

3

COLECCIÓN DE ESTUDIOS
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

Sujetos de especial protección

Holmedo Peláez Grisales
Coordinador Académico y Compilador

Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID)
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas





Holmedo Peláez Grisales

Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesor titular de la Universidad Pontificia Bolivariana. Investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho. Líder del Semillero de Investigación en Sujetos de Especial Protección y Gobierno. Ha escrito numerosos artículos sobre sujetos de especial protección, justicia constitucional y estudios sociojurídicos críticos. Su obra principal es su tesis doctoral honorífica titulada: Estudio de caso sobre el derecho a la especial protección de los habitantes de la calle del río Medellín. Entre sus publicaciones recientes se encuentran: -El caso de los habitantes de la calle del río Medellín: ¿Sujetos de especial protección o de violencia estatal en la ciudad?; -Estudio sociojurídico crítico del derecho a la especial protección aplicado al caso de los habitantes de calle del río Medellín; -Estado del arte sobre el 'derecho a la especial protección' para el caso de los habitantes de calle de Medellín: una mirada sociojurídica crítica; -La cara oculta del derecho a la especial protección en Colombia; -Estudio de caso: la dominación de los habitantes de la calle del río Medellín en el control de las calles de la ciudad entre el terrorismo estatal y la narcoalianza; -Habitantes de la calle sin derecho a habitar la calle: el caso de los habitantes de la calle del río Medellín; -El significado ambivalente del reconocimiento del derecho a la especial protección en Colombia; -La dualidad del derecho a la especial protección de los sujetos y grupos desfavorecidos en Colombia: ¿una nueva forma de dominación?; -Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia; -Jon Elster. Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica; y -Dogmática constitucional del deber de la solidaridad familiar y sus reglas de interpretación.



COLECCIÓN DE ESTUDIOS
EN DERECHO, SOCIEDAD Y MERCADO

Sujetos de especial protección

Holmedo Peláez Grisales
Coordinador Académico y Compilador

Autores

Holmedo Peláez-Grisales
Lina Marcela Estrada-Jaramillo
Daniela Carrasquilla-Zuluaga
Cathalina Sánchez-Escobar
Verónica Cadavid-González

323.1
P381

Peláez Grisales, Holmedo, compilador
Sujetos de especial protección / Holmedo Peláez Grisales,
compilador – 1 edición – Medellín : UPB, 2021.
102 páginas, 17 x 24 cm. (Colección de estudios en derecho,
sociedad y mercadeo)
ISBN: 978-958-764-916-1 (versión digital)

1. Protección social - Aspectos jurídicos - Medellín (Colombia) --
2. Derechos del niño – Colombia -- 3. Migración humana -
Legislación - Colombia -- 4. Desplazamiento forzado – Colombia
I. (Título) Serie

CO-MdUPB / spa / rda
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Holmedo Peláez-Grisales
© Lina Marcela Estrada-Jaramillo
© Daniela Carrasquilla-Zuluaga
© Cathalina Sánchez-Escobar
© Verónica Cadavid-González
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

Sujetos de especial protección

ISBN: 978-958-764-916-1 (versión digital)

DOI: <http://doi.org/10.18566/978-958-764-916-1>

Primera edición, 2021

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Grupo: Investigaciones en derecho. Proyecto: Sujetos y grupos de especial protección en Colombia.

Radicado: 301C-11/18-37.

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano Escuela de Derecho y Ciencias Políticas: Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Gestor Editorial: Andrés Felipe Duque Pedroza

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: María Isabel Arango Franco

Corrección de Estilo: Juan Fernando Muñoz

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2021

Correo electrónico: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín – Colombia

Radicado: 2019-25-08-20

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito,
sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

■ **Tabla de contenido**

Prólogo6

Capítulo 1

**La ineficacia de la tutela para la protección
de los habitantes de calle
de Medellín 11**

Holmedo Peláez Grisales

Capítulo 2

**Derecho del niño a ser escuchado:
propuesta de aplicación en procesos
de adopción en Colombia 44**

Lina Marcela Estrada-Jaramillo

Daniela Carrasquilla-Zuluaga

Capítulo 3

**La movilidad como elemento común
para la construcción de territorio:
el desplazamiento forzado
y la migración en Colombia 76**

Cathalina Sánchez-Escobar

Verónica Cadavid-González

■ Prólogo

Esta obra, titulada *Sujetos de especial protección*, constituye el resultado final del proyecto de investigación denominado “Sujetos y grupos de especial protección en Colombia”, el cual está adscrito a la línea de Derecho, Sociedad y Mercado del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Este proyecto nace de la idea de analizar, desde diferentes casos, el problema del tratamiento injusto constitucional, legal y jurisprudencial que reciben ciertos sujetos pertenecientes a un grupo determinado de especial protección, a partir de sus contextos, sus diferencias y características comunes. En consecuencia, estudia las tensiones entre el Estado, la sociedad y los sujetos “protegidos”, inmersos en la disputa entre el contenido real de sus derechos, el formalismo y la ineficacia de las normas e instituciones que aparentemente dicen protegerlos.

El texto tiene como objetivo principal presentar el estudio sociojurídico y crítico de ciertos casos de sujetos de especial protección en Colombia, las irregularidades entre la regulación de sus derechos y su aplicación o materialización, en aportación de una mejor comprensión de su realidad sociojurídica.

Así las cosas, la obra está delimitada en el estudio de ciertos problemas relacionados con los contenidos de derechos de tres grupos diferentes de especial protección estatal, cuyos sujetos constituyen solo una muestra

dentro de esta enorme población, que ha sido clasificada en cinco grupos especialmente protegidos por el Estado, entre los que figuran: 1. *El grupo por sus circunstancias físicas*: 1.1) *en razón de la edad*: los niños y adolescentes, juventudes, adulto mayor y tercera edad; 1.2) *en virtud de alguna limitación física*: las personas con una discapacidad física o capacidades diferentes. 2. *El grupo por sus condiciones psicológicas*: las personas con alguna limitación mental o capacidades diferentes. 3. *El grupo de las víctimas de violencia generalizada*: los desplazados, torturados, secuestrados, desaparecidos, refugiados, exiliados, líderes políticos y miembros de partidos políticos, periodistas y habitantes en zonas con problemas de orden público; 4. *El grupo de los sujetos tradicionalmente discriminados*: *por el sexo*: las mujeres, madres cabeza de familia, mujeres en estado de embarazo; *por la etnia o raza*: indígenas, gitanos, negritudes, afrocolombianos, raizales, palenqueros; *por el lenguaje*: las minorías lingüísticas; *por la orientación sexual*: los LGTBIQ; *por la nacionalidad*: extranjeros, inmigrantes y migrantes colombianos; *por el estado de salud*: los que padecen una enfermedad grave, incurable o ruinosa y los incapacitados; *por la orientación religiosa*: las minorías religiosas, *por la situación jurídica*: las personas privadas de la libertad; *por la calidad de trabajador*: según el tipo de empleo. Y, 5. *El grupo de los sujetos en condiciones de pobreza, inferioridad, subordinación, dependencia, marginalidad, territorio y precariedad económicas* están los pobres, consumidores, trabajadores, desempleados, campesinos, mendigos, habitantes de calle y los damnificados (Peláez, 2015).

A partir de las cinco categorías propuestas por Peláez (2015), los autores centraron su investigación en habitantes de calle, niños y migrantes, en su condición de sujetos y grupos de especial protección, cuyas identidades y la materialización de sus derechos son la fuente principal de interés. Por ello, la obra está compuesta de tres capítulos titulados: 1) “La ineficacia de la tutela para la protección de los habitantes de calle de Medellín”; 2) “Derecho del niño a ser escuchado: propuesta de aplicación en procesos de adopción en Colombia”; 3) “La movilidad como elemento común para la construcción de territorio: el desplazamiento forzado y la migración en Colombia”.

En el capítulo 1, “La ineficacia de la tutela para la protección de los habitantes de calle de Medellín”, el profesor Holmedo Peláez-Grisales presenta un estudio sociojurídico y crítico sobre el caso de los habitantes de calle de Medellín y el funcionamiento real de la acción de tutela y su revisión por parte de la Corte Constitucional para garantizar el derecho a la especial protección. Aquí, cuestiona en qué medida la acción de tutela como

recurso constitucional formalmente establecido para garantizar la materialización del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle constituye un mecanismo judicial eficaz para su protección en Medellín. Para desarrollar el tema, por una parte, el autor define a los habitantes de calle como “sujetos de especial protección” y determina el núcleo esencial del derecho a la especial protección para estos sujetos en particular. Por otra parte, el autor presenta la acción de tutela como un mecanismo judicial experimentado excepcionalmente por los habitantes de calle de Medellín para intentar materializar su derecho a una especial protección y combatir sus circunstancias de discriminación, marginalidad y debilidad manifiestas, reforzadas por la acción y la omisión del Municipio de Medellín. Al respecto, expone sus puntos de vista en relación con los alcances, el tratamiento, los argumentos y las interpretaciones que de la acción de tutela asumen los actores de la justicia frente al caso concreto. A partir de ahí, destaca la existencia de un tratamiento injusto aplicado por el juez de tutela para negar la protección de los habitantes de calle de la ciudad. Por último, describe el recurso de revisión del fallo de tutela como un mecanismo excluyente y burocrático de la Corte Constitucional, que revela la desprotección real de los habitantes de la calle de Medellín. Peláez-Grisales concluye que la acción de tutela en lugar de protegerlos, reproduce su opresión y la violación de sus derechos fundamentales con el papel pasivo del juez municipal y de la Corte Constitucional.

En el capítulo 2, “Derecho del niño a ser escuchado: propuesta de aplicación en procesos de adopción en Colombia”, las investigadoras Lina Marcela Estrada-Jaramillo y Daniela Carrasquilla-Zuluaga exponen un trabajo cualitativo crítico sobre el derecho del niño a ser escuchado en todos los ámbitos de su vida y, en particular, en la vía administrativa y judicial dentro del proceso de adopción y en su condición de sujetos de derechos y de especial protección. En consecuencia, su objetivo se orienta a identificar en qué medida se ha aplicado el derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción desde un análisis normativo y jurisprudencial, para determinar si en la práctica este derecho se ha vulnerado y, a partir de allí, proponer unos criterios que garanticen su efectividad. Las autoras plantean tratar la cuestión, primero, desde la parte general del derecho del niño a ser escuchado, analizan los temas sustanciales del niño como sujeto de derechos y de especial protección, el concepto, las premisas fundamentales y la importancia de este derecho. Segundo, desde la parte especial, referente al proceso de adopción, considerado como una medida de especial protección, se

evalúa la aplicación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos de adopción en Colombia, por medio del análisis de sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y tercero, desde una propuesta propia que busca alcanzar la efectividad de la aplicación del derecho del niño a ser escuchado dentro del proceso de adopción. Estrada-Jaramillo y Carrasquilla-Zuluaga concluyen que el derecho del niño a ser escuchado ha sido un término ambiguo e indeterminado que ha generado una discrecionalidad por parte de las autoridades administrativas y judiciales y, por tanto, se dificulta establecer su cumplimiento en la práctica.

Finalmente, en el capítulo 3, “La movilidad como elemento común para la construcción de territorio: el desplazamiento forzado y la migración en Colombia”, las investigadoras Cathalina Sánchez-Escobar y Verónica Cadavid González presentan un trabajo sociojurídico con un enfoque histórico sobre el derecho a habitar y pertenecer de los migrantes y desplazados internos, como sujetos de especial protección constitucional, con el objetivo de analizar cuál ha sido el cambio sustancial que los flujos migratorios han generado en la forma en que se desarrollan las poblaciones dentro del territorio colombiano, a fin de ofrecer una crítica a las medidas humanitarias de excepción y determinar los retos que afrontan el Estado y la sociedad al tener que considerar nuevas categorías tales como el multiculturalismo, la transnacionalización, el desarrollo y la identidad colectiva e individual, dentro de sus planes de desarrollo, políticas públicas y normas en general. Por tal razón, las autoras asumen tres perspectivas: primero, exponen la migración y las transformaciones estructurales. Segundo, destacan la migración como un elemento para constituir identidades. Y, tercero, muestran los retos de Colombia ante el flujo migratorio mixto en la búsqueda de la creación y fortalecimiento de identidades. Sánchez-Escobar y Cadavid-González concluyen que en Colombia los sujetos migrantes solo se concebían desde dos nociones: la migración de colombianos hacia el exterior y la migración interna, pero advierten que el panorama actual del fenómeno migratorio hace pensar en una tercera categoría, producto de la recepción de extranjeros y del retorno de nacionales, lo cual genera una nueva dinámica social que modifica el concepto de territorio y de ciudadanía, en tanto que la comprensión de estos últimos migrantes va más allá de la concepción tradicional que se tiene de los mismos.

En suma, la obra pretende abrir una discusión sobre el conocimiento sociojurídico de los sujetos de especial protección, que aporte a la innovación

humanística en políticas públicas de habitantes de calle, niños y migrantes en su condición de sujetos especiales de derechos, para alcanzar una sociedad más justa e igualitaria, donde estos puedan materializar su protección en reivindicaciones de derechos ciertos y eficaces como garantía de su nivelación social. Así pues, constituye un punto de partida y una invitación para continuar investigando en estos temas y sobre los demás sujetos y grupos de especial protección constitucional mencionados anteriormente, quienes también reclaman una realización de sus derechos.

Holmedo Peláez-Grisales

Coordinador Académico

Capítulo 1

La ineficacia de la tutela para la protección de los habitantes de calle de Medellín¹

Holmedo Peláez Grisales^a

Resumen

El capítulo de la investigación tiene como objetivo principal describir si la acción de tutela es un mecanismo eficaz para garantizar el derecho a la especial protección de los habitan-

¹ Capítulo de investigación resultado de la tesis doctoral *Estudio de caso sobre el “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del río Medellín*, financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, radicado en esta institución en el proyecto titulado Sujetos y grupos de especial protección en Colombia, con el número 301C-11/18-37.

^a Doctor en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho Privado. Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Privado, Abogado. Profesor titular del área de derecho público, Coordinador del Semillero en Sujetos de Especial Protección y Gobierno e Investigador de la línea Derecho, Sociedad y Mercado del grupo de investigaciones en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Campus de Laureles, Circular 1 No. 70-01. Bloque 12, oficina 201. Medellín, Colombia. Correo electrónico: holmedo.pelaez@upb.edu.co - ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8619-2952>

tes de calle de Medellín desde una metodología sociojurídica crítica enfocada en el estudio de caso de los sujetos de la investigación, quienes en su lucha por sus derechos acuden a la vía judicial para poner a prueba la materialización de su derecho a la especial protección y la acción de tutela como el mecanismo judicial apropiado para corregir circunstancias relacionadas con su discriminación, marginalidad y debilidad manifiestas, ocasionadas por cuenta del Municipio de Medellín, por acción u omisión. No obstante, los resultados del trabajo investigativo permiten demostrar el carácter formal, simbólico, discursivo de este derecho a la especial protección y la ineficacia de la tutela para su materialización. En consecuencia, se concluye que en la práctica los habitantes de calle de Medellín se encuentran desprotegidos, bajo la violación permanente de sus derechos fundamentales y el papel pasivo del juez municipal y de la Corte Constitucional.

Palabras clave: Habitantes de la calle, sujetos de especial protección, derecho a la especial protección, acción de tutela, estudio de caso, derechos de grupos especiales.

Abstract

The chapter of the investigation has as principal aim describe if the guardianship action is a mechanism effective for to guarantee the right to the special protection of the homeless from Medellín since a critical socio-legal methodology focused in the study of case to the subjects of the investigation, who in theirs fight for their rights they came to the judicial way for put to proof the materialization of their right to the special protection and the guardianship as the appropriate mechanism to correct theirs circumstances of discrimination, marginality and manifest weakness, created with the action and omission of the Municipality of Medellín. However, the results of this investigative work permit proof the character formal, symbolic and discursive of this right and the inefficiency of the guardianship for their materialization. In consecuense, it concludes that in the practice the homeless from Medellín

are unprotected, low the violation of their fundamental rights and the passive role of the local judge and of the Constitutional Court.

Key Words: Homeless, subjects of special protection, right to the special protection, guardianship action, case studies, rights of special groups.

Introducción

La investigación reconoce en los habitantes de calle de Medellín a un grupo social en crecimiento, sobreviviente bajo condiciones inhumanas y afectado por el incumplimiento de la cláusula constitucional número 13 sobre el derecho a la especial protección a cargo del Estado.

Por lo anterior, el investigador asume de problemático el hecho de que el Estado carezca de un mecanismo judicial efectivo y garante de la materialización del derecho a la especial protección, de conformidad con la mencionada disposición constitucional, los desarrollos legales y la jurisprudencia en la materia. El autor cuestiona las fallas del juez de tutela de Medellín y las barreras inscritas en el recurso de revisión de la Corte Constitucional.

Desde este ámbito problemático, el autor se encarga de resolver la pregunta: ¿En qué medida la acción de tutela, como recurso constitucional formalmente establecido para garantizar la materialización del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle, constituye un mecanismo judicial eficaz para la protección de los habitantes de la calle de Medellín?

En este orden de la investigación, el objetivo principal es describir el funcionamiento de la acción de tutela y de su revisión por parte de la Corte Constitucional para garantizar este derecho a la especial protección, a partir de una metodología sociojurídica crítica basada en el estudio de caso único de los habitantes de la calle ubicados en las riberas del río Medellín, quienes en su lucha por sus derechos acudieron a la vía judicial para poner a prueba la realización de su derecho a la especial protección y la tutela como mecanismo eficaz para corregir sus circunstancias de discriminación, marginalidad y debilidad manifiestas, ocasionadas con la acción y la omisión del Municipio de Medellín.

El ejercicio de la acción de tutela y del recurso revisión, surgieron en el transcurso de la investigación llevada a cabo entre 2013 y 2018, con la participación de una muestra de 135 personas² que viven en calle, dentro de la enorme población que ocupa el espacio público de Medellín. De allí resultó un grupo de más de 15 habitantes de la calle, quienes a nombre propio, el 18 de abril de 2016 demandaron la garantía efectiva de su derecho a la especial protección por medio de la acción de tutela, la cual fue interpuesta ante el juez penal municipal de Medellín en contra de las actuaciones del gobierno de Federico Gutiérrez, cuyas decisiones colocaron en peligro y vulneraron sus derechos fundamentales, con la orden de desplazamiento interurbano del Campamento la Minorista hacia la avenida de León De Greiff y la plazoleta Francisco Antonio Zea, en contravía de la protección constitucional exigida por el artículo 13 superior.

En consecuencia, el capítulo describe esta experiencia en que los habitantes de la calle de Medellín, directamente y desde su situación de discriminación, marginalidad y debilidad manifiesta, se empoderaron para reclamar la intervención del juez como último recurso disponible para hacer realidad la protección constitucional consagrada, frente al incumplimiento del gobierno de turno.

En esta investigación se acoge una *metodología cualitativa*, orientada a la obtención de la información por medio de la investigación acción participante del autor de la indagación en terreno del campo social de los habitantes de calle de Medellín, usando las herramientas de la tutela, la observación directa, la entrevista, el análisis documental legal y jurisprudencial y la etnografía soportada en doce (12) diarios de campo, cuyos datos permiten contrastar las fallas normativas y jurisprudenciales de ese derecho a la especial protección, desde una *perspectiva etnográfica y sociojurídica*, apartada

² El estudio de caso cuenta con la *protección de los datos personales* de cada uno de los sujetos que hicieron parte de la investigación, pertenecientes al colectivo de los habitantes de la calle de Medellín y, también, a servidores del Municipio de Medellín; todos ellos accedieron a participar en la pesquisa etnográfica de su caso y manifestaron su consentimiento informado sobre el estudio y el uso y tratamiento de su información con fines de elaboración y publicación de la obra. En tal sentido, para garantizar la protección de su identidad sus datos personales han sido cambiados por seudónimos y sometidos a la reserva legal. Las declaraciones de los entrevistados son extractos que pertenecen a entrevistas más extensas de los *Diarios de campo*.

de las metodologías dogmáticas que reproducen el discurso tradicional del positivismo jurídico y acoge la noción del pluralismo jurídico.

Por consiguiente, el capítulo constituye un estudio sociocultural del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle de Medellín, “desde afuera”, con una visión crítica, que comienza por cuestionar las fuentes jurídicas constitucionales, legales y jurisprudenciales y termina por denunciar las contradicciones reales de ese derecho en el caso de los habitantes de calle del río Medellín con base en los resultados obtenidos con el ejercicio de la acción de tutela.

A partir de esta metodología, el autor defiende la tesis de que el reconocimiento del derecho a la especial protección es ineficaz³, pues no resulta garantizado judicialmente, en virtud de que el juez de tutela de Medellín encargado de asegurar su materialización no les brinda a los accionantes el tratamiento que merecen como sujetos de especial protección; por el contrario, los trata de forma despectiva, sin consideración con sus circunstancias especiales y desconoce el núcleo esencial del mencionado derecho. En consecuencia, por un lado, los deja en una situación de inferioridad frente a su contraparte, el ente municipal, impidiéndoles luchar en pie de igualdad por sus derechos y, por otro lado, desde el discurso especializado del derecho, por medio de la acción de tutela y sus procedimientos formales, los excluye del campo jurídico y les niega sus derechos, lanzándolos a la arbitrariedad del gobierno de turno.

El estudio aporta una crítica al papel del juez de tutela y de la Corte Constitucional, por no constituir una garantía real para la protección de los habitantes de la calle de Medellín, que consiste en la denuncia de los errores y vías de hecho en que viene incurriendo el juez y las fallas que se presentan dentro del recurso de revisión para acceder a la protección de la Corte, con lo cual se busca promover cambios estructurales en el rol de la administración de justicia de Medellín en la manera de interpretar, aplicar y tutelar el derecho a la especial protección de los habitantes de la calle y en la demanda urgente de reestructuración del procedimiento para ejercer el recurso de revisión del fallo de tutela.

La investigación se divide en tres partes: 1) Habitantes de calle como sujetos de especial protección; donde se determina el núcleo esencial del

³ La ineficacia aquí se define como la distancia real entre las declaraciones funcionales de la norma estatal y las prácticas efectivas, cuyos efectos demuestran su incumplimiento (De Sousa-Santos & García-Villegas, 2001, pp. 1-2).

derecho a la especial protección para los sujetos en particular, 2) La tutela puesta a prueba por los habitantes de calle de Medellín, donde se narran las circunstancias que la motivaron y el tratamiento indebido dado por el juez de tutela local y, 3) El recurso de revisión del fallo de tutela como un mecanismo excluyente y burocrático de la Corte Constitucional, que descubre la falta de acceso a la justicia para la protección real de los habitantes de la calle de la ciudad.

Habitantes de calle como sujetos de especial protección

El derecho a la especial protección aparece en la Constitución Política de Colombia de 1991 con la consagración nominativa y no taxativa de algunos sujetos y grupos de especial protección por parte del Estado. El art. 13 superior estipuló el derecho fundamental genérico de especial protección en los siguientes términos:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados [...] protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. (Const., 1991, art.13).

Así mismo, estableció un derecho específico de especial protección para ciertos sujetos de forma expresa dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, en los siguientes postulados constitucionales: art. 42 (el derecho de los hijos nacidos fuera del matrimonio); art. 43 (el derecho de las mujeres, del que está por nacer, de la mujer en embarazo y de la mujer cabeza de familia); art. 44 (el derecho de los niños y niñas); art. 45 (el derecho de los adolescentes); art. 46 (el derecho de las personas de la tercera edad); art. 47 (el derecho de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos); art. 49 (el derecho de los enfermos); art. 50 (el derecho de todo niño menor de un año); art. 51 (el derecho del trabajador, de la mujer en estado de maternidad y del trabajador menor de edad y de los minusválidos); art. 65 (el derecho del productor de alimentos) y, art. 73 (el derecho del periodista).

Este conjunto de normas del nuevo régimen constitucional modificó la Constitución de 1886, la cual solo hacía referencia al caso de los extranjeros, de quienes la ley se encargaría de regular los derechos especiales y el de los esclavos que pusieran pie en el territorio colombiano, quienes por ese solo hecho quedaban libres. En los demás casos, la Corte Suprema de Justicia se encargaba gradualmente de declarar la inconstitucionalidad de algunas normas que consideraba injustas en el tratamiento de los sujetos dentro de la sociedad. Sin embargo, el asunto no mereció la relevancia ni los desarrollos jurisprudenciales que se han presentado en estos tiempos. De allí que el derecho a la especial protección demanda protagonismo dentro del actual régimen constitucional como garante de la igualdad material bajo dos modalidades: la primera, basada en un derecho genérico, dirigido a proteger a un conjunto de sujetos y grupos indeterminados en la Constitución denominados sujetos discriminados, marginalizados o que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y; la segunda, centrada en un derecho específico, encaminado a proteger a un conjunto de sujetos y grupos determinados expresamente en la norma superior.

En el mencionado régimen constitucional especial, los habitantes de la calle definidos en la ley 1641 de 2013 como “toda persona sin distinción de sexo, raza o edad que hace de la calle su lugar de habitación, ya sea de forma permanente o transitoria”, no fueron reconocidos explícitamente en ninguna parte del texto superior con un derecho específico de especial protección, pero dadas sus circunstancias de ser sujetos discriminados, marginados y en circunstancias de debilidad manifiesta, se presume que todos ellos gozan del derecho fundamental genérico de especial protección del artículo 13 constitucional, lo cual, aparentemente constituye un avance significativo en el campo jurídico frente al régimen anterior que históricamente castigó a los habitantes de la calle expresamente con medidas represivas penales y policivas. Sin embargo, el cambio de perspectiva hacia el reconocimiento implícito del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle, en principio, aparece sin una concreción de contenidos de derecho que demanda un desarrollo legal por parte del legislador.

No obstante, el legislador ha sido incapaz de producir un conjunto normativo claro, expreso y exigible que regule el supuesto derecho particular de especial protección. Solo después, de 22 años, por medio de la ley 1641 de 2013, reconoció explícitamente la identidad de los habitantes de la calle y estableció los lineamientos para la formulación de la política pública sin definir el derecho específico a la especial protección con prerrogativas cier-

tas y obligatorias exigibles al Estado; lo cual, ha llevado a cada entidad territorial en el orden seccional y local a determinar por medio de sus políticas públicas los contenidos de derecho que son materia exclusiva del legislador, cuyo postulado puede tener un desarrollo diferente en cada ciudad, sin que ese derecho sea el mismo en todos los casos.

En el desarrollo normativo, la política pública de los habitantes de la calle de Medellín fue expedida mediante el acuerdo 24 de 2015, el cual reprodujo los lineamientos de la Ley 1641 de 2013 y reconoció a los habitantes de la calle en sus mismos términos legales, sin referirse expresamente al derecho de la especial protección. Sin embargo, en el artículo 5 estableció como objetivos específicos: a) El desarrollo de estrategias de prevención, mitigación y superación del riesgo social de la habitanza en calle; b) La atención de las necesidades básicas; c) El aseguramiento y atención en salud; d) La creación de alternativas de generación de ingresos, de acceso a educación y vivienda, para los habitantes de la calle que hayan alcanzado procesos de resocialización; e) Acciones que promuevan su reconocimiento, aceptación y el respeto social y; f) La atención de los tratamientos especializados en el manejo integral de las patologías relacionadas con el consumo, abuso y dependencia de sustancias psicoactivas. En todo caso ninguno de estos propósitos constituyen derechos subjetivos con exigibilidad inmediata, sino más bien directrices generales que orientan formalmente la acción del gobierno local hacia la implementación de un programa asistencial para la superación del fenómeno de la habitanza en calle y la erradicación de los habitantes de calle de la ciudad.

En consecuencia, el acuerdo no se dirige específicamente a desarrollar el derecho a la especial protección como está previsto en el ordenamiento constitucional, consistente en la consagración de medidas expresas y concretas para combatir, castigar y superar la discriminación, la marginalidad y la debilidad manifiesta de estos sujetos para la garantía de su igualdad material en el campo social, ni constituye una herramienta jurídica que defina estos derechos especiales, sino las meras intenciones del gobierno, cuyas aspiraciones políticas no suplen el vacío legal del postulado.

De allí que el significado del mandato constitucional estudiado por el autor aparezca expresado únicamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre 1992 y 2015 hasta nuestros días, cuyo núcleo esencial del derecho a la especial protección consiste en lo siguiente:

- i) En un tratamiento singularizado que se debe ajustar a las necesidades y requerimientos de los sujetos y grupos vulnerables (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-275-15).
- ii) En suplir los déficits de protección que estos requieren para la garantía de su igualdad material (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-092-15), por medio del aseguramiento de sus condiciones materiales para el ejercicio pleno de sus derechos y libertades (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-025-15). En otras palabras, mediante el aseguramiento de un derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material que consiste en garantizar el derecho a un mínimo vital o derecho a la subsistencia, que constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado “subsidio de desempleo” (Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-1036-03).
- iii) En la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, prestarles asistencia y protección y, sobre todo, en garantizarles la igualdad de oportunidades y su nivelación social en esta sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el “déficit social” (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-426-92; 2003, Sentencia C-1036-03).
- iv) En el fundamento para adoptar acciones afirmativas, entendidas como políticas o medidas orientadas a reducir y eliminar las desigualdades sociales, culturales o económicas de aquellas personas o grupos (Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-371-00) y, como instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez (Corte Constitucional, 2002, Sentencia T-500-02).
- v) La construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos ellos una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance; esto incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad (Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-1036-03).
- vi) En el deber del Estado de aligerar las formalidades dentro del contexto de especial vulnerabilidad en el que se desenvuelven y hacer prevalecer el goce efectivo de sus derechos fundamentales, removiendo los obstáculos que les impiden acceder a las entidades del Estado; brindarles la asistencia requerida por medio de subsidios económicos (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-275-15) y ampliar progresivamente la ga-

rantía de sus derechos económicos, sociales y culturales (Corte Constitucional, 2014, Sentencia C-767-14; 2015, Sentencia T-032-15).

Ahora bien, de forma más específica, la sentencia T-376-93 define que el núcleo esencial del derecho a la especial protección, en el caso de los habitantes de la calle, le impone al Estado el deber de “buscar, dentro del criterio de solidaridad, soluciones eficaces y urgentes a la problemática que plantea la proliferación de cinturones de miseria en las ciudades”. En las sentencias T-1031-04 y T-225-05 destaca “el deber de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando estos no pueden ayudarse por sí mismos y se ve comprometida su propia subsistencia”. En la sentencia T-057-11 obliga a “velar por el respeto a las garantías mínimas de vida digna y procurar su protección en aspectos inherentes al ser humano”. Así mismo, desde las sentencias T-533-92 y T-436-03 expresa que la Constitución tiene diferentes mecanismos para garantizar a las personas habitantes de la calle estas garantías a través de “los servicios públicos básicos de salud (CP artículo 49), seguridad social integral (CP artículos 46 y 48) y el subsidio alimentario (CP artículo 46)”. De tal modo, la Corte Constitucional deja en claro que el núcleo esencial del derecho a la especial protección “abarca todos los ámbitos de protección constitucional de sus derechos fundamentales, en especial aquellos que tienen que ver directamente con su vida, su salud y las condiciones mínimas de existencia digna”. En términos específicos, la sentencia C-1036-03 enfatiza en el deber de “asegurarle a la persona el derecho a la seguridad y el disfrute del bienestar social que incluye los de salud, la alimentación adecuada y la vivienda”. En suma, la Corte Constitucional en forma reiterada ha insistido que el núcleo esencial del derecho a la especial protección de los habitantes de calle está dirigido a garantizar la vida digna de las personas sin hogar.

No obstante, el contenido formal del derecho a la especial protección, dadas las condiciones reales en las que se encuentra el grupo social mencionado, desde la sentencia T-043-15 la Corporación reconoció que una vida así como la de los habitantes de la calle no puede ser indiferente al Estado colombiano, pues consideró que ellos no han sido atendidos con el debido trato que merecen y los postuló como un buen ejemplo para juzgar la vigencia real del Estado social y democrático de derecho en Colombia. Así pues, desde la sentencia T-275-15 expresó la necesidad de evaluar si el Estado colombiano ha construido las condiciones indispensables para asegurar a los habitantes de la calle una vida digna, por medio de potencia-

lizar sus capacidades, mejorar su nivel de vida y garantizar su alimentación, vivienda, seguridad social y sus escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad.

La tutela puesta a prueba por los habitantes de calle de Medellín

De conformidad con lo expuesto anteriormente, el derecho a la especial protección de los habitantes de la calle constituye un derecho fundamental para alcanzar su igualdad material, quienes disponen del mecanismo principal de la acción de tutela⁴ para hacer cumplir judicialmente sus cometidos constitucionales conforme lo autoriza el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (Const., 1991, art.86).

Así mismo, la Corte Constitucional, en las sentencias T-057-11, T-684-02 y T-646-07, reafirma que el núcleo esencial del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle puede ser exigido por medio de esta acción judicial, en tanto que comprende ámbitos de protección constitucional de sus derechos fundamentales y se extiende a otros derechos como los derechos sociales, que:

⁴ Es importante aclarar que los habitantes de la calle, eventual y formalmente disponen de otras acciones constitucionales frente al derecho a la especial protección, como por ejemplo: la acción de cumplimiento, la acción popular o de grupo o la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, la acción principal para la protección de este derecho fundamental a la especial protección es la acción de tutela, puesta a prueba en este caso bajo estudio.

... pueden concretarse y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación cuando i) el accionante se encuentra en una situación de extrema indigencia o, ii) se evidencia una grave afectación del mínimo vital de quien solicita atención y la persona en estado de indigencia carece de un núcleo familiar cercano que cubra sus requerimientos; en estos casos, procede ordenar de manera excepcional la atención del Estado ante la situación de indigencia por tutela. (Corte Constitucional, Sentencia T-684-02, T-646-07)

De conformidad con los desarrollos constitucionales y jurisprudenciales descritos, la materialización del contenido del derecho a la especial protección y la efectividad de la acción de tutela fueron puestas a prueba por los habitantes de la calle asentados cerca del río Medellín dentro de este estudio de caso único desarrollado en la ciudad entre 2013 y 2018.

El estudio contó con la participación de 135 habitantes de la calle, quienes desde el 2013 se asentaron visiblemente a lo largo del río Medellín, luego de que el Municipio los desplazara de sus lugares tradicionales de habitación en las calles céntricas de la ciudad, concretamente de sus casas de vicio ubicadas entre la avenida León de Greiff y la plazoleta Francisco Antonio Zea. En ese momento la población se ubicó en zona urbana del centro de Medellín en dirección Sur a Norte, distribuida por toda la franja que recorre, por un lado, el río Medellín y por el otro lado, la avenida regional al frente de la plaza Minorista, cerca de la Universidad de Antioquia y la Universidad Nacional, específicamente debajo del puente Horacio Toro, donde se concentró el mayor número de ellos. Al inicio de la investigación, el grupo social estuvo compuesto aproximadamente por unos 300 habitantes de la calle, estimados en los recorridos de reconocimiento de la zona (Peláez-Grisales, 15 de enero a 21 de julio de 2015). Sin embargo, medios de comunicaciones oficiales como Telemedellín, afirmaron que eran cerca de unos 600 habitantes de calle, quienes se encontraban en extrema indigencia y sin la debida protección del Municipio, en contravía de ese derecho a la especial protección (Telemedellín, 15 de septiembre de 2015).

En el campo social, el caso mostró una contradicción entre la norma jurídica del artículo 13 superior y los hechos, pues en los gobiernos de Aníbal Gaviria Correa (2012-2015) y Federico Gutiérrez Zuluaga (2016-2019) se ejecutaron una serie de acciones oficiales que lesionaron sus derechos fundamentales en lugar de salvaguardarlos y generaron una violación reiterada de su derecho a una especial protección. De acuerdo con el testimonio de los habitantes de la calle, la vulneración sistemática de sus derechos inició en 2013 bajo el gobierno de Aníbal Gaviria Correa con la intervención en

las casas de vicio localizadas entre la avenida León de Greiff y la plazoleta Francisco Antonio Zea y su desplazamiento hacia el río Medellín. Según afirma el habitante de calle Orfeo Figueroa Zúñiga:

...el gobierno no nos protegió sino que nos arruinó y nos mandó para la calle [...]. Cuando nos sacaron de las casas del vicio, perdimos todo lo que teníamos porque todo nos lo echaron a la basura. Papeles, cédulas, ahorros, lo que teníamos allá [...] nos dejaron en la miseria y entonces nos mandaron a la calle y nos dejaron con las manos arriba porque no nos dejaron con qué hacer vida. ¿Qué tiene que hacer uno? Seguir en la calle porque nos dejaron sin con qué pagar arriendo... (Figueroa-Zúñiga, entrevista personal, 10 de junio de 2016, Diario 6, p. 10).

Este desplazamiento hacia el río Medellín, fue el principio de un sistema de prácticas estatales dirigidas fundamentalmente a relegar a los habitantes de las casas de vicio hacia la periferia y exhibir su intervención desde el escenario público como una lucha contra “las estructuras criminales” en contra de los mismos habitantes de la calle que el Municipio de Medellín decía proteger, para mostrar sus acciones como duros golpes al narcotráfico. Sin embargo, las personas de la calle cuestionan que el gobierno vulneró sus derechos y les ocasionó daños económicos, físicos y psicológicos sin garantizar unos mínimos protocolos de protección y reivindicación de sus derechos. Al respecto, en su testimonio Orfeo Figueroa Zúñiga denuncia el abuso, la arbitrariedad y la violencia extrema soportada durante el gobierno de Aníbal Gaviria Correa, incluso hasta en el río Medellín, donde los miembros de la fuerza pública continuaron ejerciendo su violencia. En sus palabras agrega:

... En el río, [...] Ellos llegaban en esos operativos a la verrionda; dormidos y asustados teníamos que salir corriendo. Esos operativos duraron cada 15 días hasta que se fue relajando y a lo último entonces ellos llegaron y nos sacaron a la fuerza [...] (Figueroa-Zúñiga, entrevista personal, 4 de abril de 2016, Diario 2, pp. 21-22).

De ahí que el trato garantizado por el Estado no fuera el formalmente establecido en la cláusula 13 constitucional de la protección especial sino todo lo contrario; materialmente eran desconocidos como habitantes de calle, al mismo tiempo desprotegidos de la ley, tratados como delincuentes y sometidos a la opresión estatal con constantes desplazamientos interurbanos.

El gobierno de Federico Gutiérrez Zuluaga inició su período en el 2016 bajo un estado de cosas inconstitucional⁵ que evidenciaba la opresión del gobierno anterior, el abandono institucional y la falta de atención de estos habitantes de calle dispersos en todo el centro de la ciudad y en la avenida León de Greiff y la plazoleta Francisco Antonio Zea. Por lo cual, este nuevo gobierno de Federico Gutiérrez Zuluaga adoptó un modelo permisivo con la idea de recoger a todos los habitantes de la calle de Medellín en un solo lugar a través de la negociación de un acuerdo y sin violencia para sacarlos del centro, llevarlos hacia la periferia en un sitio nombrado el “Campamento de la Minorista” y darles una supuesta protección en calle que sirviera de enlace con los Centros Día, como lo sostiene Orfeo Figueroa Zúñiga:

Del río nos pasaron [a la fuerza] para esta manga donde estamos en el campamento y de acá nos pasaron para la avenida de Greiff donde estábamos inicialmente hasta que hicieron sus vueltas allá y nos trasladaron para acá a todos. Eso fue un acuerdo con el Alcalde y los que mandan acá (Figueroa-Zúñiga, entrevista personal, 4 de abril de 2016, Diario 2, p. 22).

Sin embargo, posteriormente el acuerdo fue interrumpido intempestivamente por el gobierno de Federico Gutiérrez Zuluaga, quien una vez más mostró la falta de garantías del modelo de “protección” del municipio de Medellín, pues después de dos meses de vigencia del campamento decidió unilateralmente ordenar su desmonte y emprendió una serie de prácticas dirigidas a desplazarlos del lugar sin ningún plan de reubicación. En la nueva política pública, el gobierno de Federico Gutiérrez Zuluaga no resultó diferente al de Aníbal Gaviria, ya que su exclusión se repitió bajo distintas prácticas escondidas en el campo social contrarias a las normas que emulan una protección formal, falseada según los intereses políticos del gobierno de turno.

En consecuencia, un numeroso grupo de habitantes de la calle, encaminados a luchar en contra de la decisión del Municipio de Medellín, arrojados de

⁵ La Corte Constitucional colombiana ha definido la figura del Estado de cosas inconstitucional como aquella situación del estado actual de los derechos de los grupos de especial protección contraria al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundamental de un estado social de derecho. En el caso de las personas habitantes de la calle se configura con la violación masiva y generalizada de sus derechos (Sentencia T-338-13).

nuevo a la calle como ocurrió en el operativo de las casas de vicio, decidieron acudir a la vía constitucional de la acción de tutela a nombre propio y en representación de los demás habitantes de la calle bajo la coadyuvancia del autor de esta investigación en calidad de abogado defensor, con el fin de permanecer en el campamento, evitar la ejecución de prácticas discriminatorias reproductoras de su marginalidad, conservar la garantía de la no violencia de la fuerza pública, recibir el acompañamiento del gobierno en el sitio y en todo caso, apelar a la idea de la progresividad de los derechos con la intención de evitar ser expulsados a la calle bajo las mismas condiciones de violencia estatal ejercida en el anterior gobierno de Aníbal Gaviria.

La acción de tutela fue presentada por el autor de esta investigación el 18 de abril de 2016 acompañada de la solicitud de la medida provisional de suspensión de la orden de desalojo, la cual se esperaba que fuera concedida al inicio de la acción y hasta la expedición del fallo de tutela para evitar la consumación del hecho, como se advierte a continuación:

Este día, en calidad de coadyuvante [abogado defensor], los habitantes de calle firman la acción de tutela. En ella alegan, entre otras cosas, que dicha decisión vulnera y/o amenaza sus derechos fundamentales: a la especial protección, a la vida digna, a no ser sometidos a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles e inhumanas, y a un debido proceso. Así mismo, que el rompimiento del acuerdo de asentamiento en el campamento debió ser formalizado bajo un nuevo acuerdo con ciertas garantías de sus derechos fundamentales. Sin embargo, la decisión violó dicho pacto y, colocó en riesgo sus derechos constitucionales. Con lo cual, se frustran las esperanzas de un futuro mejor para la garantía de sus derechos fundamentales vulnerados histórica y sistemáticamente por las anteriores administraciones municipales. Así pues, expresamente cuestionando el derecho a la especial protección, sostienen: “En estos términos, la idea en el fondo de revivir las medidas de “recuperación” del espacio público del sector La minorista por encima de nuestros derechos humanos produce en nuestras vidas más marginalización, discriminación y debilidad manifiesta, en tanto que, el efecto esperado es que los habitantes de la calle de este campamento a partir del martes estaremos obligados de nuevo a salir a recorrer incesantemente las calles de la ciudad, sin tener un lugar de protección en libertad y seguridad donde satisfacer nuestros derechos básicos de subsistencia que vienen atados a la garantía de una alternativa social y humana incluyente y pluralista que mantenga vigente la modalidad de este campamento abierto

a los habitantes de la calle para descansar, dormir, protegernos del clima, retornar de nuestros trabajos, tener servicios básicos de aseo y salud, estar protegidos de la discriminación y la violencia social y policiva, y poder desarrollar nuestro proyecto de vida acorde con nuestro estilo de vida” (Demanda de tutela 2016-000XX, Rafael Sanmiguel y otros, 18 de abril de 2016) (Pelález, nota de campo, 18 de abril de 2016, Diario 3, p. 29).

De conformidad con los hechos expuestos, por primera vez, el colectivo de habitantes de la calle de Medellín tradicionalmente excluido del campo del Derecho apeló a la vía jurídica y experimentalmente puso a prueba las vías legítimas del ordenamiento para reclamar la materialización de su supuesto “derecho a una especial protección”.

El 19 de abril de 2016, la acción de tutela⁶ fue admitida para trámite por el Juez Penal Municipal de Medellín y radicada con el número 2016-000XX, pero desde la primera decisión se materializó la ineficacia de tal derecho y la exclusión de los sujetos del campo jurídico con la negación de la medida provisional, la cual marcó una nueva cadena de exclusiones en el campo jurídico y social en la medida en que sin un juicio previo y sin existir un fallo los condenó a la inminente ejecución de dicha orden de desalojo, a la violencia y la desigualdad social.

La respuesta judicial antes que protegerlos no hizo más que legitimar la decisión del gobierno de expulsarlos a la calle sin ninguna consideración especial. Constituyó una decisión política, amañada, de complacencia con el gobierno y la tribuna pública, con la cual asumió el papel de un juez pasivo decidido a surtir un trámite formal de una decisión ya tomada desde el inicio y a disponer de todo tipo de barreras jurídicas que hicieran más difícil su situación de habitantes de calle y su “defensa” en el proceso judicial de la tutela, al punto de exigirles pruebas imposibles de aportar con el fin de negar la protección demandada y obligarlos a soportar su exclusión jurídica y social. Al respecto, el juez apeló crasamente a los siguientes dos argumentos para negar dicha medida provisional y su protección especial:

1. No se reúne los requisitos para una protección inmediata, al punto que [los accionantes] hacen referencia a una supuesta decisión del Alcalde Mu-

⁶ Los datos de la acción de tutela se encuentran enmascarados para proteger la identidad del juez y de las partes involucradas en el proceso.

nicipal [de ordenar el desalojo]. No se aportó copia de acto administrativo alguno contentivo de medidas, indicando amenazas o vulneración de derechos fundamentales” [y] 2. Los actores describen una situación de hecho⁷ [de habitación en el campamento la Minorista] frente a un derecho particular no consolidado, en contravía del interés público respecto a un espacio que por naturaleza y destinación, en principio no puede ser destinado para habitación (Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, 2016).

Vale decir que en el *primer argumento* el juez, a sabiendas de las condiciones especiales de los habitantes de la calle de Medellín, en lugar de brindarles un tratamiento diferencial que corrigiera sus circunstancias de desigualdad en el trámite tutelar frente a la posición de superioridad del gobierno accionado, les pidió injustamente que aportaran un acto administrativo de un hecho notorio que no estaban obligados a soportar y que además se encontraban en imposibilidad de allegar al trámite porque el acto formal escrito nunca existió, por lo que estaban impedidos para presentar la prueba del desalojo que, en todo caso, sería el gobierno el obligado a entregarla por su posición dominante y porque él tenía en su poder la prueba que ya era de conocimiento público y de aplicación inminente, como se hizo saber a todos los diarios y noticieros de la ciudad, incluso, en la misma página web del Municipio como se comunicó oportunamente en la tutela. Esto fue confirmado desde lo institucional por el funcionario Calvin, quien afirmó la inexistencia del acto administrativo de levantar el campamento y del acto de autorización inicial de funcionamiento del campamento en la minorista (Calvin, entrevista personal, 19 de abril de 2016, *Diario* 3).

No obstante, existir todos los elementos de juicio para adoptar las medidas judiciales de protección, el juez tomó la excusa de la falta del acto administrativo para despachar las pretensiones de la tutela, cuya negación a la suspensión del desalojo programado para el mismo 19 de abril no hacía más que conducir a su ejecución, materialización del daño y prejuzgamiento del fallo final como en efecto ocurrió; así, se puso al descubierto el sentido negativo de ese derecho a la especial protección como una estructura de dominación que el Estado usa a su conveniencia, lo que lleva al habitante de la calle Lisandro Garavito Correa a afirmar que “el único derecho que tienen los Habitantes de

⁷ Esta situación de hecho ha sido consentida y acordada por el mismo gobierno y legitimada por la presencia institucional del personal de Centro Día y la Fundación por más de dos meses continuos y permanentes en el lugar.

Calle es a enfrentarse, volarse o dejarse coger nada más” (Garavito-Correa, entrevista personal, 23 de abril de 2016, *Diario 3*, p. 34).

Ahora bien, en el *segundo argumento* el juez, de otra parte, sostuvo que habitar la calle por los accionantes en el campamento “estatal” constituía una vía de hecho en contravía del interés público y un derecho particular no consolidado; ello reveló la negación de su identidad como habitantes de calle y su ficción legal, pues no se puede ser habitantes de calle sin un derecho a habitar la calle, lo cual significó una contradicción jurídica y social que reprodujo su exclusión y discriminación en la ciudad, con la autorización judicial, para que el gobierno los interviniera sobrepasando su propia decisión de recogerlos en dicho campamento y los lanzara nuevamente a la calle afectando sus derechos fundamentales sin su consentimiento y, sin una alternativa legítima, más allá de vivir excluidos del sector de la Minorista en la avenida León de Greiff y la plazoleta Francisco Antonio Zea, en donde posteriormente se establecerían sin más remedio que estar obligados a soportar la nueva discriminación y marginalización, bajo la opresión de la plaza del vicio que opera en el sector.

En contraste con la decisión judicial, el 20 de abril de 2016, antes del desalojo de ese mismo día, se le solicitó al operador judicial la reconsideración del auto que denegó la medida provisional, argumentando:

Primero, que contrario a lo definido por el juez, la orden del desalojo si era inminente, “una decisión en firme y ciertamente de conocimiento público” [...]; segundo, que la exigencia de aportar un acto administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales era desbordante [...] por su calidad de sujetos de especial protección y porque [...] no es condición necesaria para la defensa inmediata de sus derechos [...]; tercero, que se equivoca cuando afirma que “la idea de que lo que se busca es el reconocimiento de un derecho particular no consolidado” [...] [cuando] Está claro que [...] lo que se está buscando es la protección [...] sobre todo del derecho a la Especial Protección de los habitantes de la calle y; cuarto, que erróneamente “se desnaturaliza la situación en derecho en que los accionantes se encuentran en el lugar y que, por el contrario, el Municipio de Medellín es quien se sitúa en una flagrante vía de hecho”. (Peláez, Solicitud de reconsideración del auto que deniega medida provisional en acción de tutela 2016-000XX, 20 de abril de 2016).

No obstante la insistencia, el despacho no accedió a reconsiderar la decisión inicial argumentando que la medida provisional es una potestad del arbitrio del juez, carente de recursos, que ya había sido negada y estaba fuera del alcance del coadyuvante, por lo cual, no le darían trámite a la solicitud (Peláez, nota de campo, 6 de mayo de 2016, *Diario 4*, p. 32). En consecuencia, se materializó la desprotección judicial y su responsabilidad en la consumación de la violación de los derechos de los tutelantes por negarse a corregir su decisión y tomar medidas urgentes para evitar la discriminación, la marginalidad y la puesta en circunstancias de debilidad manifiesta de estos sujetos con la medida de desalojo. La etapa procesal significó que, a pesar de que la tutela continuaría formalmente, desde el punto de vista material los accionantes quedaban desamparados por el órgano judicial durante el resto del proceso entre la admisión de la acción, la sentencia en firme y, su revisión eventual por la Corte Constitucional, sometidos a la vulneración del derecho a la especial protección.

La providencia inicial creó una ventana de desprotección haciendo del derecho a la especial protección una falacia, pues, por un lado, la vía judicial siguió corriendo su trámite totalmente ajena a la voz de los habitantes de calle y desvinculada de los hechos y, por el otro lado, la presión del gobierno para excluirlos del lugar y someterlos a sus prácticas naturalizadas de discriminación, marginalización y opresión social no se hicieron esperar con la ejecución forzada del desalojo del campamento. En el contexto social, la supuesta “protección” denegada por el juez tuvo como efecto que el gobierno maliciosamente los retirara del espacio público de la Minorista, en donde les negó el derecho de habitar; pero los lanzó a las calles de la avenida De Greiff y la plazoleta Zea para que en peores condiciones vivieran bajo la dominación del mercado de las drogas que opera en el lugar, sin ninguna garantía de vida digna como se describe en las notas del caso:

Camino a la Avenida De Greiff y la plazoleta Zea, están los habitantes de calle tirados a las afueras de las instalaciones de Centro Día, más arriba, en la esquina antes de llegar a la plaza de vicio hay un grupo de ellos y, subiendo por la acera del lado, cerca de la vía vehicular, hay otro grupo. En estos puntos, solo los acompaña el cemento, la pipa y la droga. [...] solo se escucha la venta de la droga en un solo coro que canta: *chata, chata, chata, rosada, azul, amarilla, verde, gris, las ruedas* y, al ingresar, a mano derecha hay 4 sombrillas de comestibles; a mano izquierda se ven los habitantes de calle reunidos fumando, jugando y otros en su mundo [...] todo el tiempo hay movimiento en el lugar

por parte de los campaneros, jibaros, vendedores ambulantes, las personas que empaican la droga, los vendedores que exhiben la droga en poncheras para la venta, los habitantes de calle y otros compradores de vicio (Peláez, nota de campo, 26 de abril de 2016, *Diario 4*, pp. 1-2).

La acción del Municipio de Medellín, reveló que la única forma de subsistencia posible que está garantizada para los habitantes de calle es mediante la exclusión y la marginalidad donde la plaza de vicio ejerce públicamente el control sobre el espacio público y sobre sus vidas, y el gobierno no es más que un socio de la criminalidad, escondido detrás del asistencialismo precario de los habitantes de la calle; cuyas prácticas oficiales los expulsa todo el tiempo a las manos de los patrones del vicio y les asegura sus condiciones de miseria.

Así lo comprueba el caso, en el cual, el 2 de mayo de 2016 el juez negó la tutela de su derecho a una especial protección a través del fallo número 2016-000XX en el que solo le da voz al gobierno por reproducir su cartilla de servicios con base en los cuales los accionantes se encuentran expulsados a la calle y sometidos a la dominación de la plaza de vicio, como se había previsto desde el inicio:

... La secretaria encargada me hace entrega del fallo [...] en el cual se les niegan a los habitantes de calle los derechos alegados, esto es, su derecho a una vida digna, a la especial protección, al debido proceso y a no ser sometidos a tratos crueles e inhumanos (Peláez, nota de campo, 3 de mayo de 2016, *Diario 4*, p. 30).

El juez, en la parte considerativa de la sentencia, desconoció el núcleo esencial del derecho a la especial protección estudiado atrás en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, omitió la voz de los tutelantes y el reconocimiento de su identidad como habitantes de la calle. De modo que no tuvo en cuenta el tratamiento que el asunto ameritaba ni tampoco la realidad social de los accionantes. En desconocimiento del artículo 13 constitucional, de sus desarrollos legales, jurisprudenciales y del caso mismo, se dedicó a encuadrarlo en las sentencias SU-360-99, T-146-04 y T-334-15 de la Corte Constitucional, que no tratan casos similares sobre habitantes de calle y su derecho a una especial protección, para sustentar el rechazo de sus pretensiones con fundamento en la protección del espacio público. No obstante, estas sentencias tampoco fueron aplicadas integralmente al

caso concreto, pues, de haberlo hecho habría tutelado los derechos de los accionantes, como en efecto lo hizo el máximo órgano constitucional en estos otros casos (Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, Fallo de tutela 2016-0XX, 2 de mayo de 2016).

En su lugar, el juez tomó de forma descontextualizada y amañada las partes de las sentencias que estaban direccionadas a la protección del derecho al espacio público; particularmente, relacionadas con el problema jurídico del derecho al trabajo de los vendedores ambulantes y la recuperación del espacio público en otras ciudades diferentes de Medellín. En ellas, la SU-360-99 (Corte Constitucional, 1999, Sentencia SU-360-99) sobre el caso de los vendedores ambulantes de la localidad de Fontibón; la T-146-04 (Corte Constitucional, 2004, Sentencia T-146-04) sobre el caso de Jorge Arango Valencia contra la Policía Nacional de Buga y la T-334-15 (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-334-15) que estudia el caso de Aldemar Jerez Quiroga en contra del municipio de Villavicencio.

En consecuencia, en la sentencia es evidente que existe una falta de identidad entre los casos nombrados y el de los tutelantes, pues, en primer lugar, en los procesos citados los accionantes son vendedores ambulantes, mientras que en el caso bajo estudio se trata de habitantes de calle y, en segundo lugar, todos ellos estudian problemas jurídicos y sociales distintos que, por su naturaleza, ameritaban un tratamiento diferenciado; mientras los primeros buscaban la protección del derecho al trabajo sobre el espacio público, los segundos reclamaban la protección especial de su habitación en el campamento en calle dispuesto por el Municipio sobre la zona verde de la Minorista, buscando evitar que el gobierno los siguiera sometiendo a prácticas de discriminación, marginalización y debilitamiento que comprometieran aún más sus condiciones de existencia, como en efecto ocurrió.

En todo caso, el juez fue (incluso) en contra de la Corte Constitucional y de las mismas sentencias citadas, de haber sido coherente y apegado a su contenido integral hubiera tutelado los derechos de los accionantes como sucedió en todos los casos de los vendedores ambulantes en donde se protegió su derecho por encima del derecho al espacio público por cuanto se advirtió que:

... cualquier política encaminada a la recuperación del espacio público no solo requiere unos presupuestos para proferir el acto administrativo, sino que, debe consultar la realidad social del sitio donde se pretenda llevar a cabo la recuperación del espacio público con la finalidad de solucionar de

forma adecuada y conciliada, el problema social que hoy vive este grupo marginado de la sociedad, afectando lo menos posible el derecho o los derechos que a ellos les asiste (Corte Constitucional, Sentencia T-146-04).

[Vale decir,] (...) Lo prudente es que antes del desalojo se trate de concertar y concretar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar o de principiar a ser realizadas (Corte Constitucional, Sentencia SU-360-99).

[Por lo tanto,] (...) La Administración está obligada a diseñar e implementar políticas tendientes a contrarrestar efectos negativos y presentar alternativas a vendedores informales (Corte Constitucional, Sentencia T-334-15).

En contra de lo dispuesto por la Corte, el juez en el caso bajo estudio superpuso la “recuperación del espacio público” sobre el derecho a la especial protección de los habitantes de calle sin importar nada más que la voluntad del gobierno. En su decisión desconoció, *primero*, exigirle a la administración el acto administrativo que ordenaba el desalojo, verificar el cumplimiento de los presupuestos del acto y consultar la realidad social; *segundo*, la confianza legítima de los administrados, quienes habían ingresado al campamento de manera segura por el mismo Municipio; *tercero*, la inexistencia de un acuerdo concertado de recuperación del espacio público, el cual fue suplantado por la voluntad unilateral del gobierno en desconocimiento de los accionantes, quienes se vieron obligados a salir forzosamente del lugar por la amenaza del gobierno de sacarlos por medio de un operativo de fuerza pública; *cuarto*, la inexistencia de un plan de reubicación en calle para los accionantes, el cual no existió ni fue aportado a la tutela y, se le aceptó al gobierno no tener ninguna otra alternativa que el programa ineficaz de ingreso “voluntario” a los Centros Día, que a pesar de todo, al ser forzados a salir del campamento y tener como su única opción el internamiento en estos centros, quedaba claro que no era voluntario, sino obligatorio; pues, quienes permanecieran en calle estarían en calidad de infractores del espacio público y en un estado de ilegalidad, bajo la dominación de los líderes de la plaza de vicio del lugar y; *quinto*, la falta de políticas tendientes a contrarrestar los efectos negativos del desalojo. Es decir, sin importar los daños producidos con este nuevo proceso de marginalización hacia la avenida De Greiff y la plazoleta de Zea, el juez ratificó

en el fallo final su posición antigarantista frente a los habitantes de calle y su protección especial.

En consecuencia, el juez en la sentencia inclinó su balanza: primero, hacia la prevalencia de un espacio público silenciosamente sometido al control clandestino de los patrones del vicio; segundo, hacia un supuesto desalojo “voluntario” basado en un proceso de sensibilización oficial que nunca existió y, en un informe de una Personería municipal, al servicio del gobierno, incapaz de garantizar los derechos de los accionantes; tercero, hacia el autoritarismo estatal, desprovisto de exigirle al gobierno los actos administrativos de instalación y desalojo del campamento como se los exigió a los accionantes y, quinto, en desenfocar la tutela de su derecho de habitación en calle con un asunto de adjudicación de predios, al poner en duda su identidad de habitantes de calle, revictimizándolos bajo un discurso judicial y gubernamental excluyente de la realidad y de sus derechos. (Fallo de tutela 2016-0XX, Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, 2 de mayo de 2016).

El caso mostró que en los habitantes de la calle de Medellín se había materializado la exclusión y la marginalización no solo social, sino también judicial; pues, al ser sometidos por la tutela a salir desterrados del campamento para la avenida De Greiff y la plazoleta de Zea, estos fueron obligados a transitar el camino de la discriminación estatal. Ello permitió que la confianza y sus expectativas en las instancias judiciales y en el mismo gobierno desaparecieran en ese momento y, así, revivieron el sentimiento de estar por fuera de la protección del Derecho y del Estado, con la única opción de vivir dominados bajo el mando de los patrones del vicio, quienes como amos de la calle de la avenida De Greiff y la plazoleta de Zea disponen de la ley del lugar y de sus vidas y; como consecuencia, el trámite de la tutela perdió todo sentido.

Por lo anterior, los habitantes de la calle se negaron a ejercer la impugnación bajo la determinación de que con estas circunstancias de la sentencia no creían en la vía judicial, ni en la la revisión de otro juez, puesto que el daño ya estaba consumado. En este momento, el autor de la investigación y abogado coadyuvante de la acción descubre que:

El pensamiento colectivo de los actores de la tutela, es que ante esta desprotección no creen y no quieren insistir [...] Así pues, [...] en el caso de los habitantes de calle solo valen las únicas instancias, esas que a la primera vez son oportunas y pertinentes. Pues, la justicia se les ha negado tantas veces

que a la primera vez que vuelven a negársela terminan por desistir y no creer (Pelález, nota de campo, 6 de mayo de 2016, Diario 4, p. 32).

La decisión judicial quedó en firme y se consolidó la falta de una tutela judicial efectiva a ese derecho a la especial protección, el cual produjo los efectos escondidos debajo de esa norma constitucional de la especial protección, es decir, al ser meramente formal, se manifestó como una apariencia engañosa del Estado que finge en el papel hacer la tarea de reivindicar su igualdad material, mientras, en la práctica, se dedica a reproducir su desprotección y el orden establecido con la ayuda judicial.

El recurso de revisión del fallo de tutela como un mecanismo excluyente y burocrático de la Corte Constitucional

En respuesta al fracaso de la tutela, la coadyuvancia se dirigió hacia el trámite de la selección de tutelas para la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional con el fin de solicitar directamente a la Corporación el estudio de la tutela del caso. Sin embargo, esta vía estuvo llena de obstáculos que revelaron la revisión como un medio burocrático, centralizado y escalonado imposible de alcanzar para los habitantes de la calle.

El 6 de mayo de 2016 quedó en firme el fallo de la acción de tutela y, al día siguiente, el expediente del proceso debió ser enviado a la Corte Constitucional para su revisión de acuerdo con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, pero, esto no ocurrió y solo fue remitido arbitrariamente por el despacho hasta el 14 de junio, fecha para la cual ya había pasado más de un mes, lo que retrasó aún más la esperanza de protección de los derechos de los accionantes por esa Corporación.

De ahí que el 10 de junio, cuando fue presentada la solicitud ante la Secretaría General de la Corte para su revisión el funcionario encargado se negó a aceptar la petición argumentando que la tutela todavía no había sido recibida ni registrada en la base de datos de la Corporación y que, en adelante, se debía seguir consultando en el sistema de búsqueda especializada en la página web de la entidad y “corroborar en los libros correspondientes al registro”. Este trámite obligó a estar examinando el sistema y preguntando

ante los funcionarios del alto tribunal sobre la radicación del expediente, no sin antes insistir reiteradamente al despacho judicial en Medellín para que lo enviaran a la Corte, como en efecto se registró en el sistema de la rama judicial el 14 de junio de 2016 (Proceso 0500140090XX2016000XX00, demandante Rafael SanMiguel y otros, Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, 2016)⁸.

Ahora bien, a pesar de haberse cumplido el primer paso del envío por el despacho, nuevamente a finales de junio se acudió a la Corte para interponer la petición de revisión, pero por segunda vez tampoco fue recibida por el empleado oficial y con el argumento de que aún no aparecía registrada en la base de datos de la Corporación se negó a radicarla.

Así, sucesivamente, el 29 de julio se exhortó por tercera vez para que la petición fuera recibida, pero el funcionario de la Corte advirtió que esta vez no se podía recibir debido a que la Secretaría estaba atrasada en la radicación de los procesos, pues apenas iba a empezar a radicar los expedientes del mes de mayo y mencionó que solo a partir del mes de septiembre se recibirían las solicitudes de los procesos allegados en el mes de junio; no obstante, indicó que se debía seguir revisando en el sistema especializado de la Corporación.

Posteriormente, el 8 de septiembre el funcionario secretarial de la Corte informó que se estaban radicando las tutelas de junio, pero que no aparecía el expediente del caso. En vista de lo anterior, finalizando el mes y sin noticias del proceso, dicho empleado informó que se debía consultar con el juzgado de Medellín porque ellos habían terminado el registro de las tutelas del mes de junio sin que el expediente apareciera.

El 10 de octubre, sin una respuesta clara de la Corte y obstaculizada la recepción de la petición de revisión, se le presentó una solicitud de información por inconsistencia en la radicación, la cual fue respondida el 19 de octubre indicando de forma sorpresiva que: “(...) el expediente de tutela de la referencia fue excluido de revisión mediante el auto del 19 de septiembre de 2016, notificado por estado el 29 de septiembre de 2016” (Oficio número PET-SGT-0711/16, Corte Constitucional colombiana, 19 de octubre de 2016).

La entidad respondió de forma contraria a las informaciones equivocadas que había dado verbalmente en las cuales señalaba reiteradamente que el

⁸ Los datos del recurso de revisión se encuentran enmascarados para proteger la identidad de las partes involucradas en el trámite de la acción constitucional.

expediente no había sido radicado y, que por ello, se negaba a recibir la solicitud de revisión de la tutela.

En la última respuesta, la Corte evadió la inconsistencia en la radicación del expediente y señaló simplemente que el caso estaba cerrado, en estado de devolución para el despacho de conocimiento porque no había sido seleccionado y, en consecuencia, no era admisible la solicitud de revisión de la tutela por vencimiento de términos; pues, la tutela había sido radicada el 22 de agosto (Corte Constitucional, Expediente T57223XX, demandante Rafael Sanmiguel y otros, 2016)⁹. No obstante, sin que el mismo despacho lo informara oportunamente a la parte interesada en las consultas previas acompañadas por la misma Corporación, lo cual vició el trámite de la revisión, porque se negó injustificadamente a aceptar la solicitud.

El estudio del caso muestra que nuevamente los habitantes de calle, a pesar de todos los intentos por buscar su protección especial, terminaron excluidos por la misma Corte a través de un trámite burocrático que nunca aceptó la petición de revisión de la tutela, cuyo rechazo estuvo basado particularmente en la tramitología, en la imposibilidad formal y material en que la Corporación puso al coadyuvante para recibir la solicitud y, en el desinterés político del despacho para su selección y escogencia final por parte de los magistrados encargados del trámite de selección de fallos de tutela.

El rechazo se concretó de forma más específica: *primero*, en la obstaculización del juez en el envío tardío del expediente a la Corte y, *segundo*, en las fallas de procedimiento en la publicidad del trámite manifiestas en la carga impuesta a los accionantes con el doble sistema de radicación y consulta de las tutelas, cuyo sistema de información de la Corte resulta separado del sistema de consulta de la rama judicial, haciendo más difícil su acceso a él. A lo cual, se sumaron las fallas internas en el suministro de la información y en las demoras imputables a la ineficiencia del trámite en la Corte, cuyo

⁹ En este punto, llama la atención el uso de los datos distintos que utiliza la Corte para identificar el proceso frente a los datos de identificación original del sistema de consulta de la Rama Judicial que indujeron a errores a los mismos funcionarios del despacho y a las partes en la consulta del estado del proceso, lo que dio al traste con el rechazo de la revisión, sin que le fuera permitido al coadyuvante presentar la solicitud de revisión del fallo de la tutela y, en consecuencia, que los accionantes fueran excluidos injustamente de la oportunidad de insistir en la selección de su caso.

retardo desbordó los mismos términos de la acción de tutela y mostró la ineficacia del medio para la garantía de sus derechos.

Esto es, el mecanismo de la acción constitucional reveló que desde el momento transcurrido entre la presentación de la tutela el 19 de abril de 2016 y el rechazo de su selección producido el 22 de agosto transcurrieron 4 meses, un período muy extenso, frente al inicial de la tutela para salvaguardar los derechos de los “sujetos de especial protección”. Pero, aún más, el medio resulta cuestionable cuando la Corte termina siendo inalcanzable para dichos accionantes tal y como ocurrió en el caso.

Así las cosas, esta experiencia del recurso de revisión del fallo de tutela en el caso de los habitantes de calle de Medellín demuestra que no cuentan con una garantía judicial efectiva para la materialización de su derecho a la especial protección consagrado en el artículo 13 constitucional y su núcleo esencial, pues su trámite además de ser un medio judicial excepcional, es formal, lento, oneroso, complejo, oscuro, burocrático y unilateral en la Corte Constitucional. En consecuencia, su acceso real y directo a la Corte está siempre denegado.

Por todo lo anterior, hoy viven tan excluidos en el campo jurídico como en el campo social, marginados en su espacio de relegación “natural” de la avenida De Greiff y la plazoleta de Zea, esto es, en la plaza de vicio en calle bajo la reproducción de su dominación por los patrones del vicio y las prácticas simuladas de recuperación del espacio público por el ente municipal.

Conclusiones

Este estudio de caso permite concluir que el derecho a la especial protección de los habitantes de la calle de Medellín es una falacia basada en una norma constitucional implícita de protección genérica, que trae consigo la inseguridad jurídica de una ficción de protección sin derechos concretos, que se queda en lo formal, abstracto e incierto y en el vaivén de las interpretaciones de la Corte Constitucional, cuyos efectos constituyen la fuente de la arbitrariedad estatal y demandan una urgente legislación por parte del Congreso de la República que desarrolle específicamente los derechos exigibles del postulado en el caso particular.

De acuerdo con las condiciones expuestas anteriormente, podría concluirse que la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, definió el núcleo

esencial del derecho a la especial protección de los habitantes de la calle como aquel que busca asegurarles a los sujetos de derecho las condiciones materiales básicas para el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, en armonía con el principio de la dignidad humana. Sin embargo, el alto tribunal no hizo más que teorizar tal derecho con pautas y directrices generales dirigidas al Estado, sin concretar los derechos específicos exigibles de forma obligatoria a las entidades territoriales y en consideración de que su desarrollo es competencia exclusiva del legislador. No obstante, la Corte desconoció que el Congreso de la República ha omitido regularlo por más de 28 años, incluso en la misma ley 1641 de 2013 y que es necesario declarar el estado de cosas inconstitucionales, con el fin de desarrollar el derecho a la especial protección con contenidos concretos necesarios para la materialización de su protección reforzada, en cuya labor la Corte deberá reorientar sus contenidos esenciales sesgados actualmente en el derecho a la vida digna y enfocarlos en el derecho a la igualdad material con el fin de superar la discriminación, la marginalidad y la debilidad física, psicológica y económica como lo demanda el artículo 13 superior.

En consonancia, la interpretación del alto tribunal constitucional y los contenidos normativos de la especial protección se contrastaron en la práctica social y se concluye que entre los habitantes de la calle de Medellín existe una consciencia colectiva de que el núcleo esencial del derecho a la especial protección reconocido por la Corte en su jurisprudencia esconde una estructura discursiva o meramente formal del derecho, pues todas las prerrogativas que dice garantizar como límite al poder del gobierno y garantía de su dignidad humana no son reales. En su lugar, los habitantes de la calle desde sus testimonios manifiestan que han recibido todo lo contrario: estructuras y prácticas estatales dirigidas a reproducir sus circunstancias de dominación social, frente a las cuales declaran que no cuentan con acciones judiciales efectivas que garanticen el derecho a una especial protección, conforme con su experiencia vivida en la acción de tutela del caso.

El estudio descubre que la acción de tutela resultó un medio ineficaz para garantizar la protección de los habitantes de calle de Medellín, en tanto que operó como un mecanismo judicial formal, basado en la decisión de darle prelación al derecho al espacio público como un asunto de interés general sobre el reconocimiento de los habitantes de calle, al negarles cualquier posibilidad legítima de habitar la calle y consentir las medidas arbitrarias de desplazamiento interurbano del gobierno para producir su encierro en los Centros Día; cuya medida, al ser rechazada por los accionantes,

los excluyó todo el tiempo hacia las zonas marginales del sector, bajo el mando de los patrones de las drogas y la permanente amenaza del uso de la fuerza pública y de su desplazamiento, con lo cual terminó negándoles toda garantía de vida digna, en desconocimiento de la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En este sentido, el papel del juez de tutela debe cambiar en la forma de comprender y efectivizar el derecho a la especial protección de los habitantes de calle y, en particular, la perspectiva de interpretar y aplicar la protección reforzada respetando los derechos de reconocimiento y redistribución, que deben ser asegurados vía tutela a los habitantes de la calle de la ciudad y teniendo siempre en cuenta su voz dentro de las decisiones judiciales, su derecho a habitar la calle como parte esencial del reconocimiento de su identidad, su deber de conciliar su permanencia en calle con el derecho colectivo al espacio público y de garantizar las medidas tendientes a eliminar las prácticas de discriminación, marginalización y debilidad manifiestas impuestas por el Municipio, incluidas aquellas dirigidas a desplazarlos ilegalmente, sin un acuerdo expreso con ellos y sin la debida reubicación que garantice sus condiciones de vida digna.

De igual modo, el estudio revela que el recurso de revisión del fallo de tutela presentado ante la Corte Constitucional tampoco es un medio efectivo y viable para garantizar la protección de los habitantes de la calle. En virtud de que existen diferentes trabas procesales y fácticas que imposibilitan que estos sujetos puedan directamente apelar a esta vía para reclamar la revisión de esta protección.

En consecuencia, el procedimiento del recurso de revisión del fallo de la tutela debe ser modificado para garantizar un acceso real de los habitantes de calle como sujetos de especial protección a la revisión de la Corte, empezando por garantizar los términos de envío del expediente a la Corporación, la recepción de la solicitud de revisión del fallo sin dilaciones injustificadas y sin oposiciones secretariales, el trámite oportuno sin justificación en retrasos de la entidad, la homologación de los datos de radicación del expediente de acuerdo con el sistema electrónico de consulta de procesos judiciales de la rama judicial y, en todo caso, preferiblemente que el recurso de revisión pueda ser presentado directamente ante el funcionario que emitió el fallo, para que lo remita oportunamente con el expediente para la decisión de la Corte Constitucional. Así como también se debe considerar que tratándose de sujetos de especial protección reforzada siempre debe operar el recurso de revisión.

En suma, en Medellín hay una ineficacia de la acción de tutela y del recurso de revisión de la Corte Constitucional para la materialización del derecho a la especial protección de los habitantes de calle, lo cual demuestra que en el caso no existe una protección real, pues la errada posición del juez de tutela y la falta de acceso a la revisión de la Corte han hecho de la acción constitucional un medio judicial incapaz de hacer cumplir la cláusula 13 constitucional que, contrariamente a asegurar su protección, garantiza que estos sean tratados a la fuerza como invasores del espacio público, dominados por el gobierno de turno, sometidos a un estado de zozobra en los espacios de relegación social, sin más posibilidades que sobrevivir perseguidos por el gobierno, estigmatizados y excluidos del campo social. Situación que es muy probable que se extienda a los demás casos en el resto del país donde hay afluencia de habitantes de la calle en similar condición.

Referencias

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. (1991). Por medio de la cual se establece la Carta Fundamental del Estado colombiano, 20 de julio de 1991. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1641. (2013). Por medio de la cual se establecen los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle y se dictan otras disposiciones, 12 de julio de 2013. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1641_2013.html
- Colombia, Corte Constitucional, Expediente T5722385, demandante *Rafael Sanmiguel y otros*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/>
- Colombia, Corte Constitucional, Oficio número PET-SGT-0711/16, 19 de octubre de 2016.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-371-00, 29 de marzo de 2000. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1036-03, 5 de noviembre de 2003. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-1036-03.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-767-14, 16 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-767-14.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-360-99, 19 de mayo de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU360-99.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-426-92, 24 de junio de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-533-92, 23 de septiembre de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-533-92.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-376-93, 7 de septiembre de 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-376-93.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-388-93, 28 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-500-02, 27 de junio de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-500-02.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-684-02, 22 de agosto de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-684-02.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-436-03, 28 de mayo de 2003. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-436-03.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-146-04, 19 de febrero de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-146-04.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1031-04, 21 de octubre de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-1031-04.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-225-05, 10 de marzo de 2005. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-225-05.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-646-07, 16 de agosto de 2007. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-646-07.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-057-11, 4 de febrero de 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-057-11.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-025-15, 23 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-025-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-032-15, 26 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-032-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-043-15, 4 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-043-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-092-15, 5 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-092-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-275-15, 12 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-275-15.htm>

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-334-15, 1 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-334-15.htm>

Colombia, Presidente de la República de Colombia, Decreto 2591. (1991). Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, 19 de noviembre de 1991. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html

Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, Acción de tutela 2016-XX, *Rafael Sanmiguel y otros* y como coadyuvante Holmedo Peláez, 18 de abril de 2016.

Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, Auto que niega medida provisional en acción de tutela 2016-000XX, 19 de abril de 2016.

Juzgado XX Penal Municipal de Medellín, Fallo de Tutela 2016-0XX del 2 de mayo de 2016.

Medellín, Concejo de Medellín, Acuerdo 24. (2015). Por medio del cual se establece la Política Pública Social para los Habitantes de la Calle del Municipio de Medellín, 9 de diciembre de 2015. Disponible en: https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_15/Publicaciones/Shared%20Content/GACETA%20OFICIAL/2015/Gaceta%204338/ACUERDO%200024%20DE%202015.pdf

Municipio de Medellín, Respuesta a la acción de tutela 2016-000XX, 22 de abril de 2016.

Peláez, Holmedo (2013-2016). *Diarios de campo de la investigación Estudio de caso sobre el “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del río Medellín*, 2013-2016, entrevistas personales (anexos de la tesis doctoral).

Peláez, Holmedo. (2018). *Estudio de caso sobre el “derecho a la especial protección” de los habitantes de calle del Río Medellín* (tesis doctoral meritosa), Doctorado en Derecho, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/18116>

Peláez, Holmedo (15 de enero a 21 de septiembre de 2015). Observación empírica aplicada a habitantes de calle del río Medellín [*Diarios de campo*].

Peláez, Holmedo, Petición Directa de Revisión de Tutela 2016-000XX, 10 de junio de 2016.

Peláez, Holmedo, Recurso de impugnación, 6 de mayo de 2016.

Peláez, Holmedo, Solicitud de medida provisional 2016-000XX, *Rafael Sanmiguel y otros* y como coadyuvante Holmedo Peláez, 18 de abril de 2016.

Peláez, Holmedo, Solicitud de reconsideración del auto que deniega medida provisional en acción de tutela 2016-000XX, 20 de abril de 2016.

Telemedellín TV (15 de septiembre de 2015). *Así luce el puente Horacio Toro luego de la intervención de la Alcaldía de Medellín*. Disponible en: <https://telemedellin.tv/asi-luce-el-puente-horacio-toro-luego-de-la-intervencion-de-la-alcaldia-de-medellin/104128/>

Capítulo 2

Derecho del niño a ser escuchado: propuesta de aplicación en procesos de adopción en Colombia¹

Lina Marcela Estrada-Jaramillo^a

Daniela Carrasquilla-Zuluaga^b

¹ El presente capítulo es resultado del proyecto de investigación de Sujetos y Grupos de Especial Protección en Colombia en la línea Derecho, Sociedad y Mercado del Grupo de Investigaciones en Derecho adscrito a la Universidad Pontificia Bolivariana, Radicado: 301C-11/18-37.

^a Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia; Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Docente Investigadora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID). Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>.

^b Magíster en Derecho, Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana. Pasante de Investigación en el Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID). Correo electrónico: danielacarrasquilla7@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9911-0247>.

Resumen

El concepto el derecho del niño a ser escuchado ha sido un término ambiguo e indeterminado por falta de criterios objetivos que deberían ser establecidos por los órganos encargados de crear y aplicar las normas para definir su contenido esencial. Esto ha generado una discrecionalidad por parte de las autoridades que han de cumplir con el deber de escuchar a los niños y, por tanto, se dificulta establecer su cumplimiento en la práctica. Con el avance en materia de derechos humanos, han sido los tratados internacionales los que dan contenido a este derecho. El objetivo de la presente investigación es identificar en qué medida se ha aplicado el derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción desde un análisis normativo y jurisprudencial, para concluir si en la práctica se ha vulnerado este derecho y, finalmente, proponer unos criterios que garanticen su efectividad.

Palabras clave: Adopción, derecho del niño a ser escuchado, vulneración derechos de los niños, restablecimiento de derechos, derechos de grupos especiales.

Abstract

The concept of the child's right to be heard has been an ambiguous and indeterminate term due to the lack of objective criteria that should be established by the organism responsible for creating and enforcing norms, to define its essential content. This has generated discretion on the part of the people who must comply with the duty to listen to children and, ultimately, it is difficult to establish compliance in practice. Fortunately, with the advance in human rights, it has been international treaties that have given content to this right. The objective of the present investigation is to identify to what extent the child's right to be heard in the adoption process has been applied from a normative and jurisprudential analysis, to conclude whether this right has been violated in practice, and finally, propose criteria that guarantee its effectiveness.

Key words: Adoption, the child's right to be heard, violation of the right of children, restoration of rights, rights of special groups.

Introducción

Con la Convención de los Derechos del Niño vigente en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se estableció en el artículo 12 el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento administrativo o judicial que lo pueda afectar. Lo anterior fue plasmado igualmente la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), donde se estableció como parte del debido proceso tener en cuenta las opiniones del niño en toda actuación donde esté involucrado. En la práctica, durante el proceso de adopción, no se cumple a cabalidad este derecho y se presentan varias dificultades en la fase administrativa y judicial, como la inobservancia de los *Lineamientos Técnicos Administrativos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*, la vulneración de principios como el interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y el derecho al debido proceso. Esto se ve reflejado en las sentencias estudiadas, en cuyos contenidos no se ve reflejada la oportunidad al niño de participar en el proceso administrativo antes de ser declarado en adoptabilidad. El presente trabajo tiene una pertinencia social al establecer la aplicación que se le ha dado al derecho del niño a ser escuchado por parte de las autoridades intervinientes en el proceso de adopción. Si bien se trata de un derecho de consagración nacional e internacional, en la práctica no se está teniendo en cuenta para tomar decisiones que afectan la vida de los niños y esto trae graves consecuencias para ellos y su futuro, como la prolongada institucionalización mientras se decide sobre la medida de restablecimiento definitiva, ello provoca que los niños no estén ni con su familia de origen ni con una familia adoptiva. El problema no radica en un vacío normativo, sino en un problema de interpretación o aplicación de lo que prescribe la norma; además, de la discrecionalidad que tienen los funcionarios para aplicar de cualquier manera este derecho, como considerar que escuchar al niño se agota en escuchar a su representante legal o su familia.

Para el desarrollo del artículo se analizará la comprensión del niño como sujeto de derechos, el concepto del derecho del niño a ser escuchado, sus premisas fundamentales, su importancia y la consideración de las opiniones del niño; y se identificará cómo se ha aplicado el derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción, con el fin de proponer pautas dentro del proceso que faciliten el desarrollo del derecho de los niños a ser escuchados.

La metodología empleada para la presente investigación fue cualitativa, al utilizar la narrativa y el análisis del discurso (Sautu, Boniolo, Dalle, &

Elbert, 2005). Se tuvo como base un estudio de la normativa que regula el proceso de adopción y el derecho del niño a ser escuchado (Código de infancia y adolescencia, Lineamientos Técnicos del ICBF, Convención sobre los Derechos del Niño), jurisprudencia (sentencias de la Corte Constitucional y Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre 2011 y 2018, que versan sobre el tema) y artículos académicos encontrados en las bases de datos Redalyc, Scielo, Ebsco y Google Académico.

La herramienta utilizada para la recolección y clasificación de la información fue la elaboración de fichas normativas, hermenéuticas y bibliográficas que contenían categorías como: identificación del texto y del autor, objetivo y estructura del texto, citas, palabras clave, referencias, entre otros. Además, se realizaron dos matrices: la primera, donde se analizaron los hechos, derechos, problemáticas y palabras claves de las fuentes (sentencia, resolución o ley); y la segunda, se realizó una línea del tiempo, para analizar el objeto y características fundamentales de las fuentes encontradas en orden cronológico.

El análisis de sentencias se enfocó en estudiar aquellas que relacionaban el derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción. La búsqueda se realizó en las bases de datos EBSCOhost y Lex Base, desde el 2011 hasta el 2018 con los términos “derecho AND niño AND ser escuchado OR oído”, lo cual arrojó un total de 216 sentencias. Se descartaron aquellas proferidas por los tribunales superiores, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, y se incluyeron las sentencias de tutela, de unificación y de constitucionalidad de la Corte Constitucional, en las cuales no solo se tratara algún caso de adopción, sino que además se relacionara con el derecho del niño a ser escuchado. La razón para incluir el análisis solo de sentencias de la Corte Constitucional en Colombia es porque a esta se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales, entre los que se encuentran todos los derechos de los niños. Pudo evidenciarse con mayor profundidad cuál ha sido la aplicación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos de adopción, que es el objetivo principal de la investigación. También se incluyeron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con casos de adopción, para analizar el panorama de los Estados Americanos frente al derecho del niño a ser escuchado y la adopción. Por tanto, teniendo lo anterior, se eligieron para el análisis 11 sentencias, dentro de las cuales nueve son de la Corte Constitucional y dos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El enfoque de la investigación fue hermenéutico porque permitió analizar y dar solución a problemas jurídicos derivados de la coexistencia de reglas, principios y directrices, o problemas derivados de la compatibilidad de disposiciones jurídicas con los valores y los fines de un conjunto normativo o de las interpretaciones de los jueces sobre la norma (Calle D'Alleman, et al., sf). Específicamente se utilizó la técnica de investigación documental y jurisprudencial (estudios de casos) donde se analizó la interpretación que han tenido los jueces y los funcionarios involucrados en el proceso de adopción acerca del derecho del niño a ser escuchado.

Derecho del niño a ser escuchado - Parte general

El niño como sujeto de derechos

Antes de estudiar el tema sobre el derecho del niño a ser escuchado, es necesario comprender que el niño es hoy un sujeto de derechos y no solo un objeto de tutela, donde otros (padres, autoridad judicial o Estado) son quienes en su nombre y representación deciden unilateral o arbitrariamente lo que consideran es “mejor” para él (Sokolich Alva, 2017, p.10). Anteriormente, el derecho privilegiaba los intereses de los padres quedando los niños por fuera de la regulación de los asuntos públicos porque se entendían como asuntos privados de las familias.

Gracias a la doctrina de la Protección Integral señalada en la Convención de los Derechos de los Niños se transformó el enfoque tradicional de concebir a los niños como sujetos incapaces, para en su lugar, reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen. Desde esta nueva perspectiva, los niños son partícipes activos en el destino de su propia existencia (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala, 2018, p.65).

Los niños no solo deben ser reconocidos como sujetos de derechos, es necesario que lo puedan ejercer efectivamente; de lo contrario, como lo afirma Galvis, “es un contrasentido hablar de titularidad universal y continuar con la idea de la incapacidad del niño para ejercer sus derechos” (Galvis Ortiz, 2009, p. 604). Además, hay que entender que la capacidad del niño se presume; es decir, los Estados deben dar por sentado que el

niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones; por lo tanto, no corresponde al niño probar que tiene capacidad. (Comité de los Derechos del Niño, ONU, 2009)

Corresponde entonces al Estado, la familia y la sociedad el deber de implementar políticas, planes, estrategias y acciones tendientes a garantizar que los niños sean verdaderos actores sociales y que sus intereses y opiniones sean transformadores de la realidad social en la que viven.

En Colombia, los niños no solo tienen el carácter de sujetos de derechos, sino que además son considerados como sujetos de especial protección constitucional. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en las Sentencias T 200 del 2014, C 569 del 2016 y T 208 del 2017 al señalar que es “una condición que se hace manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete”. (Sentencia T 202, 2018)

Además, la legislación colombiana ha acogido los postulados de la doctrina de la protección integral de los niños y ha cambiado sustancialmente algunas percepciones frente a las relaciones de la sociedad y los niños como sujetos de especial protección. Por ejemplo, el Código de Infancia y Adolescencia (2006) reemplazó el uso de la expresión “menor” que aparecía en el anterior (Código del Menor, 1989) para referirse a las personas menores de 18 años, y en su lugar cambió por la expresión “niños, niñas y adolescentes”, en razón de la “connotación peyorativa que puede desprenderse de la palabra menor”. (Sentencia T 572, 2010)

Concepto del derecho del niño a ser escuchado

La expresión “derecho del niño a ser escuchado” puede ser entendida como un principio y como un derecho. Para el Comité de los Derechos del Niño constituye un principio general de la Convención de los Derechos del Niño junto con la no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). (Comité de los Derechos del Niño, 2007, párr.5), los cuales sirven de guía ante algunas, antinomias o normas contradictorias en los ordenamientos jurídicos:

Su carácter de principio general, significa que las normas indicadas en la Convención resultan necesarias para aplicar y hacer respetar todos los demás derechos reconocidos en ella. Su naturaleza de derecho en sí mismo,

significa que su respeto o vulneración pueden ser analizados en forma autónoma, independiente, sin necesidad de recurrir a otras normas del instrumento internacional. (Bertolé & Torroba, 2013, p.151)

Afirmar que los niños tienen el derecho a ser escuchados se debe hoy al progreso que los Estados han tenido en materia de derechos humanos y a la consagración de principios similares desde el siglo XX a través de Declaraciones y Tratados Internacionales que han reconocido la importancia del ser humano como sujeto de derechos, sin importar la edad. Las disposiciones relacionadas con el derecho que tienen todas las personas a ser escuchadas son las siguientes:

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

En una connotación parecida, dentro del Sistema Interamericano, el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”. (IX Conferencia Internacional Americana, 1948)

Frente al derecho que tienen todos los ciudadanos a ser escuchados en el marco de los procesos judiciales en los que son parte, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que, todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia; tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

En similar sentido, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable, con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente establecido con anterioridad por la ley, independiente e imparcial, en la sustanciación de cualquier acusación penal o para la determinación de sus derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier índole (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Ahora, tratándose de los derechos de los niños, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que entró en vigor en Colombia en 1990, estableció el Derecho del niño a ser escuchado de la siguiente manera:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, artículo 12)

Un análisis del artículo 12 de la Convención revela que se trata de una disposición que apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía de un adulto, pero por otro, es sujeto de derechos. (Espada Mallorquín, 2015, p.258)

En Colombia, también la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), señaló dentro del artículo 26 que consagra el debido proceso que “en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”. (Ley 1098, 2006, artículo 26)

Estos artículos merecen algunas consideraciones que serán expresadas en las siguientes categorías: las premisas fundamentales del derecho del niño a ser escuchado, su importancia y consideración de las opiniones del niño.

Las premisas fundamentales del derecho del niño a ser escuchado

La Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó las premisas fundamentales que se derivan del derecho del niño a ser escuchado. Estas son: i) los niños son capaces de expresar sus opiniones; ii) no es necesario que los niños conozcan todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse un juicio propio; iii) los niños deben expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer este derecho o no; iv) se debe informar al niño el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su

derecho; v) se debe evaluar la capacidad del niño para tener en cuenta sus opiniones y; vi) la madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente. (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

Por lo anterior se hace hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho de los niños a expresar su opinión. Sobre el particular, el Comité de los Derechos del Niño indicó:

Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. (Comité de los Derechos del Niño, 2009, consideración 21)

Lo anterior requerirá, sin duda, el desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que puedan interpretar y descifrar estas opiniones comunicadas de formas no verbales. (Unicef, 2007, p.254)

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que la madurez y la autonomía de los niños no están asociadas a la edad, sino al entorno familiar, social, cultural dentro del cual se han desarrollado. En este contexto, debe analizarse la madurez en cada caso concreto; es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño involucrado para entender lo que está sucediendo. (Sentencia T 844 de 2011 reiterada en la Sentencia T 276 de 2012)

Es necesario enfatizar que el niño puede decidir no ejercer este derecho. A diferencia del deber que tienen los adultos de escucharlo así no deseen, para los niños expresar sus opiniones es una opción, mas no una obligación. (Sokolich Alva, 2017, p.10)

La Convención de los Derechos del Niño también señala que se debe dar la oportunidad al niño de ser escuchado en “todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989)

La anterior disposición merece dos apreciaciones; la primera, porque la expresión “participación” reviste especial utilidad para los procedimientos administrativos o judiciales y representa una superación interpretativa a

la enunciación de la “oportunidad de ser escuchado”. Si las autoridades se limitaran solo a escuchar, perderían gran parte de lo que los niños tienen para expresar y comunicar (Bertolé & Torroba, 2013, p.156); es decir, no basta una simple escucha, sino que los niños deben ser parte de los procesos donde se encuentre en discusión alguno de sus derechos (Lathrop, 2004 citado en Espada Mallorquín, 2015, p. 207). El niño debe ser considerado como “protagonista” y no como uno entre varios otros elementos que componen el litigio de los adultos o como un “dato” de la causa. (Pavez & Camus, 2011, p.194)

La segunda apreciación es, en cuanto a escuchar al niño directamente o por medio de un representante u órgano apropiado. La conjunción “o” da la posibilidad a los Estados de optar porque los niños sean escuchados por medio de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la Convención “bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño”. (Pavez & Camus, 2011, p.184)

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró en la sentencia del Caso Ramírez Escobar y Otros versus Guatemala, del año 2018, que el no haber escuchado al niño directamente en ninguna oportunidad por el funcionario judicial encargado del proceso y que su opinión solo fuera consultada por una trabajadora social, reflejaba que las autoridades de Guatemala no lo consideraron como “un sujeto de derechos, cuya opinión era primordial antes de adoptar una decisión que afectaba directamente su interés superior y que tenía consecuencias significativas en su desarrollo”. (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala, 2018)

Importancia del derecho del niño a ser escuchado

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho del niño a ser escuchado, tiene especial connotación en el ámbito familiar y social debido a que la mayoría de decisiones que toman los padres tienen consecuencias directas en la vida de los niños, y por eso resulta acertado que se tomen en cuenta sus opiniones, aclarando que se trata de referentes significativos, mas no unívocos a la hora de tomar una decisión. (Sentencia T 115, 2014)

Además, cuando se le da la oportunidad al niño de ser escuchado es más fácil determinar el contenido de su interés superior, pues solo conociendo su pensar, sentir y querer es posible adoptar una alternativa más adecuada y con menos riesgo de error o falla. A la par, el interés superior del niño puede

servir como un límite impeditivo a la facultad del niño de opinar, solo con el fin de resguardarlo cuando expresarse pueda ser motivo de vulneración de sus propios derechos, como sería el caso de que atentara contra su honor, reputación, integridad psíquica o moral. (Del Moral Ferrer, 2007, p.93)

Consideración de las opiniones del niño

El artículo 12 de la Convención no solo establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente, sino que abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño.

Hablar, participar y que las opiniones se consideren al momento de tomar las decisiones correspondientes, constituyen las secuencias indispensables para hacer efectivo el goce del derecho (Bertolé & Torroba, 2013, p.155). Además, tener en cuenta las opiniones del niño constituye en sí el fin último, sin lo cual el derecho a opinar carecería de su contenido esencial, pues de nada valdría permitirle a un niño que se exprese si su opinión no va a ser sopesada al momento de tomar una decisión en relación con su vida. Como afirma Del Moral Ferrer: “Cuando todo ser humano opina es porque persigue de alguna forma que lo que ha manifestado sea considerado”. (Del Moral Ferrer, 2007, p.80)

Debe tenerse cuidado para evitar que los niños sean manipulados por parte de los adultos, porque puede utilizarse su opinión como herramienta para favorecer las posiciones de los adultos en las reclamaciones que hagan (Bertolé & Torroba, 2013, p.161). Es importante descifrar lo que hay detrás de las palabras, gestos o acciones de los niños cuando se expresan; para determinar cuál es su voluntad real y si está libre de influencia o presión por parte de un adulto que tiene interés en que la opinión del niño se manifieste de una u otra manera.

Se podría concluir entonces que, gracias al avance en materia de derechos humanos, los niños son hoy titulares de derechos y no solo objetos de protección. Dentro de las premisas fundamentales del derecho del niño a ser escuchado se encuentra que la edad no es el criterio exclusivo para determinar su madurez y autonomía sino que es la capacidad de expresión (verbal o no verbal) la que se debe descifrar para tener en cuenta su opinión.

Por último, se establece que si bien es permitido escuchar al niño por medio de un representante u órgano, la Corte Interamericana ha señalado que en virtud de su interés superior y su carácter de sujeto de derechos debe

ser una prioridad escucharlo de manera directa; además, no es lo mismo que un adulto plasme por escrito la opinión del niño, que conocer directamente lo que hay implícitamente en ese informe, como las emociones, gestos, miradas, tonos de la voz, etc.; que pueden cambiar incluso el sentido de lo escrito.

Derecho del niño a ser escuchado - Parte especial referente al proceso de adopción

La adopción es una medida que busca que los niños crezcan y se desarrollen dentro de una familia, por regla general, diferente a la biológica, para que supla sus necesidades y garantice sus derechos, porque su familia de origen o extensa no pueden o no quieren brindarle las condiciones necesarias para su desarrollo armónico e integral. Como afirma Bernal, J.C:

La razón de la adopción no debe ser otra que satisfacer el derecho fundamental de todo niño a tener una familia, a establecer vínculos de afecto y de interdependencia con su familia adoptiva, a recibir el cuidado y el amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral. (Bernal Crespo, 2013, p.607)

En Colombia, la adopción es una medida de protección a cargo del Estado por medio de la cual se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. (Ley 1098, 2006, artículo 61)

La adopción de niños procede cuando ha sido consentida previamente por sus padres o cuando la autoridad administrativa (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, o Instituciones Autorizadas para la Adopción, IAPAS) profiere la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad frente a los menores de edad que se les ha vulnerado sus derechos dentro de su familia y esto se demostró en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos llevado a cabo por la Defensoría o Comisaría de Familia. Sin embargo, la adopción es la última medida que el funcionario debe tomar porque implica el rompimiento de los lazos del niño con su familia de ori-

gen, en cuanto extingue todo parentesco de consanguinidad. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.28-30)

Sin embargo, durante la vigencia de la Ley de Infancia y Adolescencia se han presentado dificultades en el proceso de adopción que fueron incrementadas a raíz de la sentencia T 844 del 2011 de la Corte Constitucional por varias razones: Primero, por la interpretación de este fallo que hizo el ICBF de adelantar la búsqueda de familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad antes de declarar la adoptabilidad del niño, lo cual redujo en un 62% las adopciones (Estrada *et al*, 2016, p.156); segundo, por la decisión de la Corte de revocar la adopción de una niña a pesar de que “la filiación adoptiva es tan irrevocable como la biológica, no se tiene a un menor como ‘en préstamo’ hasta comprobar que se ha adaptado bien al nuevo entorno, sino que se tiene un hijo con todas las implicaciones” (Navarro, 2012, p.18). Tercero, por las irregularidades que se presentaron en el proceso administrativo y judicial de adopción, entre ellas, la vulneración del debido proceso al no indagar bien sobre las condiciones de la familia de la niña, al no dar la oportunidad de controvertir las pruebas y al no escuchar a la niña, ni valorar sus expresiones. (Estrada, Ramírez, & Rendón, 2014, p.91)

Por lo anterior, es posible evidenciar una transgresión de los derechos de los niños dentro del proceso de adopción, y una vulneración del derecho del niño a ser escuchado tanto en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos como en el proceso judicial.

Se resalta que escuchar a un niño es una forma de garantizar su derecho de participación y en el proceso de adopción es una herramienta fundamental de acuerdo con su interés superior, por lo cual debe tenerse en cuenta el consentimiento del niño, sus deseos, su capacidad de involucrarse, que se informe adecuadamente sobre las actuaciones que se están surtiendo donde él sea parte y que su voluntad no esté involucrada por terceros. (Bumbaca, Duchesne, & Wöllenstein, 2018, p.61). Para esto, es necesario entonces conocer la aplicación que ha tenido el derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción desde un análisis normativo y jurisprudencial, para concluir si en la práctica se está cumpliendo o no este derecho.

Aplicación del derecho del niño a ser escuchado en el proceso de adopción en Colombia

En Colombia, la autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual determina median-

te Lineamientos Técnicos Administrativos la regulación del programa de adopción. En esta normatividad se incorporan leyes, convenios internacionales, doctrina, jurisprudencia, buenas prácticas, conceptos y teorías psicosociales que permiten minimizar los riesgos y fortalecer el proceso de adopción de niños. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.14)

El Lineamiento estipula frente al derecho del niño a ser escuchado, que durante la preparación para el encuentro entre la familia adoptiva y el niño que va a ser adoptado debe establecerse un plan individual de preparación; el niño, de acuerdo con su edad y características participa activamente, “siempre atendiendo el derecho del niño a ser escuchado y sus opiniones tomadas en cuenta, sin que esto constituya necesariamente el fundamento de la decisión”. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.172)

Además, en el seguimiento post-adopción, el equipo psicosocial del ICBF y de IAPA, debe realizar una visita domiciliaria al hogar de la familia establecida para que, entre otras cosas, se entreviste al niño cuando su edad y desarrollo evolutivo lo permita, con el fin de conocer su realidad en el nuevo contexto familiar, y si no es posible hacer una entrevista se debe “interactuar con los niños, niñas y adolescentes a través de técnicas como la observación directa y actividades lúdicas (dibujo, títeres, etc.)”. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.184)

Por otro lado, aunque la autoridad central en materia de adopción es el ICBF, es necesario analizar la jurisprudencia de casos relacionados con el derecho del niño a ser escuchado y el proceso de adopción debido a que las decisiones judiciales pueden darle un entendimiento o interpretación diferente a lo prescrito por la ley.

Por tanto, para el estudio se eligieron 11 sentencias, dentro de las cuales nueve son de la Corte Constitucional y dos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se analizarán las 11 sentencias, en orden cronológico frente a la Corte Constitucional y, por último, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia T 844 de 2011

La defensora de familia declaró la adoptabilidad de una niña de 9 años, sin escucharla y sin tener en cuenta su manifestación de querer vivir con su familia biológica. Además, se escuchó a parientes que no convivían con la niña y se omitió escuchar a quienes sí vivían con ella.

El Juez de Familia tampoco escuchó a la niña ni desplegó actividad alguna para corroborar la situación en que se encontraba. El Tribunal Superior resolvió escuchar a la niña, los parientes con quienes había convivido antes de la adopción y a la madre adoptante.

La Corte Constitucional ordenó una entrevista a la niña para escucharla y concedió el amparo de sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella, al debido proceso y a ser oída en el procedimiento administrativo seguido por el ICBF.

Sentencia T 502 de 2011

En esta sentencia, dos hermanos de 2 meses y de casi 3 años de edad fueron separados de su familia biológica sin justificación válida por el Defensor de Familia quien, además, impuso requisitos excesivos para reintegrarlos cuando el Juez de Familia no homologó la declaratoria de adoptabilidad.

La Corte Constitucional no ordenó hacer entrevista a los niños, pero determinó que debían reintegrarse a su familia, después de dos años que estuvieron institucionalizados, separados de su familia y sin que los padres tuvieran contacto con ellos.

Sentencia T 276 de 2012

En el siguiente caso, dos hermanos de 13 y 8 años caracterizados por ser niños de “difícil adopción” no fueron escuchados por la Defensora de Familia, por el contrario, pese a que manifestaron repetidamente al equipo psicosocial del ICBF su deseo de vivir con el padre adoptante (ciudadano estadounidense con orientación sexual diversa), la defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación en hogar sustituto, que sus contactos con el adoptante fueran suspendidos progresivamente.

La Corte no escuchó directamente a los niños, pero sí tomó en cuenta las entrevistas realizadas por los profesionales del ICBF y argumentó que la Defensora de Familia vulneró el derecho de los niños a ser escuchados. Por eso, revocó los fallos de las anteriores instancias y ordenó la entrega definitiva de la custodia de los niños al padre adoptante.

Sentencia T 376 de 2014

Cuatro hermanos de 10, 7, 6 y 4 años de edad fueron declarados en adoptabilidad. La defensora de familia y su equipo interdisciplinario garantiza-

ron el derecho del niño a ser escuchado pero solo respecto de la hermana mayor, quien fue indagada frente a la posibilidad de ser adoptada, para lo cual se tuvo en cuenta su deseo de ser adoptada sola, sin compañía de sus hermanos porque en el hogar biológico aprendió que sus hermanos eran su responsabilidad, y no quería seguir asumiendo esa carga.

La Corte Constitucional no solicitó que se entrevistara a los niños porque consideró que la defensora de familia había actuado conforme a derecho y por eso confirmó los fallos de las instancias anteriores. Sin embargo, el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub aclaró el voto por considerar que la Corte debió reiterar la importancia de tener en cuenta la opinión de los menores de edad, pues si bien se garantizó este derecho frente a la hermana mayor, no se analizó en particular frente a sus otros hermanos.

Sentencia C 683 de 2015

Esta sentencia alude a una demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3° y 5°) de la Ley 1098 de 2006, así como del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, bajo el entendido que, “en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”. También se acusó “la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas” de esas mismas normas.

La Corte concluyó que “la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física, mental o su desarrollo armónico e integral”. Por consiguiente, declaró exequibles las expresiones impugnadas pero bajo el entendido que, en virtud del interés superior del niño, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

Es curioso que nuestra Corte Constitucional haya solicitado y permitido 26 intervenciones de distintos actores sociales como ciudadanos, entidades públicas, privadas, fundaciones, instituciones, universidades, entre otros, para que brindaran un concepto acerca de si la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo afectaba o no el interés superior de los niños y sobre los efectos que podría tener en ellos una adopción de este tipo, sin tener en cuenta en ningún momento la intervención de los niños.

Al respecto, dos intervenciones solicitaron a la Corte que se cumpliera con el deber de escuchar a los niños. Específicamente, el Subdirector de

Adopciones del ICBF requirió que se entrevistara a un grupo de niños que se encontraran en situación de adoptabilidad, con el fin de “garantizar y materializar la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, su derecho a ser escuchados y tener en cuenta su opinión en toda decisión administrativa o judicial en que se encuentren involucrados”.

Así mismo, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos le sugirió a la Corte que se materializara “el derecho del niño a ser escuchado” y afirmó que el Estado tiene la obligación de escuchar a los niños que estén adoptados por parejas homosexuales o que viven en familias con parejas del mismo sexo.

Sin embargo, a pesar de las solicitudes anteriores, y que la misma Corte Constitucional ha enfatizado en la importancia de que las autoridades administrativas y judiciales cumplan con el deber de escuchar al niño en los procesos en que se encuentren involucrados no acató cumplir dicho mandato en la sentencia y los magistrados supusieron que bastaba escuchar a muchos intervinientes (todos adultos) para determinar si una decisión de tal magnitud afectaba o no el interés superior de los niños. Siendo un asunto que impacta de manera directa la vida de los niños, no hizo en ningún momento un llamado para que ellos pudieran participar en esta decisión y para que brindaran su opinión. No se realizó ningún ejercicio de tipo pedagógico, psicológico, de trabajo social u otros para determinar el impacto, consecuencias, ventajas o desventajas que tendría en los niños declarados en adoptabilidad una decisión como esta. En últimas, no se les consideró como sujetos de derechos y prevaleció el derecho de los demás sobre el derecho de los niños.

Sentencia T 768 de 2015

El defensor de familia declaró la adoptabilidad de un niño de cinco años que fue entregado voluntariamente por su madre al ICBF por su precaria situación económica. El juez de familia homologó la resolución de adoptabilidad. La madre interpuso acción de tutela por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a tener una familia y no ser separado de ella.

La Corte no escuchó directamente al niño, pero evaluó el cumplimiento del derecho a ser escuchado durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Sentencia T 512 de 2017

La defensora de familia declaró en adoptabilidad a una niña de 8 años. El equipo psicosocial entrevistó a la niña en varias ocasiones para conocer su opinión frente a su familia. Incluso, cuando le informaron que debía ser reintegrada a su hogar y vieron su reacción adversa, de temor y angustia frente a esa noticia, la defensora de familia expresó esa situación al juez de familia para que revisara la actuación y, ante la negativa, interpuso acción de tutela contra el Juzgado.

El juez de familia no homologó la declaratoria de adoptabilidad y ordenó su reintegro “inmediato” al seno familiar. El juez no ordenó prueba alguna para conocer la opinión de la niña.

La Corte no ordenó una entrevista a la niña para ser escuchada, pero adujo que el Juzgado de Familia incurrió en violación directa de la Constitución y en defecto fáctico debido a la omisión del decreto de pruebas necesarias para verificar las condiciones de la madre de la niña, la situación real de la menor de edad y su opinión respecto a la adopción.

Sentencia T 663 de 2017

La defensora de familia declaró la adoptabilidad de una niña de 8 años. El juez de familia no homologó la resolución de adoptabilidad y ordenó su reintegro “inmediato” al seno familiar. La defensora de familia interpuso acción de tutela al considerar la reacción de la niña frente a la medida de reintegro. Sin embargo, tanto el Tribunal Superior como la Corte Suprema de Justicia negaron el amparo constitucional.

La Corte decretó la práctica de una entrevista a la niña para ser escuchada y conocer la opinión frente a la percepción de la niña respecto de los vínculos familiares, la decisión de ser reintegrada a su familia nuclear y ante una eventual adopción.

Durante la entrevista la niña no manifestó ningún recuerdo positivo respecto de sus padres. Sostuvo que “no existe” la opción de volver con ellos, y ante la posibilidad del reintegro hizo especial énfasis en que “volvería a volarme de la casa”. La niña afirmó que veía la adopción como una opción; dijo que si venían otros papás, esperaba que estos fueran “buenos”.

La Corte Constitucional concluyó que, tanto el juez del proceso ordinario como los jueces de tutela vulneraron el derecho de la niña a ser escuchada. Afirmó que ninguno se dio la tarea de escucharla cuando estaba

acreditada su capacidad para expresar sus opiniones en función de su edad y madurez (10 años para ese momento). Además, si se hubiera escuchado, se hubiera constatado no solo la necesidad de declarar la adoptabilidad y romper los lazos con la familia biológica, sino también se hubiera evitado someter a la niña a un proceso de aproximadamente 3 años en los cuales perdió la oportunidad de ser adoptada con mayor facilidad que para el momento de la sentencia de la Corte.

Sentencia T 259 de 2018

La Comisaría de Familia declaró en estado de vulneración de derechos a una adolescente de 12 años quien después de estar 5 años institucionalizada fue declarada en adoptabilidad por un juez de familia. La adolescente fue escuchada tanto en el trámite administrativo como judicial y se entrevistó para conocer su opinión frente a su familia de origen y frente a la adopción. Incluso, ella solicitó ser declarada “Hija del Estado” para seguir a cargo del ICBF y poder continuar con sus estudios. La juez de familia, encargada de homologar o no la declaratoria de adoptabilidad, accedió a la solicitud de la adolescente de seguir teniendo contacto con su familia de origen, lo cual se plasmó en la sentencia.

La Corte Constitucional no escuchó directamente a la adolescente, pero acreditó que esta había sido escuchada y su opinión tenida en cuenta por la autoridad administrativa y el juez de familia. La Corte también tuvo en cuenta la opinión de la adolescente frente a las visitas de sus padres al confirmar la decisión de la juez de familia.

Sentencia Caso Fornerón e Hija Versus Argentina de 2012

En este caso, una niña fue entregada por su madre al día siguiente de nacida a una pareja de cónyuges sin el consentimiento de su padre biológico (señor Fornerón), quien desde el principio se opuso a que la guarda la tuviera la pareja. Sin embargo, el Estado otorgó la guarda judicial a los cónyuges y luego su adopción simple. Nunca estableció un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes del señor Fornerón por más de diez años.

La Corte observó que en las instancias judiciales no se garantizó el derecho de la niña a ser escuchada y tenida en cuenta en las decisiones adoptadas. Solo hasta que la niña tenía 10 años fue escuchada por un Tribunal

de Justicia referente al tema de las visitas con su padre biológico, pero por el largo paso del tiempo manifestó que era un desconocido para ella (Caso Fornerón e Hija Versus Argentina, 2012, párr.42). Esto como consecuencia de la demora en los procesos judiciales que favorecieron a la pareja al crear lazos afectivos con la niña desde su nacimiento.

En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco se decretó la prueba de escuchar a la niña, solo se valoró la declaración del padre biológico en calidad de víctima, pero no se escuchó a la niña quien era también víctima.

La Corte determinó que el Estado debía garantizar el derecho de la niña a ser escuchada en el procedimiento correspondiente, determinando previamente el medio más adecuado para que pueda expresar su opinión. (Caso Fornerón e Hija Versus Argentina, 2012, párr.151)

Sentencia Caso Ramírez Escobar y Otros Versus Guatemala de 2018

El presente caso versa sobre la declaratoria de abandono de los hermanos Osmín Ricardo Tobar Ramírez y J.R, de siete y dos años de edad, respectivamente; su institucionalización y sus posteriores adopciones internacionales por dos familias distintas, mediante un procedimiento extrajudicial ante un notario público.

El Código de Menores de Guatemala establecía que, al conocer una presunta situación de abandono o peligro de un niño, el juez de menores debía “ordenar hacer la averiguación correspondiente por medio de un trabajador social, oír al denunciante, *al menor*, a sus padres o a las personas que lo tengan a su cargo y dictar las medidas que este Código establece” (Código de Menores, 1979). Sin embargo, la Comisión y los representantes alegaron que no se escuchó a los padres ni a los niños. (Caso Ramírez Escobar y Otros Versus Guatemala, 2018, p.58)

La Corte consideró que el Estado no cumplió con el derecho de los niños a ser oídos respecto de su adopción internacional. Así, afirmó que a Osmín Tobar Ramírez nadie le preguntó su opinión durante el procedimiento o siquiera le explicaron que iba a ser adoptado. (Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala, 2018, p.77)

Además, tampoco se escuchó a J.R. en ningún momento del proceso. Si bien J.R. tenía entre uno y dos años, la Corte recuerda lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño sobre el deber de escuchar la opinión de bebés y niños muy pequeños:

Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos (...) los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión. (Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 2013, párr.44)

La Comisión destacó que el marco normativo de la adopción por vía notarial prescindía completamente de la opinión de los niños y tampoco preveía una valoración de la idoneidad de los adoptantes en relación con las necesidades específicas de los niños, de forma tal que estaba más orientado a garantizar el interés de los adoptantes y no el de los niños. (p.66)

En conclusión, frente al análisis de las sentencias se concluyó que en Colombia los defensores de familia, que son quienes profieren la declaratoria de adoptabilidad de los niños, en las tres sentencias de los años 2011 a 2013 no cumplieron con el deber de escucharlos dentro del proceso de restablecimiento de derechos; para la sentencia del 2014 hubo un cumplimiento parcial con dicho deber por cuanto solo se escuchó a uno de los cuatro hermanos frente a la adopción; y para los años 2015 a 2018 cambiaron de manera positiva los resultados, en cuanto a que, las cuatro sentencias de esos años evidenciaron que los defensores no solo escucharon a los niños, sino que tuvieron en cuenta sus opiniones y tomaron medidas al respecto como interponer acciones de tutela para proteger sus intereses.

Respecto de los jueces de familia, que son los encargados de homologar o no la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad, se encontró que entre los años 2011 a coinciden sus decisiones con respecto a las asumidas por los defensores de familia, en cuanto a que no escucharon a los niños en el trámite administrativo y tampoco fueron escuchados en el proceso judicial. Para el 2017, en una sentencia el juez no escuchó a la niña, y en otra, escuchó a los familiares pero no a la niña, lo cual la Corte Constitucional reprochó en su fallo.

Por otro lado, en los casos en que el defensor de familia había garantizado el derecho del niño a ser escuchado, no se practicaba una nueva entrevista al niño en la etapa judicial porque no era necesario, salvo en la sentencia más reciente de 2018, donde la niña fue escuchada tanto en la etapa administrativa como en la judicial, y el juez no solo la escuchó directamente sino que tuvo en cuenta su opinión para proferir la decisión.

Respecto de la Corte Constitucional se halló que de las nueve sentencias, en dos de ellas practicó una entrevista directa para conocer la opinión

del niño (Sentencia T 844 de 2011 y Sentencia T 663 de 2017), por tratarse de casos donde la vulneración de derechos por parte de los funcionarios y la lentitud del proceso afectaron gravemente los derechos de dos niñas, con consecuencias irremediables en sus vidas.

Frente a seis sentencias, la Corte no escuchó directamente a los niños, pero sí verificó su cumplimiento al analizar las actuaciones de los defensores y jueces de familia donde se evidenció una vulneración de este derecho; hizo un llamado de atención, recordando el deber que tienen las autoridades de respetar el derecho del niño a ser escuchado. (Sentencia T 376 de 2014)

Finalmente, existió un fallo donde la Corte ni escuchó directamente, ni verificó el cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado, y no se trataba de un caso particular sino que la decisión iba a afectar a todos los niños que esperaban ser adoptados. Se trató de la Sentencia C 683 de 2015, que tuvo un gran impacto social y político. Sin embargo, la Corte en ningún momento hizo un llamado a los niños para participar, ser escuchados y que su opinión se tuviera en cuenta en el fallo.

Respecto de las dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se observó que en Argentina y Guatemala las autoridades judiciales no escucharon en ningún momento a los niños, quienes fueron apartados de su familia biológica desde muy temprana edad sin justificación válida y se dieron en adopción sin las garantías y requisitos exigidos para ello. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco escuchó a la niña en el proceso de Fornerón e hija Versus Argentina, y solo valoró la declaración del padre biológico por tener la calidad de víctima, cuando la niña era víctima también.

Propuesta de aplicación del derecho del niño a ser escuchado

Durante la investigación se destacó la importancia de conocer la opinión del niño en los asuntos que pueden afectarlo. Cuando los niños son escuchados hay más posibilidades de que las medidas o decisiones a tomar –a cargo de los adultos– sean adecuadas y con menos riesgos de error o falla que generen consecuencias negativas en la vida de los niños.

Además, un acto tan sencillo como permitir que el niño participe y sea escuchado atentamente, crea en él una seguridad y confianza que muchas veces ha sido quebrantada, como sucede por su propia familia en los casos de adopción. Por tanto, cuando un niño es escuchado no solo se le está considerando un sujeto de derechos, sino también una persona valiosa y esto afirma su identidad.

Por lo anterior, es importante proponer algunas pautas o criterios que garanticen la efectividad del derecho de los niños a ser escuchados. Específicamente, en lo relacionado con el proceso de adopción que es donde los niños han sido maltratados, descuidados o abandonados por sus familias y necesitan que sus derechos sean restablecidos. Se propone entonces que hay un conjunto de factores externos e internos que podrían tenerse en cuenta para aplicar a cabalidad el derecho del niño a ser escuchado.

Por un lado, se plantea que los factores externos u objetivos son aquellos que no dependen de la acción de una persona sino que se refiere a las características de un espacio o lugar donde se va a llevar a cabo la intervención del niño. Para esto, el ambiente donde va a ser escuchado es de gran importancia debido a que, si el niño no se encuentra cómodo en ese lugar, no tendrá la misma disposición a la hora de expresarse. Un lugar que sea favorable para esto debe tener objetos que llamen la atención del niño, como juguetes, utensilios para colorear, cuentos infantiles, entre otros. Tanto si el niño es de corta edad como si es un adolescente, se recomienda que se piense en un lugar con objetos que le son familiares y que usa frecuentemente, para generar confianza y tranquilidad.

Por otro lado, los factores internos o subjetivos que facilitan el desarrollo del derecho del niño a ser escuchado se refiere a las características o actitudes de la persona que tendrá contacto con el niño. Algunas de ellas son: a) una actitud empática y de interés por el niño; b) ser capaz de utilizar un lenguaje sencillo y de fácil comprensión; c) ser capaz de usar métodos con los que el niño sienta la confianza de expresarse libremente y; d) escuchar de manera atenta y activa. Lo anterior genera una apertura mayor por parte de los niños porque sienten que lo que están expresando es importante.

Hay que resaltar que “solo es posible crear un espacio que permita a los niños hablar y ser escuchados cuando se rompa el desequilibrio de poder existente entre el adulto y el niño” (Argos, Castro & Ezquerro, 2011, p. 6). Una buena estrategia es involucrarse en el juego o actividad del niño con el fin de que este se sienta en una posición de igual a igual, y el adulto pueda escuchar y recoger la visión o perspectiva del niño acerca de su realidad.

Adicionalmente, se propone que la persona responsable de tomar una decisión que afectará la vida del niño, sea la que lo escuche de manera personal y directa, para que pueda conocer el lenguaje verbal y el no verbal, que es determinante para percibir lo que en realidad piensa, siente y quiere el niño. Para esto, la técnica más adecuada es la entrevista, incluso si son niños pequeños, como afirma Van Dijk: “La entrevista, como herramienta de indagación, permite adaptar lenguajes y diálogos en las diferentes edades” (Dijk, 2012, p.121).

Para los niños que tienen capacidad de expresarse se recomienda realizar una entrevista no estructurada; aquella donde la interacción del entrevistador-entrevistado está vinculada por una relación de persona a persona cuyo deseo es entender, más que explicar. Para esto, se sugiere formular preguntas abiertas, simples, enunciadas con claridad y referidas a una idea principal que refleje el tema central de la investigación (Jiménez, 2012, p.127). Este tipo de entrevista permite un mayor acercamiento a las necesidades y características propias de cada niño.

Sin embargo, de no ser posible una interacción directa entre el niño y la persona que tomará la decisión que lo afecta, como ocurre muchas veces con los defensores o jueces de familia, se plantea la posibilidad de que la persona que escuchará al niño pueda realizar la entrevista o interacción no solo consignando lo ocurrido en un informe escrito sino también que quede una evidencia en video, para que el funcionario respectivo pueda conocer la expresión directa del niño.

Respecto del proceso de adopción, las propuestas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado se adecuan según la etapa del proceso; es decir, durante el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, el proceso judicial y el seguimiento post-adopción.

En la etapa administrativa, las defensorías o comisarías de familia, o en su defecto, los inspectores o personeros municipales, tienen la responsabilidad de tomar las medidas de restablecimiento de derechos frente a aquellos niños que se encuentran en condiciones de riesgo o vulnerabilidad (Ley 1098, 2006, artículo 51).

Cuando se han agotado todas las medidas tendientes a que el niño permanezca en su familia y se ha demostrado que la familia de origen o extensa no tiene la capacidad para garantizar sus derechos, se debe tomar como última medida la adopción. Por esta razón, es fundamental que durante el trámite administrativo se verifiquen las condiciones físicas y psicológicas del niño

y de su familia, para poder establecer en caso de que proceda la medida de adopción, qué personas o familias se ajustan más a sus necesidades.

El Código de Infancia y Adolescencia establece de forma genérica que “el defensor o el comisario de familia entrevistará al niño, niña o adolescente para establecer sus condiciones individuales y las circunstancias que lo rodean” (Ley 1098, 2006, artículo 105), sin especificar en qué momento se debe realizar dicha entrevista. Por tanto, se propone que durante el proceso administrativo sea escuchado el niño por medio de una entrevista, al menos en tres oportunidades:

- a) Al inicio de la valoración que hace el equipo técnico interdisciplinario para la verificación de la garantía de los derechos, cuando se pone en conocimiento la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño (Ley 1878, 2018, artículo 1). En esta etapa debe escucharse al niño para conocer el contexto familiar y las circunstancias que dieron lugar a la apertura del proceso.
- b) Antes de modificar la medida de restablecimiento cuando cambian las circunstancias que dieron lugar a ella. El defensor de familia y su equipo interdisciplinario deben indagar previamente al niño sobre la nueva medida a tomar y conocer su reacción, sobre todo cuando se trata del “reintegro al medio familiar” debido a que muchas veces se le comunica al niño esta medida y se dan cuenta del riesgo o peligro que puede significar para él por la reacción de rechazo, angustia o agresividad, lo cual indica que hay que prestar más atención a lo que sucede en el seno familiar, para no exponer al niño nuevamente a una situación de vulnerabilidad. Esto sucedió en dos casos estudiados (Sentencias T 512 y T 663 del 2017), donde el Juez de Familia ordenó el reintegro inmediato de las niñas a su familia y el defensor de familia tuvo que interponer acción de tutela para que se revocara dicha medida, al conocer la reacción adversa y de temor que manifestaron las niñas. Todo esto implicó una pérdida de tiempo, una prolongación de la indefinición jurídica de las niñas y un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional que pudo evitarse con tan solo informar a las niñas previamente sobre la posibilidad del reintegro y tener indicios sobre si dicha medida es conveniente o no para proteger sus derechos.
- c) Antes de proferir la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad, para que el niño exprese su opinión frente a la adopción. Si bien el consentimiento del niño para la adopción no es obligatorio en Colombia, sí es

fundamental para tener elementos a la hora de buscar una familia que brinde atención a sus necesidades específicas. Si el niño se opone a la adopción pero ésta es la medida efectiva de garantizar el ejercicio de sus derechos, con base en su interés superior debe escogerse, pero se debe realizar un trabajo psicológico con el fin de que el niño supere sus dificultades y se adapte a una nueva familia. Esto podría determinar que una adopción sea exitosa o fallida.

Por otro lado, antes de la etapa judicial de la adopción, el niño y la familia han pasado por la etapa de integración que es la entrega en custodia del niño bajo la figura de colocación familiar a los padres adoptantes, la verificación de las condiciones de integración por parte del equipo interdisciplinario y de ser positivas dichas condiciones, se elabora el acta de integración, con la cual se puede acudir a la vía judicial.

Durante la etapa judicial, el juez de familia deberá decidir si homologa o no la resolución de declaratoria de adoptabilidad realizada por el defensor de familia, para lo cual tiene un término de diez días hábiles contados a partir de la presentación de la demanda (Ley 1878, 2018, artículo 11). Si el juez encuentra que hubo falencias en el proceso administrativo, deberá remitir el expediente nuevamente al defensor de familia para que subsane los vicios; de lo contrario, si cumple con los requisitos legales y de procedimiento, proferirá sentencia de adopción.

Se plantea que durante el proceso judicial el niño sea escuchado directamente por el juez en aquellos casos donde se verifique en el expediente que durante la etapa de integración hubo dificultades de adaptación del niño con su familia adoptante, lo cual indicaría que antes de tomar una decisión frente a la homologación es necesario conocer de primera mano cuáles fueron esas dificultades, qué medidas se tomaron al respecto y cómo se encuentra la familia y el niño actualmente. Esto, con el fin de determinar si dichas dificultades se pueden superar con ayuda profesional y el paso del tiempo o si dichas dificultades son de tal gravedad que probablemente representaría un fracaso de la adopción, en caso de que el juez dicte la sentencia de adopción.

Frente a los casos donde el juez constata que la etapa de integración se llevó con normalidad y hubo buena adaptación entre el niño y su familia, se considera que no es necesario llevar a cabo una entrevista con el niño, sino esperar hasta el seguimiento que se realiza después de la adopción.

Por último, en relación con la etapa post-adopción, hay que recordar que el Lineamiento Técnico del Programa de Adopción establece que debe realizarse una visita domiciliaria al hogar de la familia para que, entre otras cosas, se entreviste al niño o se interactúe con él, en aras de conocer su realidad en el nuevo contexto familiar. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.184)

Distinto a lo que ocurre en las dos etapas anteriores, la normativa que regula la etapa post-adopción sí es clara y detallada frente al cómo y cuándo debe escucharse al niño porque el Lineamiento consagra que durante los dos años siguientes a la sentencia de adopción debe hacerse la visita y entrevista con el niño cada seis meses y especifica que se hará con base en la edad y desarrollo evolutivo del niño; es decir, por medio de una entrevista, si su desarrollo lo permite o a través de la observación directa y actividades lúdicas (dibujo, títeres, etc.), si el niño aún no tiene capacidad de expresarse verbalmente. (Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción, 2017, p.184-185)

De esta manera, al hacer el acompañamiento a las familias y al decretar pautas claras de la participación del niño en dicha etapa, se encuentra garantizado el derecho del niño a ser escuchado por lo que no hay lugar a una propuesta concreta, más que cumplir a cabalidad con estas actividades que trae el Lineamiento Técnico durante la etapa post-adopción.

Conclusiones

El concepto del derecho del niño a ser escuchado es un término ambiguo e indeterminado por falta de criterios objetivos que definan su contenido esencial, lo cual ha dificultado establecer su cumplimiento en la práctica. Afortunadamente, han sido los tratados internacionales y distintos organismos que protegen los derechos humanos los que le han dado contenido a este derecho.

Dentro de las premisas fundamentales del derecho del niño a ser escuchado se encuentra que es la capacidad de expresión del niño (verbal o no verbal) la que se debe evaluar para tener en cuenta su opinión y no el criterio de la edad para determinar la madurez y la autonomía del niño. También, que debe ser una prioridad escuchar al niño directamente para percibir el lenguaje no verbal que en un informe escrito no se puede apreciar.

Frente a la reglamentación del proceso de adopción por parte del ICBF se puede comprobar que, a pesar de no incluir como obligatorio el consentimiento del niño para la adopción (como lo es en otros países), sí consagra que el niño debe ser escuchado tanto en el proceso como en la etapa posterior a la adopción. De esta manera, se encuentra que al menos en la teoría la norma sí ordena el cumplimiento de tal derecho.

En las sentencias estudiadas se puede concluir que hasta el 2013, tanto los defensores como jueces de familia omitieron el decreto de pruebas relacionadas con la participación del niño dentro de los procesos de adopción, pero esto ha venido cambiando desde el 2014 de manera positiva, en cuanto se está considerando el derecho del niño a ser escuchado, al punto de tomar medidas para tener en cuenta sus opiniones. Frente a la Corte Constitucional se señala que, solo en los casos de grave vulneración de derechos por parte de los funcionarios hacia los niños, ordenó la entrevista directa para escucharlos. En los demás casos, no escuchaba directamente a los niños, pero sí verificaba el cumplimiento de sus derechos al analizar las actuaciones de los defensores y jueces de familia.

Sin embargo, a pesar de que la Corte Constitucional resaltaba en sus sentencias la importancia del derecho del niño a ser escuchado y reprochaba las actuaciones de los funcionarios públicos que no cumplían con este deber, en una sentencia de constitucionalidad decidió sobre un tema trascendental en la vida de los niños como lo es la adopción por parte de parejas del mismo sexo, sin tenerlos en cuenta, presentándose entonces una contradicción.

Respecto a las dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acreditó que en ambas las autoridades judiciales no escucharon en ningún momento a los niños y se dieron en adopción sin las debidas garantías para ello.

El aplicar el derecho del niño a ser escuchado constituye una garantía del debido proceso y evita que se causen daños que pueden ser irreversibles en su formación y crecimiento. Además, muchas decisiones de los jueces de familia, incluso jueces constitucionales, pudieron resolverse en otro sentido si desde el principio hubieran tenido en cuenta la participación y opinión del niño sobre el cual se está dirimiendo un conflicto, un interés, etc. Lo que, en últimas, se traduciría en una economía procesal y en una decisión más asertiva para proteger los derechos y garantías de los niños.

Corresponde al Estado, la familia y la sociedad el deber de ejecutar políticas, planes, estrategias y acciones destinados a garantizar que los niños

sean verdaderos actores sociales. De esta manera, cuando los niños son escuchados, es probable que las medidas o decisiones por tomar sean más adecuadas y con menores riesgos de error o falla que afecten negativamente la vida de los niños.

Dentro de las propuestas elevadas en la presente investigación se indica que hay unos factores externos e internos para aplicar a cabalidad el derecho del niño a ser escuchado. Los factores externos u objetivos se refieren a las características del lugar donde se va a efectuar la intervención del niño. Los factores internos o subjetivos se refieren a las características o actitudes que debe tener la persona que va a tener contacto con él, para generar una apertura y confianza mayor por parte de los niños a la hora de expresarse.

Respecto del proceso de adopción, las propuestas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado se adecuan según la etapa del proceso; es decir, durante el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, el proceso judicial y el seguimiento post-adopción. En síntesis, se manifiesta que en la etapa administrativa el niño sea escuchado al menos en tres oportunidades: al inicio de la valoración para la verificación de los derechos, antes de modificar la medida de restablecimiento y antes de proferir la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad. En la etapa judicial, el juez debe escuchar al niño de manera directa en los casos donde hubo dificultades en la etapa de integración entre el niño y su nueva familia para determinar si dichos problemas se pueden superar o si son de tal gravedad que podría representar un fracaso de la adopción, por lo cual, antes de proferir la sentencia, debería practicar una entrevista directa con el niño y la familia adoptante. Por último, en la etapa post-adopción se avala lo establecido por el Lineamiento Técnico de Adopción de realizar cada seis meses una visita y entrevista con el niño durante los dos años siguientes a la sentencia de adopción, con el fin de conocer su adaptación al nuevo contexto familiar.

Referencias

- Argos González, J., Castro Zubizarreta, A., & Ezquerro Muñoz, M. P. (2011). Escuchando la voz de la infancia en los procesos de cambio e investigación educativos. Aproximación al estudio de las transiciones entre las etapas de educación infantil y educación primaria. *Revista Iberoamericana de Educación*, 1-18.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París.

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Bernal Crespo, J. S. (2013). Los Derechos Fundamentales del menor adoptado frente a la irrevocabilidad de la adopción. *Estudios Constitucionales*, 1, 605-620.
- Bertolé, C. A., & Torroba, E. (2013). El Derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados. Su participación en los procedimientos judiciales o administrativos que pudiesen afectarlos. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 3 (1), 141-169.
- Bumbaca, V., Duchesne, J., & Wöllenstein, J. (2018). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El interés superior del niño o niña debe ser una consideración primordial para prevenir y gestionar los fracasos en la adopción. In C. Jeannin, *Fortaleciendo las competencias: Aprender de los fracasos en la adopción internacional* (pp. 60-62).
- Calle D'Alleman, S., Díaz Hurtado, D., Estrada, L., Gomez Isaza, M., Jaramillo, C., Millán Cuellar, N., et al. (sf). *Síntesis relatorías enfoques metodológicos sobre el derecho*.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).
- Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).
- Caso Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de marzo de 2018).
- Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 12. (1991). Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, 22 de enero de 1991. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/573203/887553/Ley+12+de+1991+%28Ratifica+Convencio%CC%81n+sobre+derechos%29.pdf/d8642517-7fac-486b-a5b4-a5b70600dd3e>
- Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 1098. (2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, 8 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 1878. (2018). Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones, 9 de enero de 2018. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1878_2018.html

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-683-15. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 569-16. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-569-16.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-572-10. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-572-10.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-502-11. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-502-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-844-11. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-276-12. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-115-14. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-115-14.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-200-14. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-200-14.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-376-14. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-376-14.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-768-15. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-768-15.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-208-17. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-208-17.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-512-17. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-512-17.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-663-17. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-663-17.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-202-18. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-202-18.htm>
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-259-18. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-259-18.htm>
- Colombia, La IX Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá.
- Colombia, Presidente de la República de Colombia, Código del Menor, Decreto 2737. (1989).
- Comité de los Derechos del Niño. (2007). Observación General No.10 de la Organización de las Naciones Unidas. *Los derechos del niño en la justicia de menores*.

- Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General No.12 de la Organización de las Naciones Unidas. *Derecho del niño a ser escuchado* .
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general No.14 de la Organización de las Naciones Unidas. *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.
- Del Moral Ferrer, A. J. (2007). El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista Cuestiones Jurídicas* , 1 (2), 73-99.
- Dijk, S. V. (2012). La política pública para abatir el abandono escolar y las voces de los niños, sus tutores y sus maestros. *Revista RMIE* , 17 (52), 115-139.
- Espada Mallorquín, S. (2015). La efectiva aplicación del derecho del menor a ser oído. Corte suprema, 18 de agosto de 2015, rol 124-2015. *Revista Chilena de Derecho Privado* (25), 257-268.
- Estrada Jaramillo, L. M. (2016). Los hijos del Estado: Desventajas sociales ante una larga espera para su adopción. *Estudios de Derecho* , 73 (161), 155-179.
- Estrada Jaramillo, L., Ramirez Velásquez, C., & Rendón Mesa, Y. (2014). La tutela judicial efectiva en la resolución de declaratoria de la adoptabilidad de niños en Colombia. *Ratio Juris Unaula* , 9 (18), 77-97.
- Galvis Ortiz, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* , 7 (2), 587-619.
- Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, Código de Menores, Decreto N° 78-79 (1979).
- Jiménez, I. V. (2012). La entrevista en la investigación cualitativa: nuevas tendencias y retos. *Revista Calidad en la Educación Superior* , 3 (1), 119-139.
- Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopción (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 6 de diciembre de 2017).
- Navarro, R. M. (2012). Adopción, familia y derecho. *Bolivariana de derecho* , 14, 98-135.
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Sautu, R., Boniolo, P., Dalle, P., & Elbert, R. (2005). La construcción del marco teórico en la investigación social. *Colección Campus Virtual* , 29-81.
- Sokolich Alva, M. (2017). El derecho del niño a emitir opinión y su relación con la adopción. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón* , 10.
- UNICEF, F. d. (2007). *Justicia y Derechos del niño* (Vol. 9). Santiago, Chile.
- Vargas Pavez, M., & Correa Camus, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia de Chile. *Ius et Praxis* , 1, 177-204.

Capítulo 3

La movilidad como elemento común para la construcción de territorio: el desplazamiento forzado y la migración en Colombia¹

Cathalina Sánchez-Escobar

Verónica Cadavid-González

¹ El presente capítulo es resultado del proyecto de investigación de Sujetos y Grupos de Especial Protección en Colombia en la línea Derecho, Sociedad y Mercado del Grupo de Investigaciones en Derecho adscrito a la Universidad Pontificia Bolivariana, Radicado: 301C-11/18-37.

^a Doctora en Derecho y Magíster en Historia de la ideas y de las Instituciones Políticas de la Universidad de Aix-Marsella, Francia. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Investigadora del Grupo de investigaciones en Derecho, Coordinadora del Semillero de Investigación en Estudios Internacionales, Derecho Internacional y Derechos Humanos, y la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vicepresidenta del Instituto Colombiano de Historia del Derecho, Exdirectora del Museo Casa de la Memoria de Medellín. Campus de Laureles Circular 1 No. 70- 01, bloque 12 oficina 201. Correo electrónico cathalina.sanchez@upb.edu.co

^b Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, Ex-investigadora del Museo Casa de la Memoria. Mientras fue estudiante del programa de Derecho, hizo parte del Semillero en Estudios Internacionales y del Grupo de Litigio Estratégico de la Clínica Jurídica, de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Auxiliar de investigación en el proyecto de investigación “Enseñanza y aprendizaje clínico del derecho en la Universidad Pontificia Bolivariana”. Correo electrónico: veronicadavidgonzal@gmail.com

Resumen

Colombia ha sido un país de tradición migrante dadas las condiciones económicas, sociales y políticas que vivió el continente en el siglo pasado y los primeros años del siglo XXI, pero solo se concebía desde dos nociones: la migración de colombianos hacia el exterior y la migración interna; el panorama actual del fenómeno migratorio hace que Colombia se deba pensar en una tercera categoría: la recepción de extranjeros y el retorno de nacionales. El convertirse en un país de tránsito o de destino genera una nueva dinámica social en la que confluyen varias fuerzas divergentes como campesinos, ciudadanía urbana común, y no nacionales, lo que modifica el concepto de territorio y de ciudadanía en tanto que van más allá de la concepción tradicional que se tiene de los mismos. El objetivo de este trabajo será analizar cuál ha sido el cambio sustancial que los flujos migratorios han generado en la forma en que se desarrollan las poblaciones dentro de las circunstancias anteriormente descritas y, a partir de ello, determinar cuáles son los retos que afrontan el Estado y la sociedad al tener que considerar nuevas categorías tales como el multiculturalismo, la transnacionalización, el desarrollo y la identidad colectiva e individual dentro de sus planes de desarrollo, políticas públicas y normas, en general. Esta es una investigación realizada mediante una revisión cualitativa bajo el enfoque sociojurídico de las poblaciones asentadas, por medio del análisis de normas, políticas públicas, estándares internacionales e informes de organismos nacionales y supranacionales.

Palabras clave: Migrante, inmigrante, persona desplazada, territorio, derechos humanos, derechos de grupos especiales.

Abstract

Colombia has been a country of migrant tradition due to the economic, social and political conditions presented in the country and in hole the continent in the past century and in the first years of the XXI century; but it was just

conceived from two notions: the emigration of Colombians to the exterior and the forced internally displacement. The actual panorama of the migratory dynamic has positioned Colombia in third category: the reception of migrants and the return of nationals who were for decades away from the country. Then, Colombia has transited to a country of transit or destination; which has generated a new social dynamic in the converge several divergent forces who habits the same territory; former peasants, urban displaced people, and immigrants, modifying the concept of territory, and in this same matter the concept citizenship (under the concept of nationality) in a scope of globalization and jurisdiction. This work aims to analyze what has been the substantial change that the migratory flows have generated in the form in that the populations have developed inside of the circumstances before described and, from it, determine what are the challenges that the Colombian State and the Society have had about these new categories as multiculturalism, Transnationalism, development; in the framework of the collective an individual identity . This is a research made by a qualitative review with the socio-legal approach of the populations settled; across of the analysis of rules, public politics, international standards and reports of national and supranational organisms.

Key Words: migrants, immigrants, displaced persons, territory, human rights, rights of special groups.

Introducción

Este capítulo partirá del análisis de las dinámicas de movilidad como elemento para crear identidades en los territorios que los sujetos migrantes habitan, así como de la descripción de cuáles son las transformaciones que permite la recepción del flujo de migrantes en el territorio; para ello, partirá de categorías como migración, trasmigración, desarrollo, territorio e identidad.

Entender la migración es una cuestión de derechos, en donde se hace necesario un análisis de las dinámicas de movilidad, de las relaciones que tienen las personas que migran o se desplazan, cruzando fronteras o no, con el territorio que habitan y las comunidades e individuos que allí se encuentran asentadas, así como con el Estado y sus instituciones, quienes definen y materializan el acceso y disfrute de los derechos de los cuales son titulares. En muchos escenarios se ha desprovisto de la dimensión política de reivindicación de derechos a aquellos que migran por razones humanitarias (Arendt, 1974) lo que conlleva a una limitación en la esfera pública para la exigencia de condiciones de habitabilidad digna.

Es en estas circunstancias de diferentes poblaciones asentadas en estos territorios, donde confluyen violencias estructurales, culturales y directas que permean de forma directa la forma en que existe un relacionamiento entre el individuo, la comunidad y el espacio, que se constituyen en elementos para crear identidades a partir de esa habitabilidad, bajo la dinámica de la recepción de flujos migratorios y el respectivo relacionamiento y creación de lazos entre los mismos y con el territorio (Naranjo-Giraldo, 2001). Creando así cuerpos colectivos que ejecutan sus luchas en un mismo espacio (Butler, 2017).

Cabe resaltar que esas personas que habitan la ciudad, esos territorios, ese espacio que los recibe, se encuentran en una situación de vulnerabilidad, entre la dicotomía de la universalidad de los derechos humanos y el criterio de nacionalidad que los Estados, en múltiples ocasiones, establecen de facto para el cumplimiento de sus obligaciones generales de respeto, garantía y protección de derechos, yendo en contravía con el principio de jurisdicción que implica “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (Asamblea General de Estados Americanos, 1969, art. 1). Lo anterior se encuentra en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal de

Naciones Unidas. De ahí que la evaluación que se haga respecto a dicho cumplimiento debe permear tanto las medidas positivas de garantía de derechos, humanitarias o de cumplimiento progresivo, así como la ausencia de conductas violatorias de libertades y garantías de todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional.

Bajo este precepto, se partirá de la conceptualización de la migración y la descripción de las transformaciones territoriales que permiten la recepción del flujo de migrantes respecto del habitar el espacio en clave de garantía de derechos, desde de categorías como migración, trasmigración, desarrollo, territorio e identidad; compara las dinámicas de movilidad y asentamiento con las respuestas institucionales; y se evalúa el cumplimiento de los estándares internacionales de protección de derechos y políticas públicas.

El capítulo expone algunos de los retos con los que cuenta Colombia ante los flujos migratorios mixtos, al tomar de base la historia migratoria del país, sus instituciones y las dinámicas de movilidad, sobre todo, el desplazamiento interno forzado; la emigración y posterior retorno, la mayoría como consecuencia de conflicto armado interno, la violencia y la falta de oportunidades y el aumento de la población inmigrante que llega al país con miras a establecerse o, en tránsito.

Por último, se presentarán algunas conclusiones en términos de política pública e intervención acerca de cómo debe tratarse la situación incipiente en el país, enfatizando en el contexto de posacuerdo que se vive en la actualidad.

El estudio se realizó desde un enfoque sociojurídico e histórico-hermenéutico para revisar las categorías anteriormente planteadas en el contexto colombiano en relación con el sistema normativo nacional y los estándares de protección, respeto y garantía de derechos humanos en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Se partió de una metodología documental, prevalentemente cualitativa, pero con elementos cuantitativos para así realizar observaciones y recomendaciones a los asuntos que deben ser considerados ante una eventual política pública para la nueva ola migratoria venezolana.

Lo expuesto toma relevancia desde el enfoque de derechos, particularmente respecto de los sujetos de especial protección. Colombia requiere afrontar desde una perspectiva en derechos humanos estas dinámicas, buscando, además, una sostenibilidad en medidas y políticas públicas; más allá de un enfoque reactivo, y propicie un sistema de oportunidades y derechos y no un sistema reactivo ante las necesidades humanitarias actuales y futuras donde prime una evolución positiva para el territorio y las identidades que

allí mutan. Se buscará dar respuesta a los objetivos e hipótesis entendiendo la migración como una oportunidad de crear ciudadanías globales (Sassen, 2007) y, dar lugar a espacios de solidaridad y de comunidad, llevando ello a que, ante la fluctuación de diferentes fenómenos se pueda brindar una solución conjunta a los problemas sociales, políticos y culturales que se presentan y, sobre todo, a las instituciones que se encuentran inoperantes.

Entendimiento sociojurídico de la migración y las transformaciones estructurales

La migración, definida por la Real Academia Española (2014) como aquel “desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”, es parte de la historia de los pueblos y se constituye en un derecho de las personas en todo el mundo, con un impacto económico, social y político en los países de origen y los de destino (Ramírez H & Mendoza S, 2013, pág. 25)² con una condición multifactorial en sus orígenes, evolución y desarrollo y, multidimensional, gracias a los espacios en que impacta, como lo establece Urbano-Reyes (2015, p. 23). En este contexto, durante los últimos años diversos países, dentro de los cuales está Colombia, se han enfrentado al aumento del fenómeno migratorio, debido al auge de la globalización, que hace que los espacios del planeta se conecten de diversas maneras, pero también, como consecuencia de las guerras, de la violencia sistemática e institucionalizada, de las modifica-

² Respecto al presente concepto es relevante lo definido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La migración internacional implica el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional; mientras que la migración interna se da cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional, para establecerse allí por un periodo de tiempo o de manera permanente”. (2015, pág. 11)

ciones en políticas económicas, la inestabilidad de los gobiernos y algunos movimientos culturales que se viven en los Estados de origen.

Este tema migratorio es de gran relevancia actual por la coyuntura que se está presentando alrededor del mundo; requiere de un entendimiento pleno por parte de todos y todas, que permita reconocer la historia, los diferentes procesos migratorios existentes, las necesidades y compromisos que surgen para las comunidades, las contribuciones de los migrantes a los territorios, entre otros, con la idea de generar una cultura migratoria que permita gestar un proceso de transformación centrado en la aceptación del migrante y su integración en los lugares de acogida. Es por ello que se hace necesario determinar las categorías y elementos relacionados con a la migración.

Se entenderá por migrante, siguiendo la definición que da la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), como la persona, cualquiera que ella sea, que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia y sin tener en cuenta su situación jurídica; lo forzoso o no del desplazamiento; las causas de este; o la duración de su estadía (Organización Internacional para las Migraciones, 2006, pág. 41), dejando claro esta Organización, así como distintos autores, que no existe una definición unilateralmente aceptada del concepto (Castles, 2010).

Como los migrantes deben ser considerados en su singularidad, cada uno como sujeto individual y autónomo requiere de distintos ámbitos de protección, debido a las circunstancias de la migración. Así, la OIM sugiere que hay diferentes tipos de migrantes: *según sus características propias y personales* –calificado–; *según las razones o motivos que lo llevaron a migrar* –por ejemplo, como migrante económico o trabajador de temporada–; –y *según las condiciones bajo las cuales realizó su migración* –como migrante irregular o documentado– (Organización Internacional para las Migraciones, 2006, pág. 41).

La tipificación está basada en la normativa internacional y la doctrina existente en la materia, entre ellos, los instrumentos normativos como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Declaración de Cartagena, la Declaración de Nueva York y el Pacto Mundial de Migraciones; instrumentos de *soft law* o *derecho blando*. Así como las diferentes opiniones consultivas, casos contenciosos, informes y recomendaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, respectivamente, entre ellas: la Opinión Consultiva No.18, sobre “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados del año 2003”; la Opinión Consultiva OC-21/14, sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”; la Opinión Consultiva No. 25 sobre “la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección”; la Opinión Consultiva OC-25/18 en el caso Vélez Loor versus. Panamá del año 2010; el Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus. República Dominicana; el Caso Familia Pacheco Tineo versus. Bolivia; el informe temático “Movilidad Humana. Estándares Interamericanos”, entre otros.

Tradicionalmente se ha dado una clasificación a los distintos tipos de migraciones, en donde se ha establecido el concepto de inmigrante como aquella “persona que llega a un país de destino para establecerse en él” y, de emigrante “como la persona que abandona el lugar de origen por razones socioeconómicas en busca de una mejor calidad de vida, empleo e ingreso”. Existiendo así, un país de origen y un país de destino, los cuales tendrán distintas obligaciones con el migrante en materia de derechos, así mismo, afectaciones en materia económica, social y cultural (Canales & Zloliniski, 2001). En tanto, uno pierde capital humano pero gana remesas y, el otro, cuenta con pérdida de capital económico que llega al otro país pero gana capital humano; sin embargo, compartiendo una población que tiene decisión respecto a su territorio y, que crea distintos sistemas de sostenimiento que impactan la esfera social de dichos países. En palabras de Hernández-Muñoz & Molina y Vedia-Del Castillo (2016) “la diversidad, las particularidades y las transformaciones de cada migración son tan grandes que la migración también puede ser tratada como un conglomerado de sistemas emergentes”. (p.19)

De igual forma, se ha clasificado la migración atendiendo factores como la voluntariedad de la decisión de movilidad y el tránsito de fronteras políticas, y se clasifica así en así en migrantes económicos o voluntarios, y migrantes forzados, entre los cuales se encuentran los refugiados y desplazados internos forzados. No obstante, en los últimos años, el concepto de voluntariedad ha sido ampliamente cuestionado, pues desconoce múltiples factores estructurales y culturales, que si bien no constituyen una violencia generalizada o una violencia directa que pueda poner en riesgo a la persona, sí existen condiciones estructurales de discriminación o de ausencia de garantía de derechos, como en el caso de las “migraciones a causa de la

crisis” (Martin, Weerasinghe y Taylor, 2014 en Naranjo-Giraldo, 2015, p. 271); constituidos así en flujos mixtos.

Desde la normativa internacional se ha abarcado con instrumentos de derecho duro o *hard law* a los desplazados internos como refugiados, no obstante no hayan pasado una frontera transnacional debido a que cuentan con las características establecidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados para la condición de refugiados³, en particular, la coercibilidad de la decisión de movilizarse basados en un riesgo a que su vida pueda ser puesta en peligro en razón a alguna calidad o violencia generalizada.

Así, de otro lado existen los Principios Rectores de Desplazamiento Interno⁴ como instrumento de *softlaw*, no vinculante, que le dan contenido a las disposiciones e interpretaciones al respecto, porque definen las características del grupo poblacional. Resultan así siendo sujetos con un derecho a una protección especial por parte de los Estados, por su vulnerabilidad manifiesta, que se determina según sus circunstancias de migración y establece diferencias entre los migrantes por desplazamiento interno y los trabajadores migrantes⁵; estos últimos definidos en la Convención sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias, donde se determinan las obligaciones propias para la protección de sus derechos.

Ahora bien, es igualmente importante definir nociones como flujo migratorio y política migratoria, al entender la primera como la “cantidad de migrantes en proceso de movimiento migratorio o que están autorizados a moverse de un país a otro por motivos de trabajo o para establecerse durante un periodo de tiempo definido” (Organización Internacional para las

³ Este tratado establece esta calidad de persona protegida como refugiada debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, art. A.2).

⁴ En este mismo sentido, se recomienda revisar la Declaración de Cartagena de 1984.

⁵ “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1990)

Migraciones, 2006, pág. 27). Y, la segunda, como aquel “conjunto de normas, planes, programas y proyectos de la política pública de un país relativos a regular los flujos migratorios del mismo, en cuanto son considerados como potenciales vectores de desarrollo” (Acosta, y Villavicencio, 2006).

En la literatura tradicional sobre la movilidad de la población, esta suele analizarse sobre la base de dos grandes categorías, mediante las cuales se intenta distinguir entre tipos de migración. Por una parte, la “migración permanente”, que comprende a quienes cambian de manera definitiva su comunidad, región o país de residencia habitual. Por la otra, la “migración temporal” o “circular”, referida a aquellos desplazamientos continuos y recurrentes, que definen un constante ir y venir, pero manteniendo la residencia habitual en la comunidad de origen. Se trata de cambios temporales de residencia que no alteran el carácter permanente de la residencia habitual.

Dado lo anterior, sostenemos que los migrantes impactan aquellos territorios en que se asientan y aquellos que dejan, de forma concomitante y no excluyente; además, que dicha movilidad causa modificaciones en las configuraciones de identidades y estructuras sociales, culturales y políticas, sobre todo, debido a que el migrante es portador de su cultura, enriquece la receptora y, absorbe prácticas nuevas en su diario vivir que generan globalización (Urbano-Reyes, 2015, pág. 16). De ahí que se hace necesario conceptualizar acerca de los ejes transversales que se interrelacionan en dicha transformación: territorio, identidad, cultura y ciudadanía (Arago, 1985).

El fenómeno migratorio ha sido de histórica importancia en nuestro país, como consecuencia de la gran cantidad de colombianos que han emigrado hacia los Estados Unidos, Europa y Venezuela⁶, lo que se conoce como la primera oleada migratoria en la década de los sesenta. Sin embargo, en la actualidad, Colombia ha comenzado a percibirse también como un país de acogida de migrantes. No obstante, la migración en el país no se ha configurado de manera uniforme, sino que, al contrario, ha variado de acuerdo con el contexto político, económico y socio cultural, en tanto su

⁶ “Para 1995, se calculaba que había 2 millones de residentes irregulares, la mayor parte colombianos. Además de la industria petrolera, la agricultura, la construcción y las otras industrias atrajeron a los migrantes. Sin embargo, como consecuencia de la inestabilidad política y económica que siguió al intento de golpe en contra del presidente Hugo Chávez en 2002, la emigración desde Venezuela se tornó significativa, con flujos crecientes hacia Estados Unidos y España” (Castles y Miller, 2009, pp. 170-178).

condición de receptor o de tránsito no es una constante estructural; caso contrario ocurre con el desplazamiento interno, ya que es una consecuencia propia del estado de guerra sistemático que se ha vivido en el país, y ha trascendido, incluso, la historia reciente del conflicto armado interno, sin importar quién sea el actor (Sanchez-Mojica, 2018, pág. 47).

Colombia ha sido un país con realidades sociales complejas; dinámicas estructurales que nacen como consecuencia de respuestas a problemas inmediatos, generalmente causados por la realidad incipiente que sufre y ha sufrido el país en sus distintos periodos; y crea así una respuesta institucional reactiva y no planificada, a pesar de contar con distintos flujos migratorios internos que han cambiado los distintos territorios, casi todos como consecuencia de la violencia que ha azotado al país en el último siglo, y la falta de oportunidades en las zonas rurales y las pequeñas ciudades. No ha existido una verdadera estrategia para crear ciudades y transformar territorios conforme a dicha situación; se configura así como una población de “ciudadanos en tránsito, no ciudadanos en acto, en tanto los son en potencia” (Arrieta Burgos, 2016, pág. 53), sin rehabilitación, sustitución o restitución satisfactoria e integral.

Es importante expresar que la relación entre migración, desplazamiento interno e incluso refugio, y la necesidad de que haya un estudio que incluya las diferentes categorías, junto a políticas públicas holísticas que puedan permitir la garantía de derechos de estas diferentes poblaciones en situaciones de vulnerabilidad en términos territoriales, ya ha sido estudiado por distintos académicos que han identificado tres puntos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta:

El nexo migración-desplazamiento, parte de reconocer: a) la creciente complejidad de la migración y el desplazamiento; b) la creciente dificultad de distinguir entre las dos; c) el desajuste entre las etiquetas, categorías y construcciones existentes y las realidades de la migración; y d) las consecuencias académicas y políticas, pero también humanitarias, de quedar inscritos –investigadores y migrantes– dentro de los vacíos legales, normativos e institucionales (Koser y Martin, 2011, p. 3) (Naranjo-Giraldo, 2015, pág. 279).

En particular, estos puntos se evidencian más aún cuando existe en el caso de los migrantes un manifiesto estado de vulnerabilidad que proviene de la diferenciación jurídica en términos de garantía de derechos (que normalmente parte de políticas públicas), puesto que no cuentan con el elemento de ciudadanía, propio de ostentar la calidad de nacional o residente en un país, lo que los expone casi a la voluntad política de tener medidas

humanitarias y asumir políticas migratorias inconexas que generalmente tienden a cambiar según la posición del gobierno de turno. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, párr. 112).

La migración como un fenómeno de construcción de identidades territoriales

La migración es un fenómeno que deconstruye y construye realidades existenciales, al cambiar de hábitat y encontrarse ante nuevas condiciones vitales que van desde su libertad de locomoción, su vivienda, condiciones e incluso costumbres alimenticias, por lo que permite que las identidades culturales de sujetos y comunidades se transformen. Es en este sentido que radica su agencia, tal como se afirma:

Las políticas oficiales sobre migración irregular se basan, por lo general, en la idea de los migrantes como seres con estrechas motivaciones económicas. Esas políticas ignoran las relaciones sociales de los migrantes como miembros de familias y comunidades, así como la manera en que las características y metas personales cambian a lo largo del ciclo de vida humana. Los antropólogos y los sociólogos utilizan el concepto de agencia migrante para analizar la manera en que los migrantes configuran activamente los procesos migratorios para lograr mejores resultados para ellos mismos, sus familias y comunidades. (Castles, 2010, pág. 58)

Estudios más cercanos en el tiempo como el de Abellán, Fernández-Mayoralas, Rodríguez y Rojo (1998) distinguen claramente dos tipos de movimientos migratorios en cuanto a las razones que los provocan: migraciones libres, identificadas con motivos económicos; y migraciones forzadas, vinculadas con

situaciones de peligro y originadas por conflictos, inestabilidad política y social, acontecimientos naturales, etcétera. Debe tenerse en cuenta que las diferentes realidades que pueden llevar a que una persona migre, son fluctuantes y normalmente dependen de una realidad propia del ser humano; sin embargo, generalmente provienen de un contexto de vulneración que trae como consecuencia la migración y, sobre todo, genera una condición de vulnerabilidad al existir una precariedad de condiciones respecto a los nativos del Estado; que además parte de un estatus de regularidad o irregularidad⁷ respecto al poder ejecutivo. Lo anterior con base en las diversas causas de la migración, puede ser explicado de la siguiente forma:

En el plano político, se huye de situaciones de violencia generalizada que altera la vida cotidiana. Desde la perspectiva económica, son las tensiones económicas y pobreza las que conducen al desplazamiento humano, sin olvidar la apropiación de territorios y recursos. Desde el punto de vista medioambiental, es la destrucción por sobreexplotación, degradación de los recursos naturales y exclusión de grupos vulnerables dependientes de los mismos. Y finalmente, en el plano étnico, los grupos étnicos son más fácilmente manipulables por grupos fanáticos que controlan el aparato estatal, definiendo las características de la nacionalidad, y pudiendo llegar a un potencial exterminio y limpieza étnica. (Egea-Jiménez & Soledad-Suescún, 2008, pág. 210)

En la mayoría de los casos, como consecuencia de ese estado de vulnerabilidad que trae la decisión de migrar y la migración *per se*, se constituyen respuestas que buscan estabilizar el individuo, sostener y contribuir al desarrollo del migrante, siendo una de ellas: la trasmigración; entendida como una estrategia de comunicación de los migrantes que permite el acompañamiento y el apoyo entre ellos mismos, pues son ellos quienes de alguna forma entienden y conocen los obstáculos y ensamblan así un sistema emergente de autoorganización, sobre todo cuando no son comunidades homogéneas sino poblaciones desemejantes con un único punto de encuentro: haber migrado (Hernández-Muñoz & Molina y Vedia-Del Castillo, 2016, págs. 18-21).

⁷ “Las causas de la migración irregular pueden sintetizarse en cinco categorías: las leyes y regulaciones nacionales; las contradicciones que surgen de la globalización neoliberal; la agencia individual y colectiva de los migrantes; las

En el caso de Colombia, por ejemplo, se han creado contextos y territorios basados en la identidad del desplazado interno; así mismo, se ha sostenido por profesores como Naranjo-Giraldo (2001) que el desplazamiento ha creado una especie de identidad nacional a pesar de su carácter complejo, puesto que ha estado omnipresentemente en la guerra que ha sufrido el país, debido a los efectos de las estructuras sociales y económicas que sustentan a los conjuntos poblacionales y comunitarios, traen consigo cambios y reestructuraciones en las culturas locales y nacionales en la reinención de las identidades culturales y políticas, sobre todo urbanas; por cuanto los territorios cambian en sus “paralelos y meridianos demográficos” con el deambular de los desplazados (p. 4). Siendo muy claro que:

Los desplazados forman un contingente heterogéneo, polivalente, con diferencias muy marcadas y muy pocas cosas en común, salvo su condición de víctimas de un conflicto armado de características muy particulares [...] La heterogeneidad del grupo creciente de desplazados obedece a la inexistencia de una identidad preexistente, un principio de pertenencia social, regional, étnica, política, religiosa, ideológica o cultural, de estrato económico o de clase que identifique ese grupo social, o que provea elementos de cohesión interna desde los cuales se pueda interpretar su situación y encarar el futuro, como de hecho ocurre entre los grupos de desplazados de otros países. (Naranjo-Giraldo, El desplazamiento forzado en Colombia, reinención de la identidad e implicaciones en las culturas locales y nacional, 2001, pág. 5)

Lo anterior toma relevancia cuando se entiende que de las cifras del desplazamiento interno se habla de un aproximado de 10.600.000 en 2005, al cual además se le adjudica consecuencias como la reducción de la población rural (Kalmanovitz, 2015, pág. 159); al año 2018, la Unidad de Víctimas registró un aproximado de 8.432.348 víctimas del conflicto, de los cuales 8.259.408 eran desplazados, para un total de 10.320.648 de hechos victimizantes. (Red de Información. Reporte General, 2019).

Ahora bien, es imposible pensar que un fenómeno de dicha magnitud no afecta de forma categórica los fenómenos territoriales, tanto urbanos como rurales. En el marco del territorio urbano, generalmente los desplazados han

actividades de la <<industria de la migración>>; y la vulnerabilidad de grupos específicos” (Castles, 2010, pág. 53)

poblado áreas que les permite acceder a condiciones de vivienda y servicios públicos de una forma rápida y barata, casi siempre habitando barrios de invasiones o zonas de alto riesgo o periféricas, que ya han sido pobladas por víctimas anteriormente y que son lugares reconocidos de acogida para personas en esa calidad de vulnerabilidad. Elo ha permitido que a futuro dichos espacios catalogados por la normativa como asentamientos ilegales, ahora sean considerados territorios con capacidad de desarrollo y, sobre todo, recuperables en términos urbanísticos y de servicios públicos domiciliarios.

Prueba de lo anterior fue la declaratoria de inconstitucionalidad realizada al artículo 99 de la Ley 812 de 2003 que establecía la prohibición de recursos públicos en asentamientos originados en invasiones (Congreso de la República). Decisión que fue tomada teniendo en cuenta que dichos territorios surgen de una necesidad básica de derechos no satisfecha y que, por tanto, estos espacios son lugares de hábitat seguro para dichas poblaciones. Ante dicha disposición, la Corte Constitucional se manifestó expresamente de la siguiente forma:

En el caso presente, el artículo 99 de la Ley 812 de 2003 ha sido cuestionado por desconocer los derechos constitucionales de personas especialmente protegidas tales como los menores que residen en asentamientos ilegales, o grupos de personas en situación de especial vulnerabilidad, como las víctimas del desplazamiento forzado o los hogares en condición de pobreza extrema que habitan en dichas áreas [...] La situación de necesidad y vulnerabilidad de los individuos que viven en asentamientos urbanos ilegales ya ha sido considerada por la Corte para resaltar que las normas que los afectan deben ser cuidadosamente analizadas. Esta Corporación ha estimado que en muchos casos las invasiones y ocupaciones de hecho [...] tienen por causa las circunstancias de extrema necesidad y aun de indigencia de los invasores, elemento de naturaleza social que el Estado colombiano debe atender, evaluar y ponderar, con miras a dar soluciones globales que garanticen la realización de postulados constitucionales que tienen por objeto el respeto a la dignidad humana y a los derechos elementales de personas pobres. (Sentencia C-1189, 2008, págs. 15-16)

Siendo una clara muestra de cómo dichas realidades crean territorios, desde el punto de vista sociológico, puesto que se entiende como escenario de las realidades sociales, de gestión de poder y de dominio de grupos; además, al depender del factor poblacional requiere permanentemente nuevas

formas de identificación; así mismo, la expresión de territorialidad sobre un espacio despliega identidad y consciencia regional (Montañez-Gómez y Delgado-Mahecha, 1998, pp. 122-123).

Todo esto, en el caso de los migrantes tanto internos como inmigrantes, parte de un concepto de territorio desde Lefebvre, quien lo concibe como aquel en el cual hay un habitar, una apropiación y una reinención de una carga simbólica especial (Spíndola-Zago, 2016), así como desde Bourdieu que se basa en un despliegue de capitales propios de relaciones de poder en un espacio, lo que conlleva a una proyección de sus representantes sociales (Bourdieu, 1999, págs. 12-14).

Así las cosas, afrontar los problemas de la migración y la necesidad de la garantía de sus derechos en abstracto, sin tener en cuenta los territorios donde habitan las personas, es ineficaz y responde a una concepción de que solo hay una obligación humanitaria por parte del Estado, desconociendo que esos derechos deben desarrollarse en un territorio concreto, que normalmente implica una ciudad; cuya omisión corresponde en gran medida a una visión poco práctica de las dinámicas sociales en la ciudad que los acoge. De ahí que el espacio que se habita y la garantía de derechos de las personas están estrechamente relacionados y constituyen en gran medida la forma en la que se relacionan los distintos individuos de forma colectiva; es una relación simbiótica (Harvey, 1977).

Los retos de Colombia ante el flujo migratorio mixto en la búsqueda de la creación y fortalecimiento de identidades

Como Estado, Colombia cuenta con distintos retos respecto a los diferentes fenómenos migratorios en su territorio. En relación con el desplazamiento interno, la Ley de Víctimas establece el “derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional”. (Congreso de la República, Ley 1448, 2011, art.28.8). Afirmando la misma normativa que bajo la atención integral a las víctimas, cuando ellas decidan retornar o reubicarse

estas procurarán permanecer en el sitio, bajo la promesa de que el Estado garantizará el goce de sus derechos por medio de esquemas de acompañamiento (artículo 66). Sin embargo, en los nuevos territorios en donde se encuentran generalmente hay una revictimización, debido a que muchas veces los territorios en los que habitan cuentan con inseguridad y presencia de grupos ilegales, muchas veces actores del conflicto armado.

De igual forma, la ley 387 de 1997, que fue reemplazada por la ley de víctimas, definía un sistema de atención y protección a las personas que han sido desplazadas forzadamente, definidas como: “Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas [...]” (Congreso de Colombia, 1998, art. 1).

Algunas de las obligaciones que dicha norma imponía al Estado Colombiano, en el marco de la restitución de los derechos vulnerados, son la estabilización socioeconómica (art. 3), el propender por un retorno voluntario o un reasentamiento (art. 4) e inclinarse por diagnósticos que permitieran la estabilización de los desplazados (art. 11), a partir de la consolidación de acciones y medidas a mediano y largo plazo que permitieran la sostenibilidad económica y social de las víctimas de desplazamiento forzado; siendo el cumplimiento de las mismas lo que permitiría que cesara la condición de desplazado [sic] forzado (art. 18). No obstante, estas normas no fueron cumplidas por parte del Estado, debido a distintas razones ya esbozadas: violencias múltiples en los lugares de asentamiento y de origen, falta de presupuesto y voluntad política para efectuar políticas públicas de corte mediano y no humanitarias, y aumento de flujos nuevos de desplazados internos llegando a los territorios, sea debido a desplazamientos intraurbanos o rural-urbano. Todo lo cual dio lugar a la declaración del estado de cosas inconstitucionales en la materia (Corte Constitucional, Sentencia T-025, 2004).

Ahora bien, pasando a los retornados e inmigrantes, respecto a las políticas públicas existentes, está el documento CONPES 3603 (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009) en donde se traza una política pública en migración, que en general se refiere a los colombianos retornados y a la fuga de cerebros, de mano de obra calificada, pero que no hace referencia a los posibles beneficios de la migración y los migrantes que llegan de distintos países y corresponde a mano de obra calificada como capital humano general, el cual podría aportar beneficios económicos y diversificar la economía hacia nuevos sectores.

Por otro lado, está el documento CONPES 3950 de 2018, consagrado como la política pública del gobierno nacional que reconoce algunos derechos de los migrantes venezolanos, o colombo-venezolanos, algunos de ellos solo referidos a medidas de carácter temporal y olvida que Colombia ya no es un país de transición; además, concibe el proyecto de vida del migrante o retornado bajo una perspectiva simplista de necesidades básicas y no piensa los territorios donde se asentarán dichas personas, que tienen sus propias realidades y necesidades colectivas, cuyas circunstancias no permitirán que estas personas puedan desarrollar en su diario vivir una vida digna: trabajar por un salario digno con la protección del Estado para el cumplimiento de las garantías básicas laborales, el acceso a la vivienda digna, entre otros.

Sin embargo, no existe sistematicidad respecto a políticas públicas generales en temas de migración, solamente se han realizado acciones concretas que responden a una realidad urgente, como son los flujos migratorios provenientes de Venezuela. Estos, se han gestionado por medio de distintas resoluciones de Migración Colombia y con poca legislación en sentido estricto pero sobre todo, como respuesta a una realidad específica de un país determinado, dejando de lado la normativa internacional de recepción de migrantes.

No obstante, esto no es exclusivo de Colombia, “el tema de política migratoria posee tal complejidad, que pocas naciones han logrado establecer una política integral en la materia a lo largo de las dos últimas décadas.” (Urbano-Reyes, 2015, pág. 29)

Prueba de ello es la Ley de Migraciones (Ley 1465) con 6 artículos, que crea el Sistema de Migraciones, establece unos principios, unos objetivos, una conformación, fondos y consideraciones sobre el retorno y la ayuda a los colombianos en el exterior, sin instaurar ningún tipo de reglamentación sobre los procedimientos de migraciones ni sobre las potestades de una entidad pública con el poder de Migración Colombia (Congreso de la República, 2011), adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyas acciones pueden generar riesgos frecuentes e inmediatos de violaciones a derechos humanos, por no existir un control judicial automático sobre las decisiones de estatus migratorio.

En Medellín, particularmente, en el año 2010 hubo 4.000 desplazados intraurbanos, con seis eventos masivos en los barrios Popular, Moscú, Santa Inés (nororiente), La Sierra (centroriente) y Aures (occidente) (Redacción El Tiempo, 2010). A 2017, mientras la UARIV incluyó a 3.472 personas como víctimas de desplazamiento forzado, en la ciudad se atendieron 3.494 per-

sonas que fueron expulsadas de sus territorios dentro de la misma urbe [...] también han llegado a la ciudad 4.859 personas desplazadas del Bajo Cauca; y 1.099 de municipios como Briceño, Ituango y Valdivia, donde se ha intensificado la confrontación de las estructuras criminales [...] Por su parte, Antioquia tiene el 18% del total, de las cuales el 76.4% corresponde a personas que sufrieron desplazamiento forzado intraurbano (Ospina-Zapata, 2018)

Es ostensible la necesidad de una nueva perspectiva territorial de los desplazados, en donde no se les vulnera sus derechos si no, por el contrario, por medio del fortalecimiento de su identidad adquirida por el hecho victimizante se pueda buscar el desarrollo y consolidación de sus territorios, para alejar así la violencia que muchas veces permea los espacios en donde habitan y que hacen que la situación de vulnerabilidad manifiesta no sea superada. Para ello, más que una seguridad pública fuerte se deben buscar oportunidades donde puedan construir su territorio de una forma organizada y no como una necesidad inmediata. De igual forma, si bien es una buena iniciativa fomentar el retorno, se deben propugnar por territorios donde haya garantías de derechos, mas no una simple devolución de predios improductivos e inseguros y, sobre todo, no se puede obligar al desplazado interno a retornar como medida para su reparación. Más aún, cuando los mismos han aportado en la construcción de ciudad a partir de las reivindicaciones de asentarse y reasentarse en territorios con una prestación de servicios públicos básicos y, una presencia estatal que les permita un disfrute de condiciones dignas de habitabilidad. Respecto a lo anterior Naranjo-Giraldo y Hurtado-Galeano (2002) han afirmado:

Está claro que “la reubicación en las ciudades”, más allá de lo que quiera o pueda reconocer la política pública de atención a esta población, es un proceso que avanza aceleradamente. Por eso, la población desplazada por la violencia que llega a instalarse en los lugares más difíciles para la vida humana, despliega múltiples estrategias para insertarse en la ciudad: la instalación de servicios públicos, la inserción en las escuelas y guarderías, el acceso a la salud, entre otros. La inserción de los desplazados en la ciudad en calidad de pobres absolutos está produciendo una suerte de expansión y densificación de la ciudad hacia su periferia, se están instalando en lo que se ha llamado la “periferia de la periferia”. Llegan para sumar exclusiones de nuevo cuño a las que venían operando desde décadas anteriores y aún no habían sido saldadas por el Estado ni por la sociedad en su conjunto. Lo que los desplazados han venido a anunciar es la gran heterogeneidad

que ha marcado a las ciudades, siempre construidas desde los “pedazos” de región que los desplazados de otras décadas, los migrantes económicos y los destechados intraurbanos, les han aportado a las urbes de hoy. Como en décadas pasadas, los nuevos pobladores han llegado a la ciudad para redefinir las centralidades mediante *luchas por el derecho a la ciudad*. Aunque Medellín y Antioquia cuentan con planes estratégicos, el desplazamiento forzado muestra que la ciudad del siglo XXI, enmarcada en la idea de la mejor esquina de América, estará cuestionada por una injusticia moral, social y política con rostro de desplazado. (p. 15)

Respecto al fenómeno de movilidad actual, Medellín es la sexta ciudad adonde están llegando los venezolanos en Colombia, lo que corresponde al 7,6 % de los cuales, el 70% son profesionales, o sea, mano de obra calificada que en la actualidad no se encuentra laborando ni en condiciones de satisfacción de sus necesidades básicas; la mayoría recurren al trabajo informal en búsqueda de sobrevivir e incluso, hubo afirmaciones por representantes de entidades territoriales en septiembre de 2018 de que al menos 70.000 migrantes se dirigían al Suroeste antioqueño a trabajar en la cosecha del café, lo cual no fue comprobado ni ejecutado.

La situación de desprotección es tan probable que se han instalado albergues para ciudadanos venezolanos, como el que hubo en el barrio Prado Centro de Medellín. Incluso, las condiciones existenciales de cada migrante varían, según su estado migratorio sea regular o irregular. Esto se refleja sobre todo en el derecho al trabajo, la salud y la educación, por ahora garantizados y protegidos de forma parcial de acuerdo con la posibilidad de obtener un PEP (Permiso Especial de Permanencia) que les permite acceder al sistema contributivo o subsidiado y ser atendidos en urgencias en ciertos centros de salud.

Lo anterior, sumado a los obstáculos propios del sistema de salud y, en temas de educación, los cupos diferenciados para niños pertenecientes a esta población, que a 2018 ascendían a 1.000; son a veces insuficientes para la cantidad de niños que se encuentran en el territorio. (Quíceno-Ramírez, 2018; Zambrano-Benavides, 2018).

Muchas personas que se movilizan y se asientan en Colombia llegan a barrios con dinámicas y poblaciones relacionadas con el Conflicto Armado, en especial, víctimas del desplazamiento interno puesto que en general son barrios de máxima acogida y de viviendas favorables para las condiciones económicas de un recién llegado.

Al exponer estos retos se muestran las brechas comunes en las que se encuentran las poblaciones que hoy convergen en nuestro país. Siguiendo a Urbano-Reyes (2015) la población integrada y el inmigrado generan un proceso de cambios, sobre todo, respecto a las reconfiguraciones de grupos sociales y a las distintas luchas que se extienden en la búsqueda de la permanencia de los roles de dominio en los espacios. Estos actores deben ser pensados en clave de los beneficios que aporta la migración, la prioridad de los gobiernos en la incidencia en los procesos económicos y la visualización que se le da a ciertos actores o situaciones en la agenda pública. En resumen, la migración debe ser utilizada como un instrumento para diseñar estrategias de bienestar general (pp. 24, 133,134).

Conclusiones

Las normas no resuelven siempre el problema fundamental que es propio de los contextos sociales; a veces, las normas se encuentran fundidas en lo más escondido del ordenamiento jurídico y cumplen simplemente con una eficacia simbólica. Pero lo que sí se puede afirmar, es que las normas demuestran una voluntad del poder del Estado, que para el caso de estudio, señala poco o nulo interés por regular y concebir a Colombia como país un receptor de migrantes.

La poca decisión de regulación y el desconocimiento de la perdurabilidad del fenómeno ha impedido el análisis del proceso global de migraciones que vive el mundo y la responsabilidad de Colombia, especialmente bajo tres elementos importantes: estructuras sociales, prácticas habituales e instituciones. Este asunto se vuelve relevante cuando se encuentran en un acelerado crecimiento del rango y actores que intervienen en un Estado como Colombia, y se debe rediseñar el concepto de “local” a través de las dinámicas de los territorios y de la población inmigrante.

Este rediseño aplica cuando se hace referencia al desplazamiento interno así como a los flujos de inmigrantes que llegan al territorio, y concibe que algunas tradiciones provienen de factores hegemónicos de poder que siguen regidos por el concepto de soberanía absoluta que ya no correspon-

den a los modelos de Estado actuales⁸ (Sassen, 2007, págs. 19,22, 24) y que por tanto, es necesario un ajuste del modelo societario.

Se proponen entonces las siguientes iniciativas para crear una identidad confluida entre distintos fenómenos de movilidad que ayuden al desarrollo de los territorios:

- **Por la institucionalidad:** se debe buscar que las instituciones comuniquen sus diferentes acciones y formulen estrategias básicas que permitan políticas públicas duraderas y sostenibles, locales y nacionales; que no sean reaccionarias y ayuden al desarrollo. Para ello, el fortalecimiento de los territorios donde habitan los migrantes internos e inmigrantes es fundamental, debido a que los cambios primordiales se dan en ambientes garantistas de derechos y sobre todo, ante una labor de conciencia activa del ciudadano.
- **Acerca de las estructuras sociales:** se deben defender los vínculos o puentes entre poblaciones en situaciones de precariedad, ya que al compartir territorios e identificarse en su calidad de sujeto de protección especial, pueden crear, implementar y compartir iniciativas (productivas, artísticas, culturales, etc.) que le apunten al fortalecimiento del territorio y al desarrollo social económico del país.
- **En las prácticas habituales:** se debe procurar una cultura migratoria que permita entender al otro como mi igual, entender sus circunstancias vitales y solidarizarse con sus obstáculos para, de esa manera, gestar un proceso de transformación en los entornos que se habitan.

Referencias

- 4.000 desplazados en los barrios de Medellín. (9 de noviembre de 2010). Obtenido de Periodico El Tiempo: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4244245>
- Arago, J. (1985). Las "Leyes de las Migraciones" de EG Ravenstein, cien años después. *Reis*(32), 7-26.
- Arrieta Burgos, E. (2016). Ciudadanías en transición: las víctimas del entretanto. En E.

⁸ Esta autora se cita bajo una traducción libre.

- Arrieta Burgos (Ed.), *Conflicto armado, justicia y memoria. Derecho y transiciones hacia la paz* (Vol. II, págs. 57-114). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Asamblea General de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Pacto de San José*. San José, Costa Rica: Organización de Estados Americanos .
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (28 de julio de 1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: Suiza.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. *Resolución 45/158*, Nueva York: Naciones Unidas.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (30 de octubre de 2016). Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantés. *A/RES/71/1*. New York: Naciones Unidas.
- Bourdieu, P. (1999). El espacio para los puntos de vista. *Revista Propositiones*, 2-14.
- Butler, J. (2017). *Cuerpos Aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Barcelona : PAIDOS.
- Canales, A. I., & Zlolniski, C. (2001). Comunidades Transnacionales y Migración en la Era de la Globalización. En *Notas de Población* (págs. 221-252). Santiago de Chile: Cepal.
- Castles, S. (enero de 2010). Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. *Migración y desarrollo*, 8(15), 49-80. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992010000200002&lng=es&tlng=es.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (31 de diciembre de 2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazamientos internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (*OEA/Ser.L/V/II*). Washington D.C: Organización de Estados Americanos.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (13 de marzo de 2017). Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Declaración). (*E/C.12/2017/1*). Ginebra: Organización de Naciones Unidas.
- Congreso de la República . (26 de junio de 2003). Ley 812 de 2003. *Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.231.
- Congreso de la República. (10 de junio de 2011). Ley 1448. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.096.

- Congreso de la República. (30 de junio de 2011). Ley 1465 . *or la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones y se expiden normas para la protección de los colombianos en el exterior*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 48.116 .
- Congreso de la República. (29 de Junio de 2011). Ley 1465 de 2011. Bogotá.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (24 de agosto de 2009). CONPES 3603 . *Consejo Nacional de Política Económica y Social*. Bogotá D.C, Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de septiembre de 2003). Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. San José : Organización de Estados Americanos.
- Corte interamericana de Derechos Humanos. (19 de agosto de 2014). Opinión Consultiva OC-21/14. Serie A N° 21. *Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o Necesidad de Protección Internacional*. San José, Costa Rica: Organización de Estados Americanos.
- Department of Economic and Social Affairs. (2017). International Migration Report 2017 (Highlights) . Ner York: United Nations.
- Egea-Jiménez, C., & Soledad-Suescún, J. I. (mayo/agosto de 2008). Migraciones y conflictos. El desplazamiento interno en Colombia. *Convergencia*, 15(47), 207-235.
- Giménez , G. (2001). Cultura, territorio y migraciones. Aproximaciones teóricas. *Alteridades*, 11(22), 5-14.
- Hernández-Muñoz, I., & Molina y Vedia-Del Castillo, S. (2016). Crisis y migración: redes y estrategias de los migrantes ante la crisis global. En *Crisis y migración: estrategias de los migrantes ante el cambio global* (págs. 15-43). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kalmanovitz, S. (2015). *Breve Historia Económica de Colombia*. Bogotá D.C: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Keeley, B. (2012). *Migración Internacional. El lado humano de la globalización*. Cuidad de México: OECD Publishing-Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (s.f.). *Migración Colombia*. Recuperado el 30 de Mayo de 2016, de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/>
- Montañez-Gómez, G., & Delgado-Mahecha, O. (1998). Espacio, territorio y región: espacios básicos para un proyecto nacional. *Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía*, 7(12), 120-134.
- Naranjo-Giraldo , G. (2001). El desplazamiento forzado en Colombia, reinención de la identidad e implicaciones en las culturas locales y nacional. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 5, 37.
- Naranjo-Giraldo, G. (2015). El nexa migración-desplazamiento-asilo en el orden fronterizo de las cosas. Una propuesta analítica. *Estudios Políticos*(47), 265-284.

- Naranjo-Giraldo, G., & Hurtado-Galeano, D. (2002). El derecho a la ciudad. Migrantes y desplazados en las ciudades colombianas. *Desde la Región*, 4-15.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006). *Derecho Internacional sobre Migración. Glosario sobre Migración*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
- Organización Internacional para las Migraciones. (30 de septiembre de 2018). OIM. Obtenido de ¿Quién es un migrante?: <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>
- Organización internacional para las migraciones. (s.f.). OIM. Recuperado el 3 de junio de 2016, de <http://www.oim.org.co/sobre-migracion/2-uncategorised/2445-licitacion-416-de-2012-cm-205-fabricacion-suministro-y-transporte-de-mobiliario-escolar.html>
- Ospina-Zapata, G. (29 de noviembre de 2018). ¿Cuántos Desplazados hay en Medellín? Obtenido de El Colombiano: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/seguridad/alcalde-gutierrez-hizo-balance-de-desplazados-en-medellin-KY9735369>
- Palacios Sanabria, M. T. (2012). El sistema colombiano de migraciones a la luz del derecho internacional de los derechos humanos: la Ley 1465 de 2011 y sus antecedentes normativos. *Opinión jurídica*, 83-101.
- Perez-Martínez, M. E. (2004). La conformación territorial en Colombia: entre el conflicto, el desarrollo y el destierro. *Cuadernos de Desarrollo Rural*(51), 61-90.
- Quiceno-Ramírez, J. C. (31 de enero de 2018). *Venezolanos, sus condiciones actuales y su impacto en Medellín*. Obtenido de Periodico El Mundo: <https://www.elmundo.com/noticia/Venezolanos-sus-condiciones-actuales-y-su-impacto-en-Medellin/366434>
- Ramírez H, C., & Mendoza S, L. (2013). *Perfil Migratorio de Colombia 2012*. Bogotá: OIM - Colombia.
- Red de Información. Reporte General*. (2019 de enero de 2019). Obtenido de Unidad de Víctimas: <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General>
- Sanchez-Mojica, B. E. (2018). Refugiados Colombianos ante la firma de la paz en Colombia ¿un retorno no deseado? En *Entre la guerra y la paz: los lugares de la diáspora colombiana* (págs. 41-75). Bogotá D.C: Universidad de los Andes.
- Sassen, S. (2007). *Sociology of Globalization*. New York: Norton & Company.
- Sentencia C-1189, Expediente D-7368 (Corte Constitucional, Sala Plena, Manuel José Cepeda Espinosa 3 de diciembre de 2008).
- Sentencia SU-677, Expediente T-5.860.548 (Corte Constitucional, Sala Plena, MS Gloria Stella Ortiz Delgado 15 de Noviembre de 2017).

- Sentencia T-025, expediente T-653010 y acumulados (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 22 de enero de 2004).
- Soledad-Suescún, J. I. (2007-2). Las migraciones forzadas: el desplazamiento interno en Colombia. *Cuadernos Geográficos*, 41, 173-189.
- Spíndola-Zago, O. (septiembre-diciembre de 2016). Espacio, territorio y territorialidad: una aproximación teórica a la frontera. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Año LXI(Nueva Época), 27-56.
- Urbano-Reyes, J. (2015). *Migración internacional en el siglo XXI. Cuatro debates sobre un fenómeno constante en cambio*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.
- Van der Weide, R., Cojocar, A., Lakner, C., Redaelli, S., Gerszon Mahler, D., Gupta N. Ramasubba, R., & Thewissen, S. (2018). *Fair Progress? Economic Mobility across Generations around the World*. Washington, DC: The World Bank.
- Zambrano-Benavides, D. (17 de septiembre de 2018). *¿En qué trabajan los venezolanos que llegan a Medellín?* Obtenido de El Colombiano: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/venezolanos-en-medellin-antioquia-HF9340696>



Universidad
Pontificia
Bolivariana

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto. La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos. Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565 o vía correo electrónico a editorial@upb.edu.co Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación, su nombre, correo electrónico y número telefónico.

Este libro “Sujetos de especial protección” es el resultado de la investigación titulada Sujetos y grupos de especial protección en Colombia, por medio del cual se estudia el problema principal del Estado sobre el incumplimiento constitucional del tratamiento justo y eficaz que merecen todos los sujetos de especial protección en el orden social y jurídico colombiano.

El texto tiene como objetivo principal examinar la eficacia de la protección constitucional, a partir de la investigación sociojurídica de tres grupos especiales: los habitantes de calle, los niños y los migrantes. Los hallazgos de la investigación se presentan en los siguientes capítulos:

El primer capítulo, “la ineficacia de la tutela para la protección de los habitantes de calle de Medellín”, investiga el papel de la administración de justicia en Colombia como garante de la aplicación efectiva de la protección de estos sujetos a través de la acción de tutela y descubre el rol pasivo del juez de Medellín y de la Corte Constitucional para hacer cumplir este derecho.

El segundo capítulo, “Derecho del niño a ser escuchado: propuesta de aplicación en procesos de adopción en Colombia”, estudia a la administración de justicia y a la administración pública como responsables de asegurar la protección real del niño por medio de un debido proceso judicial y administrativo que reconozca la voz del menor en las decisiones que los afectan. Sin embargo, la aplicación discrecional de este derecho en la práctica ha desembocado en el incumplimiento de esta protección especial.

El tercer capítulo, “La movilidad como elemento común para la construcción de territorio: el desplazamiento forzado y la migración en Colombia”, analiza el ensanchamiento de la identidad de los migrantes hacia nuevas identidades mixtas que modifican el concepto de territorio y de ciudadanía y que reclaman su reconocimiento para la garantía de su protección especial. No obstante, el trabajo descubre que existe una mirada reduccionista del Estado bajo la concepción tradicional de estos sujetos que excluye a los nuevos migrantes y que constituye la fuente principal de su desprotección.

En suma, el libro contribuye al debate fundamental de la justicia para los sujetos y grupos de especial protección en Colombia, como un intento por evaluar la materialización de sus derechos y garantías en el contexto social, a partir de los instrumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales disponibles en la materia y su aplicación real por las autoridades administrativas y judiciales. Para ello, combina el estudio de la teoría y la práctica desde una perspectiva sociojurídica crítica y ofrece aportes novedosos en los casos concretos analizados. Por esta razón, el texto “Sujetos de especial protección” resulta de gran interés para la ciencia del derecho, los operadores jurídicos, los jueces, las autoridades públicas, los investigadores, estudiantes y ciudadanos interesados en la cuestión.
