando yo hablo de Kelsen el realista político o Kelsen el realista en política exterior, no quiero decir que él debe ser colocado en el canon del realista convencional que

prevalece en el estudio de la política y relaciones internacionales. Kelsen no es Maquiavelo, Morgenthau ni Henry Kissinger y, por supuesto, no se encuentra de ninguna manera cerca de la política de personas como Mearsheimer. Pero, de nuevo, existe una vena realista en su pensamiento político que casi lo convierte en un realista político clásico, al menos en lo que se refiere a importantes presupuestos políticos centrales o perspectivas analíticas acerca de lo que hace que lo político sea tan poco receptivo al idealismo del derecho natural y otros mitos utópicos.

En esencia, las características principales de lo que yo llamo “el realismo político de Kelsen” son estas cinco. Primero, un realismo político profundamente enraizado en la naturaleza humana, inspirado en el psicoanálisis freudiano, que sostiene que no somos ángeles kantianos, aunque tampoco somos brutos. Segundo, Kelsen acepta que lo político es una lucha por la distribución del poder en cualquier comunidad política dada. Tercero, resulta casi impensable que el Estado o el derecho, entendido como una fuerza coercitiva, desaparezcan. Cuarto, la condición estructural del mundo es la anarquía, aunque no se trata de un principio de orden natural, sino de uno histórico o hecho por el hombre. Y, en quinto lugar, el problema de salvaguardar la paz internacional, ya sea a través de un Estado mundial o por una paz que es garantizada por una resolución judicial de disputas internacionales, está fundado en lo que es la dinámica clave del nacionalismo, que, en muchos sentidos, nos devuelve al problema de lo que son las dinámicas irracionales de las que habla en su realismo sobre la naturaleza humana. De nuevo, no digo que Hans Kelsen posea una visión crudamente naturalista sobre la política o, para el caso, sobre la política internacional. Lo que pretendo decir es que las propuestas de Kelsen para la democracia, así como para una paz relativa en la sociedad internacional, están basadas en un relato realista, parafraseando aquí a Kenneth Waltz, del hombre, el Estado y la guerra.

Hacer este ejercicio intelectual, por medio del cual comparé conceptos realistas clásicos sobre la política y relaciones internacionales con el pensamiento político de Kelsen, permite enfrentarse a los schmittianos y otros ideólogos del *statu quo* y decir: “Estás atacando a un hombre de paja porque la razón por la que Hans Kelsen propuso un fórmula judicial para la paz internacional no fue porque fuera ingenuo, sino porque él sabía muy bien que si la dejamos solamente al balance del poder en un entorno anárquico, habrá sangre, esto es, guerra una y otra vez”. ¡Esto es realismo de verdad!

AFCS: Es cierto, no es posible una paz absoluta en las relaciones internacionales, so pena de rozar el reino de lo utópico. Por otra parte, estoy sorprendido por tu capacidad para realizar una explicación tan completa y profunda de lo que es tu visión de Hans Kelsen, en cuanto realista político, en un espacio tan breve. Tu trabajo, sin el menor atisbo de dudas, tiene un efecto esclarecedor. Gracias a él ahora se puede apreciar con mayor claridad la conexión entre el relativismo axiológico de Kelsen, el cual se encuentra presente en obras como *¿Qué es justicia?* (*Was ist Gerechtigkeit* o *What is Justice?*) y su vasto trabajo sobre derecho internacional (que, dicho sea de paso, es poco conocido en lengua castellana, no obstante que las páginas que lo conforman, a decir de Mario G. Losano, son mucho más extensas que los estudios kelsenianos sobre metodología y ciencia jurídica).

Pero permíteme avanzar un poco más en el contenido y características de tu interesantísimo libro *El realismo político de Hans Kelsen* (*Hans Kelsen's Political Realism*). En el capítulo segundo vuelves en el tiempo y haces especial énfasis en el contacto que Hans Kelsen tuvo desde su juventud con la política. De hecho, reconstruyes con una exquisita claridad y elegante estilo narrativo su experiencia durante la desintegración del Imperio austrohúngaro. Reconstruyes, en efecto, de tal manera este episodio de la vida de Kelsen que consigues transportarnos a esa época. Esta forma narrativa es sumamente innovadora en los estudios sobre Kelsen; me atrevo a decir que es muy cercana a la narración que se usa en la novela histórica. ¿Por qué decides emplear este estilo literario? ¿Continuarás analizando la vida y obra del jurista vienés de esta manera? ¿Quizás deberíamos esperar una novela histórica sobre Kelsen?

RS: Bueno, sí. Cuanto más he leído y releído sobre Kelsen, su vida y su época, así como la forma en que él tuvo que soportar y seguir haciendo lo que amaba contra viento y marea, he pensado que la biografía de Kelsen, personal, intelectual y profesional, podría ser materia suficiente para una apasionante y reflexiva novela histórica. Naturalmente, eso es algo que deben decir o hacer otros, aunque podría ser algo que podría interesarme. Lo que yo quería hacer (y para lo que disponía de libertad intelectual por parte de la editorial Edinburgh University Press) era mirar más allá de los meros conceptos y presentar a los lectores una historia vivida sobre el pensamiento político de Kelsen; y, al hacer esto, estuve profundamente influenciado por el estilo enérgico, íntimo y reflexivo de mi amigo Miles Hollingworth, un reconocido biógrafo de San Agustín y Ludwig

Wittgenstein (y graduado también de la Universidad de Durham, aunque extrañamente nunca nos conocimos a pesar de haber estado allí más o menos al mismo tiempo). El hecho de que la teoría jurídica de Kelsen tienda a ser más bien un asunto árido o de lenguaje técnico hace que sus escritos políticos tengan que ser presentados en un lenguaje político: porque la política, después de todo, se trata sobre las personas reales, y el liberalismo que Hans Kelsen defiende busca la justicia como felicidad.

AFCS: El capítulo tercero de *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)* nos conduce de nuevo hacia la relación entre la teoría pura del derecho y el psicoanálisis. Me parece curiosa la manera en que ambas doctrinas se presentan en tu camino a cada paso. Por una parte, como ya se mencionó, analizas el psicoanálisis freudiano en tu tesis doctoral; más aún, aplicas esta doctrina a las relaciones internacionales. Por otra parte, convendría recordar que el psicoanálisis de Freud es una de las doctrinas centrales que permitieron al propio Kelsen desarrollar su doctrina pura del derecho. En mi opinión, este elemento de la obra kelseniana ha captado poca atención en los estudios que se han realizado sobre el jurista de Viena en el mundo de habla hispana. Existen, naturalmente, algunas excepciones, como la obra de Oscar Correas, que lleva por título *El otro Kelsen*; en ella están expuestos algunos artículos en los que se puede apreciar con claridad la impronta del psicoanálisis en la obra de Kelsen. Sin embargo, en realidad, el acento se encuentra en el normativismo kelseniano. Quizás porque nuestra tradición jurídica es, esencialmente, la de la familia romano-germánica, nos empeñamos en cultivar una y otra vez esta área de la teoría pura del derecho, al tiempo que dejamos de lado otras vertientes de su pensamiento. Sin embargo, tú demuestras elegantemente la importancia de esta doctrina en el pensamiento de Kelsen y subrayas el papel que esta desempeñó para que dicho jurista pudiera rechazar, por ejemplo, el decisionismo de Carl Schmitt. ¿Podrías abundar un poco más en las consideraciones que Hans Kelsen realiza sobre la naturaleza humana con base en el psicoanálisis?

RS: Por supuesto. Como tú dices, está la visión jurídica desde el punto de vista del normativismo kelseniano y también está el tipo de visión realista que analiza por qué y cómo este jurista positivista estaba tan interesado en el psicoanálisis freudiano. Y aunque acepto perfectamente que las ideas de Freud ya no tienen tanto peso en la psicología como antes (y realmente no sé por qué, pero ésa es otra

historia), creo que Freud es importante para reunir a gente como Morgenthau, el realista político, y Kelsen, el idealista político (o eso se afirma), y empezar a deconstruir y reconstruir lo que el realismo y el idealismo son realmente, lo que deberían ser y, desde luego, lo que pueden ser.

Creo que el ascenso del psicoanálisis freudiano en aquella época fue importante para Kelsen por cuatro razones fundamentales. Una es que Freud ayudó a Kelsen a argumentar desde los primeros principios, es decir, desde la posición de una fuerte insistencia en el individualismo metodológico: el todo debe ser estudiado a través de sus partes porque es difícil distinguir las estructuras de las personas reales o (como dijera Kelsen) los órganos estatales que las crean y sostienen. En segundo lugar, Kelsen se basó en la metodología freudiana para desontologizar al Estado porque, aunque el Estado no es algo real y no debe ser en modo alguno cosificado como tal, el Estado o el derecho en sí son necesarios para mantener a raya nuestros peores impulsos mediante un sistema centralizado de sanciones. En tercer lugar, Kelsen encontró en la psicología o en la antropología filosófica de Freud lo que buscaba para desideologizar la llamada cuestión de la obediencia; es decir, encontró en cierto modo la prueba de que las formas de derecho, ya fueran míticas o centralizadas, eran la clave de casi todas las formas de vida comunitaria o comunidad política. Más aún, en cuarto lugar, Kelsen era de un modo muy fundamental una especie de teórico político freudiano, en el sentido de que para él la naturaleza humana no solo tenía que ver con pulsiones biopsicológicas, sino también con las muchas maneras en que estas pulsiones moldearán para siempre la dinámica de lo político y, sobre todo, las sutilezas y también las crueldades del nacionalismo.

Todo esto se traduce, al menos según mi lectura tanto de Kelsen como de Freud, en lo siguiente: en palabras del analista geopolítico nacido en Budapest, George Friedman, “Para los humanos nada importante se acaba nunca”. O, como dijo el emblemático y tan realista primer ministro británico Benjamin Disraeli, “La finalidad no es el lenguaje de la política”. Lo que quiero decir es que Kelsen, como muchos antes y después que él, sabe lo idealista, ingenua o estúpida que es, en realidad, una política del tipo decisionista schmittiana, ya que toda la vida social y política es: “la gente no quiere que la gobiernen”. Es cierto que hay que gobernar, pero eso es un mal necesario, y si debemos ser gobernados, como escribe Kelsen, entonces, solo queremos ser gobernados por nosotros mismos. De ahí que llegemos a la democracia, no al autoritarismo.

AFCS: Pasemos al penúltimo de los capítulos de *El realismo político de Hans Kelsen* (*Hans Kelsen's Political Realism*), en el que examinas un aspecto interesantísimo de la obra del jurista vienés: el derecho internacional. Jeremy Telman explica, desde un punto de vista sociológico, que, en general, la obra de Hans Kelsen es prácticamente desconocida en los Estados Unidos de América. Dicho de otro modo, el Kelsen internacionalista en el mundo anglosajón es una rareza. Este fenómeno es sumamente curioso si tomamos en consideración que, una vez instalado en dicho país, el jurista fue un reconocido asesor en la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Además, tampoco hay que olvidar que, en Colonia, Kelsen ya había impartido la cátedra de derecho internacional y en Ginebra había sido profesor e investigador en el Instituto de Altos Estudios Internacionales.

Por lo que respecta a Latinoamérica, en parte se puede comprender esta falta de interés por el Kelsen internacionalista porque, aunque te parezca sumamente sorprendente, hasta hace poco hemos comenzado a abrir nuestros ordenamientos jurídicos al derecho internacional, en particular al derecho internacional de los derechos humanos. En tu opinión, ¿por qué es necesario reexaminar el trabajo de Kelsen como experto en derecho internacional desde el punto de vista del realismo político clásico?

RS: Esa es otra buena pregunta. Como he dicho antes, en Occidente ha resurgido recientemente el interés por la teoría jurídica de Kelsen y sus escritos políticos, especialmente los que tratan de la esencia y el valor de la democracia en el contexto del populismo creciente, el autoritarismo y el schmittianismo cuasiteológico de amigo contra enemigo. Con todo, yo diría que Kelsen tiende a ser visto, ante todo, como uno de los juristas más importantes de nuestro tiempo, que sin duda lo fue, y que gran parte de la academia actual, incluso si pretende ser política, tiende a partir de la teoría pura del derecho de Kelsen y luego trabaja hacia su teoría democrática, como si esta última fuera una función o un proyecto secundario de la primera. Lo que yo hice, por si sirve de algo, fue una especie de fusión entre el jurista y su teoría jurídica, y, al hacerlo, centrarme exclusivamente en el pensador político. Y creo que, dado que mi propósito era presentar a Kelsen como el realista político de las relaciones internacionales, funcionó bien.

Reconocer a Kelsen no solo como jurista y teórico político, o, como pensaría, un filósofo liberal de lo más oportuno, sino también como un astuto pensador de las relaciones internacionales de nuestro tiempo, es importante por dos razones. Una es teórica y concierne al *Zeitgeist* (espíritu del tiempo), y la otra es práctica, histórica y política. Creo que E.H. Carr dio en el clavo cuando dijo que el “vicio característico del utópico es la ingenuidad; del realista, la esterilidad”. La forma en que Kelsen piensa la política, tanto en su contexto nacional como internacional, pretende trascender un rígido binario realismo/idealismo. Nos exige que miremos al mundo tal como es y que, desde ese punto de vista, hagamos todo lo posible por hacer del mundo un lugar mejor mediante la paz a través del derecho. En esencia, su pensamiento sobre las relaciones internacionales nos exige que aceptemos que estaremos luchando en las trincheras si no nos damos cuenta de que el derecho o, para el caso, el derecho internacional es la única garantía, por frágil que sea, de una paz, estabilidad y justicia relativas en este mundo y no en uno imaginario.

AFCS: Me temo que estamos llegando hacia el final de tu libro, al igual que al de esta entrevista que, por cierto, he disfrutado muchísimo y la cual te agradezco afectuosamente, no solamente por la disposición que has mostrado en todo momento, sino también por tu paciencia. Me gustaría realizar algunas consideraciones finales en torno al último de los capítulos de tu libro *El realismo político de Hans Kelsen (Hans Kelsen's Political Realism)*. A mi modo de entender las cosas, este capítulo es, naturalmente, un cierre de la obra, al tiempo que una apertura; o, dicho de otro modo, constituye un punto de partida de un debate inacabado. En ese sentido, ¿qué aspectos del pensamiento de Kelsen consideras que deben ser estudiados con orden prioritario? ¿Cuáles áreas de este maravilloso libro tuyo te gustaría matizar, por ejemplo, en una segunda edición (la cual estoy seguro pronto llegará)?

RS: Bueno, lo que he hecho, en lo que puede ser un libro contrario en el sentido de lo que el muy estimulante teórico político estadounidense William E. Scheuerman ha estado diciendo cuando se trata del realismo político, es realmente lo siguiente: donde la mayoría de los juristas y teóricos de las relaciones políticas e internacionales, pasados y presentes, dicen que Kelsen es un idealista kantiano, yo sostengo que es más un realista político; donde los primeros se centran en las partes idealistas de sus escritos, yo me centro en las partes realistas.

Y para estar seguros, donde sus enemigos critican unilateralmente a Kelsen por ser bastante ingenuo al pensar que el derecho podría pacificar la política mundial, yo estoy quizás unilateralmente en el lado de la argumentación que piensa que Kelsen tiene razón al decir que es mejor que trabajemos hacia una centralización cada vez mayor del derecho internacional con verdaderos dientes, a menos que queramos seguir luchando en el campo de batalla.

En resumen, he analizado las razones políticas por las que Kelsen quiere que trabajemos por la paz a través del derecho, y lo que he encontrado es un tipo de realismo político que es compatible con lo que decían los realistas clásicos. Lo que hay que hacer a continuación, sin embargo, es sintetizar el lado jurídico de Kelsen con el político en una historia global: esa historia sería, entonces, creo, la verdadera historia del Kelsen filósofo jurídico y político.

COMPLEMENTOS

INDICACIONES PARA LOS AUTORES

Recepción de artículos

Los artículos postulados a *Precedente* deben ser artículos inéditos resultado de un ejercicio de investigación científica, reflexión teórica o revisión bibliográfica.

Es necesario que los artículos postulados no estén participando en procesos de evaluación en otras revistas.

Los artículos deben enviarse al correo electrónico precedente@icesi.edu.co

Proceso de evaluación

El Comité Editorial de *Precedente* ha establecido un proceso de evaluación para los artículos que recibe en consideración. Al recibir un artículo el Comité Editorial evalúa la pertinencia académica del mismo y su cumplimiento de las normas editoriales establecidas por la revista. Luego procede a contactar dos pares académicos expertos en el tema que aborda el artículo para que evalúen su originalidad, actualidad de la bibliografía, dominio de la bibliografía, claridad en la argumentación, calidad de la redacción, calidad científica del artículo y la importancia y pertinencia del tema.

Con base en el concepto de los pares evaluadores el Comité Editorial de la revista toma la decisión final de negar o aprobar –con o sin modificaciones– la publicación del artículo. Cuando se sugieran modificaciones, el autor deberá incorporarlas en un plazo no mayor a 20 días. Durante todo el proceso el Comité Editorial asegurará el anonimato de los pares evaluadores y del autor. La decisión adoptada por el Comité Editorial acerca de la publicación del artículo es inobjetable. El Comité Editorial, o en su defecto el coordinador editorial, se encargará de informar a los autores oportunamente del proceso de evaluación de los artículos y de las decisiones tomadas al respecto.

Normas editoriales

Los artículos presentados al Comité Editorial de *Precedente* deben cumplir con las siguientes normas editoriales:

- Extensión entre 20 y 25 páginas, no cuenta la bibliografía, los anexos, ni los cuadros o imágenes que los artículos puedan tener.
- Los artículos deberán estar anteceditos por una página de presentación donde aparezca el nombre del autor, seguido de su correo electrónico, filiación institucional y código ORCID. Esta página también deberá presentar en español, inglés y portugués el título del artículo, un resumen analítico

(de máximo 250 palabras) y de tres a cinco palabras clave. Finalmente, en una nota pie de página que se desprenda del título, los datos de la investigación en que se enmarca el artículo, además de una breve declaración de no conflicto de interés y especificación de fuente de financiación.

- El autor del artículo debe tener en cuenta la clasificación de Minciencias para garantizar la calidad del artículo objeto de publicación en revistas. En este sentido el autor debe indicar en su artículo la categoría a la que pertenece. Y debe recordar que las categorías a, b y c son las que cuentan para indexación. Las clasificaciones son:
 1. **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
 2. **Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
 3. **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.
 4. **Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
 5. **Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
 6. **Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
 7. **Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

8. **Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.
9. **Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
10. **Documento de reflexión no derivado de investigación.**
11. **Reseña bibliográfica.**
12. **Otros**

Aspectos formales de presentación de los artículos

- Letra Goudy Old Style, tamaño 12, espacio sencillo, tamaño del papel carta y márgenes de 3cm por cada lado. Los títulos y subtítulos del artículo deben estar en negrita, en altas y bajas.
- Los autores son responsables de conseguir los permisos necesarios para la reproducción de imágenes, ilustraciones, figuras y citas extensas que lo requieran.
- Para hacer la citación y la lista bibliográfica de las fuentes consultadas, se deberán tener en cuenta las reglas APA 7ª edición. Las citas deberán realizarse dentro del texto siguiendo el formato APA. Entre paréntesis el apellido del autor, seguido de una coma y el año de edición, así: (Pérez, 1990).
- Para las citas textuales se agregarán ‘p.’ o ‘pp.’ según sea el caso y el número de página, así: (Pérez, 1990, p. 60). Cuando el texto citado tenga menos de 40 palabras sólo se colocan comillas, si supera este límite se ubicará en un párrafo aparte con sangría a cada lado y tamaño de letra 11.
- Las abreviaturas *Ibíd.*, *op. cit* y *loc. cit* quedan excluidas, se escribirá el nombre del autor citado cuantas veces sea necesario.
- Las notas a pie de página se deben usar exclusivamente para hacer aclaraciones o discreciones sobre el texto, no para citar textualmente a un autor o hacer referencias bibliográficas.
- Cuando sea necesario citar dos o más referencias a la vez, las citas deben organizarse de la siguiente manera:
- “Castro (2007), Jiménez (1997) y Ramos (2010) coinciden en el análisis ...” o “Varios estudios (Castro, 2007, Jiménez, 1997 y Ramos, 2010)”.

- La información completa de los textos citados se colocara al final del artículo en una página titulada Bibliografía, la cual debe estar dividida así:
- **Fuentes:** corresponde a la Constitución, ley, códigos, decretos y jurisprudencia que hayan sido citados o consultados para elaborar el artículo.
- Las fuentes deben registrarse en orden de jerarquía normativa Ej: Constitución política, leyes, códigos, decretos, resoluciones, etc.
- La jurisprudencia debe ir ordenada por tribunales y salas; dividida en autos y sentencias, y en orden cronológico de expedición empezando por la más antigua y terminando con la más reciente.
- **Doctrina:** corresponde a los libros, capítulos de libros, artículos, tesis, monografías, etc., que hayan sido citados o consultados para elaborar el artículo.
- La doctrina debe relacionarse en orden alfabético según los apellidos del autor.
- A continuación, se dan algunos ejemplos para que puedan ser tenidos en cuenta por los autores en la elaboración de sus textos al hacer las citas en el texto y la lista de la bibliografía al finalizar el documento:

Libro:

a) *De un solo autor*

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) *De dos autores:*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) *De tres autores o más*

Apellidos, Inicial(es) del nombre, Apellidos, Inicial(es) y Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título completo del libro (siempre en cursiva). Editorial.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministerio de Cultura.

Capítulo de libro:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del capítulo. En Inicial(es) del nombre y Apellido(s) del editor, coordinador o compilador, Título completo del libro (siempre en cursiva) (pp.). Editorial.

Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. En L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Artículo de revista:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). Título del artículo. Título de la revista (siempre en cursiva), Vol. (siempre en cursiva) (Número), pp. <https://www.doi.org/> Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1 (17), 63-73.

Artículo de prensa:

Apellidos, Inicial(es) del nombre “Título artículo” (siempre entre comillas), Título periódico (siempre en cursiva), Ciudad, día y mes, año.

Tesis:

Apellidos, Inicial(es) del nombre (Año). “Título tesis” (siempre entre comillas), Tesis pregrado/PhD/Maestría, Universidad.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Submission of papers

Papers submitted for publication in the *Precedente* Journal must be unpublished articles that result from scientific research, theoretical reflection, or bibliographical review.

Papers submitted for publication must not be under evaluation or review for publication in other journals.

The articles should be sent to the following email: precedente@icesi.edu.co

Evaluation process

The Editorial Committee at *Precedente* has established a process to review articles submitted for consideration. After receiving an article, the Editorial Committee conducts an assessment to determine the academic relevance of the article and checks for conformance with the editorial rules of the journal. Then, the Committee contacts two academic peers who are experts in the subject matter for them to read the article and assess the following aspects: originality, current bibliography, proper use of bibliography, clear arguments, quality of writing, scientific quality, and significance and relevance of the topic.

Based on the opinion of the academic peers, the Editorial Committee makes a final decision to accept (either with or without modifications) or reject an article for publication. When suggestions are made, authors are to incorporate them within 20 days. Throughout the entire process, the Editorial Committee ensures that the identity of the evaluating peers and authors remain undisclosed to each other. Decisions made by the Editorial Committee as to the publication of the articles may not be contested. Either the Editorial Committee or, in its absence, the Editorial Coordinator is responsible for advising the authors of the status of the article evaluation process and associated decisions made in a timely manner.

Editorial rules

The articles submitted to the Editorial Committee at *Precedente* must meet the following editorial rules:

- The length of the articles must be from 15 to 20 pages, excluding bibliographical references, attachments, charts or images that may be provided in the articles.

- The articles must be preceded by a cover page that provides the author's name followed by his/her e-mail address and organization. The cover page must also provide the title of the article, an abstract (of no more than 250 words), and from three to five keywords, in English, Spanish and Portuguese.
- Lastly, the authors must also include a footnote linked to the article title with details of the relevant research that provided the framework for the article, in addition to a brief declaration of no conflict of interest and specification of funding source.
- The authors are to take into account the Minciencias classification system in order to guarantee the quality of their articles for publication in journals. In this respect, authors must indicate the category to which their articles belong. They must bear in mind that categories a, b, and c are the ones eligible for indexing. A description of each kind of classification is provided below:
 1. **Scientific and technological research article.** A document that provides a detailed discussion of the original results of completed research projects. In general, it has a structure that consists of four major sections, i.e. introduction, methodology, results, and conclusions.
 2. **Reflection article.** A document that presents the results of completed research from the author's analytical, interpretative, or critical perspective with regard to a specific topic referencing original sources.
 3. **Review article.** A document that results from completed research which provides an analysis, discussion, and compilation of results of published or unpublished research in a field of science or technology for the purpose of reporting on the progress and latest development trends. It is characterized by incorporating a thorough bibliographic review of at least 50 different references.
 4. **Short article.** A brief document that presents the preliminary or partial original results of scientific or technological research work which, in general, need to be disclosed promptly.
 5. **Case report.** A document that discusses the results of a study of a specific situation aiming at divulging technical and methodological experiences with a specific case. It includes a systematic review with comments on literature available regarding similar cases.

6. **Topic review.** A document that results from a critical review of existing literature about a specific topic or subject.
7. **Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative positions with regard to documents published in the journal which, at the discretion of the Editorial Committee, provide a significant contribution to the discussion of the subject on the part of the scientific community.
8. **Editorial.** A document written by the editor, a member of the editorial committee, or a guest researcher regarding orientations in the journal's field of specialization.
9. **Translation.** Translations of classic or current texts or transcriptions of historical documents or documents of special interest within the journal's range of topics of publication.
10. **Reflection document not resulting from research.**
11. **Bibliographic outline.**
12. **Other**
 - Font type: Goudy Old Style, font size 12, single spacing, letter paper size, and 3-cm margins on each side. The titles and subheadings of the articles must be written in bold, using capital and small letters. For example: **Women's studies and historiography.**
 - Authors are responsible for obtaining the necessary licenses for reproducing images, illustrations, charts, and extensive quotations, if so required.
 - Footnotes are used only for making clarifications or qualifications of the text, not for textually quoting another author or providing bibliographic references.
 - Quotations are provided in the document following APA format guidelines. The author's last name is provided in parentheses followed by a comma and the year of the publication, e.g. (Smith, 1990).
 - A colon and the page number are added in the case of textual quotations, e.g. (Smith, 1990: 60). When the quoted text is less than 40 words long, only quotes are provided, but if the text exceeds this limit, then a separate indented (on both sides) paragraph in font size 11 is provided.

To read well is to take great risks.. It is to make vulnerable our identity, our self-possession.. [...] This is how it should be when we take a masterpiece of literature or philosophy, of imagination or doctrine, in our hands. It

can take hold of us to such an extent that, for some time, we have fear of ourselves, we acknowledge our own imperfections. Anyone who has read Kafka's *Metamorphosis* and can look at himself in the mirror unperturbed is indeed technically able to read the printed word, but is illiterate in the only sense that matters. (Steiner, 1994: 26)

- In the case of coauthorship, references to the coauthors are provided as follows: the first author's name followed by a comma, the abbreviation *et al.* in italics, the year of publication followed by a colon, and the page number, e.g. (Smith, *et al.*, 1990: 60).
- The use of the following abbreviations *ibid.*, *op. cit.*, and *loc. cit.* is not allowed. The quoted author's name is to be provided as many times as necessary.
- Complete information about the referenced texts is supplied at the end of the article in a page titled Bibliography.

Book:

a) By a single author

Last name, name initials (Year). Complete title of the book (always in italics).
Publisher.

For ex. Bonilla, M. E. (1984). *Jaulas*. Planeta.

b) By two authors:

Last names, name and last name initials, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

For ex. Builes, C. y Pietagrua A. (1994). *De los goces del cuerpo*. Himeneo.

c) By three or more authors

Last name, name initials, last names, name initial(s), and last names, name initial(s) (Year). Complete title of the book (always in italics). Publisher.

Jaramillo, M. M., Osorio, B. y Robledo, A. I. (2000). *Literatura y narrativa colombiana del siglo XX*, Vol. 1. Ministry of Culture.

Book chapter:

Last name, name initial(s) (Year). Chapter title. From Coordinator's or compiler's name initial(s) and last name, Complete title of the book (always in italics) (pp.). Publisher.

For ex. Cortázar, J. (1997). Algunos aspectos del cuento. From L. Zavala, *Teorías del cuento, I: Teorías de los cuentistas* (pp. 60-75). UNAM.

Journal article:

Last name, name initial(s) (Year). Article title. Name of the journal (always in italics), Vol. (always in italics) (issue), pp. <https://www.doi.org/>

Ágredo Piedrahita, O. (2002). El Odio es más fuerte que dios. *Poligramas*, 1(17), 63-73.

Press article:

Last name, name initials, “article title” (always in quotes), newspaper title (always in italics), city, day, month, and year.

Thesis:

Last name, name initials (Year). “Thesis title” (always in quotes), undergraduate, graduate, or doctoral thesis, University.

- El desplazamiento ambiental en Colombia: Retos y avances de la Sentencia T-369 de 2021 de la Corte Constitucional
- Metodología para la interpretación constitucional desde el modelo de la justicia electoral mexicana
- Tensiones en la integración social a partir del acceso a salud y trabajo decente de la población migrante en Santiago de Cali
- Saliendo del “closet pensional”: Un análisis desde la teoría queer de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación con la operatividad de la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo en Colombia