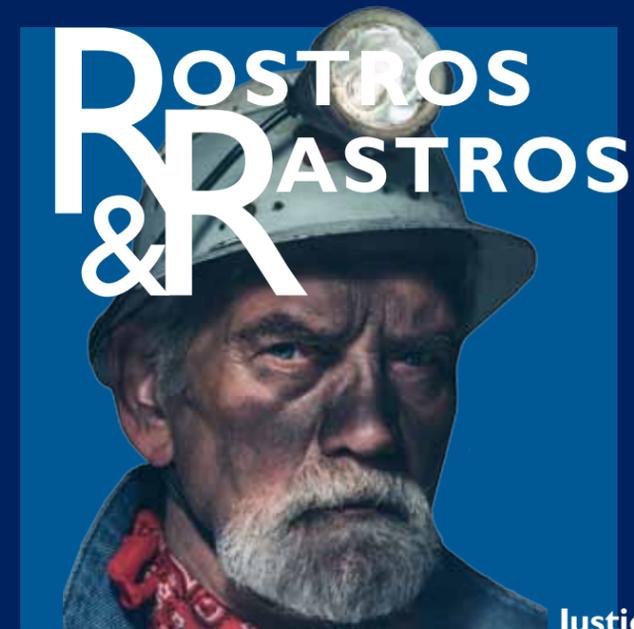


SUMARIO

- ENSAYO 4 Antropología jurídica, una mirada crítica de la jurisdicción indígena en Colombia.
CAMILO ALFONSO DELGADO D.
- INVESTIGACIÓN 12 “En el fondo, todo es más oscuro”. *Calidad de vida de los mineros de carbón.*
DANIEL FERNANDO BOCANEGRA B.
- INVESTIGACIÓN 23 Evaluación y perspectivas de la política pública frente a la atención al consumo de sustancias psicoactivas en Colombia
SANDRA ROJAS BARRERO.
JAIRO BETANCOURT MALDONADO.
PIEDAD MEJÍA RODRÍGUEZ
ÁLVARO WILSON MEJÍA RAMÍREZ
- INVESTIGACIÓN 34 Mediación familiar: una alternativa para las comisarías de familia de Colombia.
SANDRA PATRICIA PARRA DIONICIO
- INVESTIGACIÓN 47 Influencia de las regalías en el desarrollo socioeconómico de las poblaciones mineras en páramo
FRANK ERASMO PULGARÍN V.
- ENSAYO 55 Ensayo teórico: El “deber ser” del acto social, poder-norma-cotidianidad
LEONARDO VALENCIA E.
- INVESTIGACIÓN 67 Estado de cosas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do brasil e da colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes
VANESSA MONTERROZA
IGOR DE LAZARI
CARLOS BOLANHA



Justicia, comunidad y responsabilidad social

REVISTA DEL OBSERVATORIO DE DD HH DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO - IEMP



POLÍTICA PÚBLICA Y REINTEGRACIÓN; CONTROL SOCIAL; SISTEMA CARCELARIO; CONSTRUCCIÓN DE MEMORIA; JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES; REVICTIMIZACIÓN JUDICIAL; FLAGRANCIA Y LEY 906-2004.



Dra. Marta Isabel Castañeda Curvelo
Procuradora General de la Nación

Dra. María Consuelo Cruz
Viceprocuradora General de la Nación

Dr. Christian José Mora Padilla
Director Instituto de Estudios del Ministerio Público



ROSTROS & RASTROS
Justicia, comunidad y responsabilidad social

Revista del Observatorio de DD. HH. del
instituto de Estudios del Ministerio Público

Año 8 / N° 16 / Enero-Julio de 2016
Publicación semestral

Director
Miguel Álvarez-Correa Guayader

Editor
Instituto de Estudios del Ministerio Público
Carrera 5 N° 15 -80 P 16
Bogotá, D. C., Colombia
PBX (l) 587 87 50 Exts. 11621

Coordinación Editorial
Gary Hernández Guerrero

Diseño de portada y diagramación
Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión
Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia, Julio de 2016

Escribenos sus comentarios a:
rostrosyastros@procuraduria.gov.co

Los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad
de sus autores y no comprometen al instituto de Estudios
del Ministerio Público

ISSN: 2027-3029

ROSTROS & RASTROS

Comité editorial

Neill Felipe Cubides Ariza
(Colombia) Ingeniero Financiero
Especialista en Diseño de Soluciones
Financieras Magíster en Administración
Dirección Nacional de Investigaciones
Especiales Procuraduría General de la Nación.
ncubides@procuraduria.gov.co

E. Miguel Álvarez-Correa Guayader
(Colombia) Antropología con formación
en Derecho, Minor's en Economía,
Especialización en Derecho de Menores,
Maestría en Psicología, Coordinador
Observatorio de SPA y del SRPA del
Instituto de Estudios del Ministerio Público,
Procuraduría General de la Nación.
cmiguel.a@gmail.com

Luis Enrique Martínez Ballén
(Colombia) Sociólogo Especialista
en Derecho del Potencial Humano
Jefe de División de Investigaciones
Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos
del Instituto de Estudios del Ministerio
Público, Procuraduría General de la Nación.
lmartinezb@procuraduria.gov.co

Arturo Ronderos Salgado
(Colombia) Abogado Especializado
en Derecho Público y en Derecho
Disciplinario Jefe de División de
Capacitación Instituto de Estudios del
Ministerio Público, Procuraduría General
de la Nación.
aronderos@procuraduria.gov.co

Omar Vivas Cortés
(Colombia) Administrador Público
Magíster en Estudios Políticos, Estudiante
Doctorado en Estudios Políticos.
Investigador División de Investigaciones
Socioeconómicas y Asuntos Sociopolíticos
del Instituto de Estudios del Ministerio
Público, Procuraduría General de la Nación.
oavivasc@procuraduria.gov.co

Rafael de Jesús Bautista Mena
(República Dominicana) Físico, Doctorado
en Física, Doctorado en Administración
Pública Universidad de los Andes.
rbautist@uniandes.edu.co

Wálter Rafael Azula Trajano
(Colombia) Sociólogo Magíster en
Sociología de la Educación. Universidad
Distrital. Investigación IEMP.
walter.azula@gmail.com

Comité de Árbitros

E. Miguel Álvarez-Correa Guayader
(Colombia) Antropología con formación
en Derecho, Minor's en Economía,
Especialización en Derecho de Menores,
Maestría en Psicología, Coordinador
Observatorio de SPA y del SRPA del
Instituto de Estudios del Ministerio Público,
Procuraduría General de la Nación.
cmiguel.a@gmail.com

Darío Castillo Sandoval
Economista, Magíster en Desarrollo Rural
Docente e investigador Universidad
Javeriana, Facultades de Estudios Ambientales
y Rurales
dariocastillo@gmail.com

César Sánchez Álvarez
Trabajador Social, Economista, Magíster en
Cooperación al Desarrollo y Doctorado
en Economía Social. Universidad de Castilla
y Universidad de Valencia
csa.puj@gmail.com

Humberto José Silva Nigrinis
(Colombia) Abogado Master of Public
Management. Asesor Procuraduría Delegada
para la Defensa de los Derechos de la
Infancia, la Adolescencia y la Familia.
hjsilva@procuraduria.gov.co

Mónica Vega Solano
(Colombia) Comunicadora Social-
Periodista. Especialista en televisión
con énfasis en documentales. Asesora
Instituto de Estudios del Ministerio Público,
Procuraduría General de la Nación.
mvega@procuraduria.gov.co

Gabriel Mora Restrepo
(Colombia) Abogado, Doctorado por
la Universidad Austral, Buenos Aires,
Argentina. Estudios avanzados en Filosofía
Jurídica: University of Notre Dame,
Indiana, USA Director Maestría Derecho
Constitucional Universidad de la Sabana
gabriel.mora@unisabana.edu.co

Adriana Otálora Buitrago
(Colombia) Economista y politóloga,
Magíster en Educación y Desarrollo
Humano, Doctorado en Estudios Políticos.
Docente Universidad de la Salle y Colegio
Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Editora de la Revista Equidad y Desarrollo
Indexada Categoría Colciencias.
adrianaotalora@gmail.com

En esta edición

INVESTIGACIÓN

- 4 *Una estrategia para cautivar a las generaciones de la era de lo intangible*
GARY HERNÁNDEZ GUERRERO

INVESTIGACIÓN

- 9 *Interbolsa: otro caso de iliquidez e ilegalidad en el mercado de valores colombiano*
LUIS NELSON BELTRÁN MORA Y DANILO LINEROS

ENSAYO

- 18 *Competencia parental, más allá de una preferencia sexual*
DIANA CAROLINA OYUELA G.
SANDRA PARRA D.

RESEÑA

- 23 *Las personas colectivas como miembros de las empresas de economía social y solidaria*
ALBERTO GARCÍA M.

INVESTIGACIÓN

- 35 *Nueva gestión pública y accountability social*
El nuevo gerente público y el ciudadano, dos pilares en la lucha contra la corrupción
HUMBERTO JOSÉ SILVA N

INVESTIGACIÓN

- 42 *Resolver o soportar, el dilema de la salud mental de quienes atienden la violencia sexual*
DANIEL F. BOCANEGRA B

ENSAYO

- 52 *Hacia una nueva paideia*
SANDRO LEONARDO MUNÉVAR V

Presentación

“Uno de los defectos de la educación superior moderna es que hace demasiado énfasis en el aprendizaje de ciertas especialidades, y demasiado poco en un ensanchamiento de la mente y el corazón por medio de un análisis imparcial del mundo” (Bertrand Russell).

La realidad colombiana evidencia claramente el insuficiente apoyo que el Estado colombiano le brinda al desarrollo de investigaciones, generadoras de conocimientos para el beneficio de nuestras comunidades.

Las medidas porcentuales de las inversiones en esa materia con respecto al producto interno bruto nacional, año tras año, son bajas, inclusive con respecto a la mayoría de las demás naciones hermanas latinoamericanas. Dicho abandono resulta ser más evidente en el área de las ciencias sociales o ciencias humanas, para el beneficio relativo de las llamadas “*ciencias exactas*”.

Ese contexto no solamente involucra el financiamiento de proyectos de investigación, sino también el apoyo para la divulgación de sus respectivos resultados por medio de publicaciones, materializado a través de libros o de revistas, en físico o por vía electrónica.

Bajo esta premisa, no es solamente determinante poner mínimos de calidad de los trabajos generados, sino también resaltar la importancia de no reducir estos esfuerzos a un círculo limitado de *expertos* y de facilitar su acceso a un círculo más amplio de personas, impulsando de esta manera su divulgación. Cada vez es mayor la *profesionalización* de estos medios, con el argumento de que debemos asociarnos a la globalización científica, que pierde validez en la medida en que son muchos los mecanismos que pueden impulsarse para hacer circular el conocimiento, sin que ello tenga que pasar forzosamente por filtros excluyentes distintos al de la calidad.

Por estos motivos, la revista *Rostros & Rastros*, más allá de cualquier aspecto, procura comunicarse con su público por medio de un lenguaje accesible para la mayoría, permitiendo de este modo la ampliación del debate en el cual la premisa debe ser su practicidad, su aplicabilidad, su utilidad, más allá de cualquier consideración.

A todos, bienvenidos.

Miguel Álvarez-Correa G.

Director revista *Rostros & Rastros*

Antropología jurídica, una mirada crítica de la jurisdicción indígena en colombia

Recibido: 29 de abril de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTOR: CAMILO ALFONSO DELGADO D.¹

Introducción

Cuando hablamos del estudio sistemático y comparado de los mecanismos jurídicos creados en la Constitución de 1991, los cuales reconocen y confieren la autonomía de las sociedades no occidentales³ bajo el precepto de la autodeterminación de los pueblos indígenas⁴; cuando hacemos uso del método comparativo de la sociología en combinación con el método etnográfico, ya sea en los análisis culturales o en los estudios de derecho comparado; cuando tratamos de comprender una escala evolutiva de los sistemas jurídicos en las diferentes épocas de la historia y en las civilizaciones, decimos que nos adentramos en los dominios conceptuales de la antropología jurídica, llamada por el alemán H. Post como jurisprudencia etnológica⁵. Además, es uno de los pioneros en esta subdisciplina de la antropología social o cultural del siglo XIX.

Esta ciencia se especializa en el campo del derecho comparado como campo social de conflictos y de luchas y en el derecho como mecanismo de control social en cuanto al derecho y a la ideología. Esta división pertenece a la manera en que trabaja la antropología en general: empieza con el estudio de los conflictos y termina con el de la ideología (Krotz, 2002).

¹ Camilo Alfonso Delgado Díaz, antropólogo titulado Universidad de Caldas, investigador en semillero de investigación en contratación estatal de la misma universidad, diplomado en conciliación extrajudicial de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: camilo5555@gmail.com.

³ Llamadas así por no pertenecer al sistema de representación de la cultura occidental, pero tendiente a la hibridación cultural en contextos de la contemporaneidad.

⁴ Ley 21 de 1991. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Diario Oficial 40658, de 9 de noviembre de 1992.

⁵ René Kuppe y Richard Potz, *La antropología del derecho: perspectivas de su pasado presente y futuro* (1999)

ENSAYO

Resumen

¿Qué es la antropología jurídica? ¿Cuáles son su objeto y sus elementos de estudio? ¿Cuál ha sido su evolución histórica? ¿Cuáles características nos brindan una mirada crítica de la jurisdicción indígena en Colombia? Estas preguntas conforman algunos de los ítems que desarrollaremos en las siguientes líneas, con el ánimo de proporcionar al lector diferentes puntos de vista reflexivos. Se hará partiendo desde la interdisciplinariedad de los estudios antropológicos en Derecho y los desarrollos teóricos en el entendimiento de las prácticas socioculturales logrado por los estudios etnográficos de las ciencias sociales. Asimismo, se hace una revisión diagnóstica y reflexiva acerca de la manera como las comunidades indígenas sortean las prácticas jurídicas² en su encuentro con la modernidad y la contemporaneidad.

Palabras clave

Antropología jurídica, normas, prácticas jurídicas, sistema estatal de justicia.

² Se entiende por la acción jurídica aquella facultad que se tiene de activar el aparato estatal de justicia.

Sin embargo, la antropología jurídica puede entenderse de dos maneras⁶: la primera de ellas corresponde a la visión estructural de un modelo clásico desde donde se aborda un objeto o campo social distinguible, particularizable, individualizable. Estamos aquí bajo la perspectiva de la esfera o campo de lo jurídico; la segunda forma corresponde a una perspectiva específica elaborada o construida para la captación, apreciación, percepción de un campo de la realidad que permite a los individuos de una colectividad o de grupo social ejercer esquemas de acción que les permiten estar inmersos en la praxis, en sus realidades específicas y fácticas.

En otras palabras, desde esta segunda perspectiva, que aquí llamaremos el modelo específico, se entiende que lo jurídico es apenas una especificidad, una particularidad del universo del mundo social de un grupo, por lo que sus alcances parten del mundo de los sistemas de justicia de una comunidad y se orientan en pos de la explicación de los demás órdenes de prácticas socioculturales; estos incluyen las prácticas económicas y agrícolas, del ocio, de la diversión y del esparcimiento y de los demás tipos de praxis.

Asimismo, desde estas dos perspectivas teóricas como elementos transversalizantes de nuestro análisis, damos paso a determinar los orígenes y antecedentes históricos de la institución jurídica del resguardo, correspondiente a la época colonial, la cual ha perdurado en el tiempo hasta lograr ser parte fundamental de los logros obtenidos por las comunidades indígenas con respecto a la autonomía de sus propias instituciones jurídicas, también de la tensión librada entre las prácticas de medicina occidental y la tradicional ejercida por estas comunidades y sus ancestros.

Antecedentes y orígenes

Es conocido actualmente gracias a los estudios sociocientíficos del derecho y a las revisiones documentales de los archivos de Indias tanto en el viejo como en el Nuevo Mundo que los mecanismos de protección de las comunidades indígenas fueron originalmente emanados por la propia corte del rey.

⁶ En este punto hago una interpretación de las dos maneras descritas por Krotz acerca del enfoque de la antropología jurídica y las relaciones con las teorías del estructuralismo de Bourdieu respecto a los hábitos como mecanismos generadores de la práctica.

ENSAYO

Résumé

Qu'est-ce que l'anthropologie juridique? Quel est son objet ou son élément d'étude? Quelle a été son évolution historique? Quelles sont les caractéristiques qui puissent nous donner une vision critique de la juridiction indigène en Colombie? Ces questions constituent quelques-uns des éléments qui vont se développer dans les lignes suivantes, dans le but de fournir au lecteur des différents points de vue réflexif. On va commencer à partir des études anthropologiques interdisciplinaires en droit et des développements théoriques dans la compréhension des pratiques socio-culturelles réalisées par des études ethnographiques des sciences sociales. De même, on fait un diagnostic et des réflexions sur la façon de comment les communautés autochtones gèrent les pratiques juridiques dans leur rencontre avec la modernité et la contemporanéité.

Mots clés

Anthropologie juridique, règles, pratiques juridiques, système de justice de l'État.

El resguardo es un elemento legal y político de la época de la colonia española⁷ en suelo americano dispuesto por el reconocimiento del territorio de una comunidad; esto se efectuaba en el papel con título de propiedad inalienable, comunitaria, con autonomía de sus prácticas tradicionales, sobre todo en medicina; además, en lo concerniente a sus instituciones jurídicas o de justicia tradicional. El resguardo fue sostenido en Colombia una vez se dio el proceso de independencia, como un mecanismo de “conservación”⁸ de los pueblos amerindios.

Recordemos que en el momento de la ocupación española, el patrón fue otro, con constante agresiones y maltratos contra los indígenas.

No obstante, lo que nos atañe en esta ocasión está relacionado directamente con estas condiciones sociales bajo las cuales se configuró el derecho de propiedad en las Indias coloniales españolas, más específicamente en la Nueva Granada, debido a que las condiciones estructurales que dieron lugar a la configuración y

reconfiguración de la jurisdicción especial indígena son las mismas condiciones que forjaron lo que podemos llamar el surgimiento de la unidad nacional, porque brindaron un marco de acción a través del cual se conservó la diversidad étnica y cultural de algunos pueblos indígenas que hubieran desaparecido de no haber sido creada las instituciones del resguardo y del cabildo.

Modelo clásico positivista exegetico

Esta postura rígida de la teoría general del derecho se basa en los estudios centrados en la normatividad, en la positivización de la regla de conducta al mejor estilo de la corriente iuspositivista de Kelsen y de los estudios sobre evolucionismo, los cuales corroboran la idea de un esquema muy rígido que solo sustancia sus alcances bajo la capa integradora de la exégesis y de la dogmática taxativa y expresa en el derecho positivo⁹.

Del mismo modo, para una aproximación al resguardo en Colombia desde el marco normativo estatal y reconociéndolo como una institución jurídica postergada en el tiempo y el espacio social, es necesario determinar los órdenes jerárquicos de las leyes e iniciar el análisis partiendo de una prelación normativa

constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico. Este análisis marca desde el inicio una tendencia clara de reflexión en el sentido de que se vislumbra una asimilación de la jurisdicción especial indígena (JEI) en términos de las leyes ordinarias del Estado colombiano y no viceversa. Esto da lugar a la concepción de la subordinación latente de las instituciones indígenas frente al Estado colombiano¹⁰.

Por lo tanto, hablaré de una precisión que creo necesaria para advertir que las comunidades indígenas están intrínsecas en el concepto de grupos étnicos; también podemos nombrar aquí a las comunidades afrodescendientes, a veces mal llamadas ‘negritudes’, término provisto de una intencionalidad despectiva por ciertos sectores excluyentes y discriminadores de la sociedad nacional.

Desde esta perspectiva, el orden constitucional imprime un punto fijo de engranaje entre el mundo exótico y minoritario de lo indígena frente a la mayoría o al grueso de la población del país al brindar un marco legal de protección y defensa a las comunidades étnicas y a los grupos indígenas.

7 Por supuesto que se constituye desde esta etapa de la historia de nuestro país, lo que nos permite pensar en el resguardo como un ente de conservación, aunque paulatinamente se puede ver por oposición como una institución de coerción y control de los ‘pueblos’ indígenas.

8 A juicio de la Antropóloga Claudia Alexandra Duque (2014), un interesante concepto, especialmente por los efectos que aún hoy son visibles. Esto posibilita una serie de lecturas desde el punto de vista sociopolítico.

9 Aquel que está escrito y vigente; también incluye el derogado, puesto que aún no ha salido del texto como tal.

10 En su concepto (Duque, 2014) “En cuanto a la normativa y la manera como estos sujetos de derecho buscan ser reconocidos, se refieren a ‘pueblos’ y no a comunidades. Este es un elemento significativo en la reflexión que se propone. Igualmente, el hecho de llamarlos de manera genérica ‘indígenas’”.

Modelo específico hermenéutico

Este modelo es derivado de la interpretación; la perspectiva investigativa se origina desde el punto de vista del observador, inmerso en el análisis del ámbito sociocultural de la población que se pretende indagar. Este nivel metodológico no solo se tiene en cuenta en la investigación como *cuerpo normativo de derecho positivizado*¹¹, sino además por las razones o circunstancias que generan, producen, originan o construyen las prácticas de los *habitus*, su historia y desenvolvimiento tanto en el tiempo como en el espacio social.

Es un modelo que pretende contextualizar la norma junto con unas realidades culturales específicas ya sea indagando en el sentido de la pregunta qué la origina o yendo hacia la comprensión de los procesos estructurantes de las prácticas prescritas por la ley. Volvamos a la jurisdicción indígena, un tema interesante en el ámbito del derecho así como en la antropología que trataré de desarrollar (si los dos modelos lo permiten), ya que es la propiedad de las comunidades indígenas, porque mi propuesta gira en torno al análisis reflexivo implementado desde la fusión

11 Aquí debe advertirse la idea del surgimiento de la norma, a través de mecanismos y órganos legitimados y efectivamente facultados por la misma ley. En las sociedades 'no occidentalizadas' atiende a la idea de la tradición oral como transmisora y protectora del castigo.

de la teoría del estructural constructivista propuesta por Bourdieu, así como con los aportes conceptuales y precisiones metodológicas de Krotz.

Preguntas de reflexión o hipótesis

Nuestra manera de ver y leer el mundo circundante determina los resultados obtenidos frente a la pregunta de esta investigación. Esta perspectiva está en concordancia con las corrientes de la escuela hermenéutica; partiendo de esta premisa, el gran interrogante frente a la propiedad de las comunidades indígenas estará encaminado por el sendero conceptual de manera inherente o el paradigma que aquí utilizamos, que corresponde al marco metodológico propuesto para el estudio desde una antropología jurídica descrito por Esteban Kotz Keberle¹².

La pregunta que nos hacemos es: *¿Realmente es autónoma la jurisdicción indígena en Colombia?* De esta se deriva un *pool* de preguntas para indagar en la hipótesis que aquí pretendemos sostener que versa acerca de la afirmación la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia es una condición de subordinación a los actores

12 Profesor e investigador titular del Departamento de Antropología de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa desde el año 1976.

armados (guerrillas, grupos paramilitares, delincuencia organizada) que se disputan el poder de sus territorios, debido a la ineficacia jurisdiccional de este estado fallido¹³. La autonomía es concedida desde el orden estatal, pero también es alterada por la disputa del uso legítimo de la fuerza al que es abocado el Gobierno de turno para defender la institucionalidad.

A continuación se exponen otros interrogantes que nos planteamos, los cuales reivindican los procesos de inclusión el respeto, defensa, protección y salvaguarda de la dignidad indígena. ¿Qué tipos de aplicación deberían tener las normas vigentes y derogadas del ordenamiento jurídico (derecho positivo) con respecto a las realidades socioculturales fácticas de los pueblos indígenas colombianos en la contemporaneidad? Realidades como el estar expuestos a la expropiación de su territorio por *leguleyadas* injustas que permiten la enajenación de su propiedad colectiva o ni qué hablar de la inseguridad y la matanza de los líderes comunales que luchan por sus derechos.

I. Análisis y desarrollo de contenidos

Para dar inicio a este análisis crítico y reflexivo, partiremos

13 Chomsky, Noam. Estados fallidos, 2007. Ediciones B Grupo Zeta.

de la postura de Vera¹⁴, quien advierte cómo ha ocurrido un proceso de cooptación de las entidades indígenas a la cultura occidental estatalizada, lo que les ha imprimido un constreñimiento que pone en entredicho su real autonomía.

En consecuencia, el discurso legal debería estar articulado plenamente con las prácticas sociales de los grupos indígenas¹⁵. La jurisprudencia de las altas cortes, en especial la de la Corte Constitucional, nos dice que efectivamente hay mecanismos de protección de la jurisdicción especial indígena, dentro de los cuales se le otorga el derecho al libre desarrollo de asociaciones nativas propias de su cultura en cuanto a la justicia y a la medicina tradicional de los pueblos a los que se les extiende el régimen especial.

En cuanto al tema de la inmersión de los discursos de la diversidad y el multiculturalismo dentro de la Constitución de 1991, es evidente un cambio drástico con respecto a la Carta Magna de 1886 sobre el reconocimiento de esa autonomía institucional indígena. Desde ese entonces en Colombia se establece un orden de primacía constitucional con respecto a todo el aparataje

14 Juan Pablo Vera es profesor asistente del Departamento de Antropología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

15 En el sentido de que hasta la actualidad consideramos que se ha orientado en un reconocimiento superficial antes que un proceso de profundas raíces.

pertinente para la plena protección de las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional; en este sentido, estamos de acuerdo con que ese discurso es de origen estatal y, por lo tanto, impone sus condiciones culturales a los grupos indígenas al asimilar su cultura en términos occidentales. El multiculturalismo pareciera entonces una excusa para tener bajo el control y dominio legal lo correspondiente a la JEI, por medio de un reconocimiento expreso en la ley¹⁶.

Sin embargo, el profesor Vera habla acerca de la progresiva burocratización de los grupos indígenas en Colombia; al respecto, hacemos énfasis en la distinción que se debería tener en cuenta cuando se trata el tema indígena desde esta perspectiva. Sí, por una parte, es cierto que la burocracia administrativa aún tiene al país inmerso en una tensión entre el federalismo, reclamado por las regiones frente a su representación política en el Congreso, específicamente en la Cámara de Representantes, que es el órgano de elección popular por circunscripción regional (los departamentos), y, por otro lado, el centralismo, ejercido por el Gobierno desde la capital de la república.

16 Ver la ley 21/91 o declaración de la ONU de los derechos de los pueblos indígenas, se corresponde con el Convenio 169 de la OIT de 1989.

Estos dos elementos de análisis bajo estos términos serían las dicotomías y contradicciones del sistema estatal respecto a la JEI; por un lado, les da beneficios económicos en materia de su protección, pero las deja expuestas al arbitrio y abuso de los grupos al margen del Estado, los cuales les disputan el uso legítimo de la propiedad¹⁷. Otro punto de importancia es el hecho de la objetivación del derecho nativo en procesos de inclusión al sistema estatal (por ejemplo, en aquellos procesos en los cuales de un sistema oral de derecho tradicional se pasa a su positivización por parte de abogados profesionales de origen en las mismas comunidades).

Al respecto de los derechos de los pueblos indígenas la Corte ha dicho lo siguiente:

La Constitución señaló como un deber estatal el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, correspondiéndole garantizar la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, lo cual se complementa con la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores

17 Visión desde un punto de vista racional con respecto a fines expuesta por Max Weber en *Economía y sociedad*.

y el reconocimiento de que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. Asimismo, consagró que las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. De igual modo, les otorga el carácter de nacionales colombianos por adopción a los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos y, en términos de participación política, confiere por derecho propio dos curules en el Senado de la República en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas y un escaño a la Cámara de Representantes, por circunscripción nacional especial¹⁸.

De esta manera, los procesos de articulación de los grupos indígenas al derecho en Colombia han sido forjados con base en la construcción histórica tanto del ordenamiento jurídico del Estado como del desarrollo económico que este ha presentado; la recuperación de los saberes tradicionales en medicina y en leyes nativas ha sido también puesta en marcha

desde el Constituyente del 91, mientras que la antropología jurídica tradicional (Naeder, 1968)¹⁹ observa estos contextos como sistemas de control social derivados de sistemas más amplios y complejos que pueden ser vistos a través de múltiples interrelaciones de los sistemas políticos o de las creencias.

Desde luego, varios han sido los enfoques analíticos que se han aplicado en el caso colombiano, en especial los estudios sobre el proceso de cooptación (Vera, 2011). Así como las comunidades indígenas a través del lenguaje junto al pluralismo jurídico débil (Griffiths 1986)²⁰ son algunos de los temas que se han trabajado en el país respecto a la investigación de la antropología, la revisión del Código de Minas o Ley 1382 de 2010 desde un modelo positivista clásico exegético deja expuesto el discurso en el futuro desarrollo particular de las condiciones legales taxativas bajo las cuales se reglamentan las concesiones del territorio indígena para la explotación de recursos mineros. El artículo 28 de la Ley 1383 de 2010 mantiene la protección a estos territorios: “Artículo 28. Las disposiciones de la presente ley no modifican ni derogan las garantías y derechos consagrados en la

Ley 70 de 1993 y en el Código de Minas a favor de los grupos étnicos (comunidades negras e indígenas) y de sus zonas mineras”.

Aún así, allí claramente entran ya en la definición los grupos étnicos que para el legislador solo son las comunidades negras e indígenas; nuestra pregunta reflexiva es: ¿Acaso otras comunidades como los gitanos no son también merecedores de protección? El interrogante se resuelve mediante el Decreto 2957 de 2010; en este, el presidente de la república otorga estos derechos tras mucho tiempo de lucha. Colombia ha reconocido que los gitanos tienen una identidad propia y mantienen una conciencia étnica particular. Además, el Ministerio de Cultura ha asegurado en un comunicado que pondrá en marcha los mecanismos necesarios para proteger y promover las prácticas tradicionales de la población gitana y ayudará a proteger su cultura.

Lo mismo ocurre con las comunidades afrodescendientes, las cuales obtuvieron el beneficio del reconocimiento constitucional gracias a que los constituyentes indígenas los incluyeron en el siguiente artículo:

Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de

19 Vera, Juan P. “Multiculturalismo, etnografía y Estado. Retóricas del derecho y jurisprudencia indígena en los márgenes del Estado”. En Chaves, Margarita. *Indígenas afrodescendientes, la multiculturalidad estatalizada y configuraciones del Estado*. ICANH, 2011.

20 *Op. cit.*

18 Corte constitucional, sentencia T-601/11.

la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida solo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2°. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere

expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley²¹.

Para concluir, en este punto debemos hacer explícito que Colombia está adscrita al Convenio 169 de 1989, proferido por la OIT, el cual entra por bloque de constitucionalidad a brindar las garantías para que los pueblos indígenas efectivamente materialicen la defensa de su autonomía jurídica, y que solamente cuando exista un conflicto de jurisdicciones entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena en el tema de violaciones o graves vulneraciones al derecho internacional humanitario, podrá el Estado intervenir y reclamar su jurisdicción para así hacer prevalecer los fines esenciales que lo configuran.

2. Conclusiones reflexivas

- Hablar de multiculturalismo, pluralismo jurídico y de su reconocimiento en Colombia por la Constitución de 1991 no es novedoso; sin embargo, es un referente obligado al examinar las jurisdicciones especiales indígenas, el cual sería muy importante profundizar en estudios posteriores.
- El origen de los derechos indígenas no nace en 1991 con el reconocimiento

constitucional, sino que son preexistentes a la expedición del acta de independencia y se remonta a la Colonia, como ya lo hemos dicho. Los derechos, el territorio, la organización social, las instituciones de control social y territorial; en general, los sistemas judiciales de los indígenas existen desde tiempos inmemorables heredados de los dioses y de la ley de origen de cada pueblo.

- No debemos pensar que los sistemas judiciales en general y las sociedades, entre ellas las indígenas, sean estáticos; su diaria vivencia y las nuevas situaciones que enfrentan sus comunidades en relación con la sociedad no indígena los hacen crear y recrear permanente pero ordenadamente sus sistemas propios, e incluso apropiarse elementos que pueden ser útiles a la supervivencia de cada uno de los pueblos.
- En Colombia se reconocen constitucionalmente el multiculturalismo y el pluralismo jurídico.
- El territorio, la organización social, las instituciones de control social y territorial y en general los sistemas judiciales de los indígenas existen desde tiempos inmemorables.
- La influencia de los grupos armados en la puesta en práctica de la autonomía de los territorios indígenas ha

21 Constitución Política de Colombia, 1991.

sido negativa.

- Las repercusiones han sido nefastas con respecto al accionar de la minería y la intervención de las multinacionales extranjeras en la explotación de los recursos naturales de los resguardos en los territorios ancestrales, así como su legitimación por parte de estas comunidades.
- La implicación negativa de nombrar o asumir como ‘indígenas’ a los grupos étnicos, puesto que el vocablo contiene en un sentido similar con el indigente o persona habitante de la calle, ya que estos valores simbólicos atentan contra su cultura.

Referencias bibliográficas

- Arbeláez de Tobón, Lucía (2004). *Jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, agosto 11.
- Bourdieu, Pierre (1997). *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Anagrama, Barcelona.
- Chomsky, Noam (2007). *Estados fallidos*. Ediciones B Grupo Zeta.
- Estrada, Alexéi J. (2003). *La jurisdicción especial indígena en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Krotz, Esteban (ed). (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (en papel) *Anthropos*.
- Kuppe y Potz (1999). *La antropología del derecho, perspectivas de su pasado, presente y futuro*.
- Malinowsky, Bronislaw (1973). *Crimen y costumbre en la sociedad primitiva*. Ariel, Barcelona.
- Morgan, L. M. (1975). *La sociedad primitiva*. Editorial Ayuso. Madrid.
- Radcliff Brown, A. R. (1952). *Estructura y función en la sociedad primitiva*, USA, the free press .
- Rodríguez, Gloria A. (2004). *Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Vera, Juan Pablo (2011). “Multiculturalismo, etnografía y Estado. Retóricas del derecho y jurisprudencia indígena en las márgenes del Estado”. En Chaves, Margarita. *Indígenas afrodescendientes. La multiculturalidad estatalizada y configuraciones del Estado*. ICANH.

“En el fondo, todo es más oscuro”. Calidad de vida de los mineros de carbón

Recibido: 29 de abril de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTOR: DANIEL FERNANDO BOCANEGRA B.²²

En algún momento de la vida se experimentan sentimientos de desesperanza, perturbación y confusión. Esto parece ser parte de la vida, parte de la experiencia humana; surgiría una inquietud sobre los modos de conjurar, atender o paliar, según sean los alcances y posibilidades de cada quien, esta entidad emocional dolorosa y sufriente, que en muchos casos se ha nombrado como la tendencia a la destrucción del ser o la pobreza del alma.

La desesperanza, la perturbación y la confusión surgen como un modelo de vida homologable a lo no deseado, a la pobreza; mientras que la prosperidad, abundancia y control tiñen de un aliento de grandeza y prospección a las formas deseables de bienestar o lo que también ha dado por llamarse calidad de vida.

Una particular forma de acercarse a la prospección humana que encarna el concepto de calidad de vida ha sido el ‘bienestar económico’, término acuñado por Amartya Sen, economista de origen hindú que en 1998 recibió el Premio Nobel.

Con bienestar económico se estaría refiriendo a la tesis principal que sostiene el modelo económico de nuestros días: si la acumulación de bienes, ya sean estos de servicios o materiales, garantiza la visión floreciente del ser humano, esto, en otras palabras, ¿sin tener un trabajo y un ingreso en dinero es suficiente para vivir una experiencia de vida floreciente, amplia y valiosa?

El presente texto aborda tal pregunta fundamental a la luz de la hipótesis neoliberal de que la locomotora minera es

²² Psicólogo egresado de la Universidad Nacional de Colombia, con posgrado en Psicología Jurídica. Investigador del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la PGN. Experiencia en Victimoasistencia y Derechos Humanos. Experiencia docente en la Universidad Nacional de Colombia en el área de Psicología Clínica y en la Konrad Lorenz Fundación Universitaria en el área de Psicología Social. Psicoterapeuta independiente. Correo electrónico: dfbocanegra@gmail.com.

INVESTIGACIÓN

Resumen

Como parte de una investigación desarrollada por el IEMP sobre la minería en los páramos en Colombia²³, se realizó una valoración de la calidad de vida de los mineros de carbón y de sus familias. Bajo los preceptos de la relación entre pobreza y calidad de vida (Sen, 1985, 2000) y utilizando una metodología de valoración del completo estado de salud mental (Keyes, 2010), se observó que los mineros poseen una percepción ambivalente de su condición de pobreza, bajos niveles de libertades personales para definir con autonomía el curso vital de sus vidas y un factor protector familiar como jalonador de la expectativa de desarrollo personal. Lo anterior lleva a concluir que existen amenazas en la calidad de vida de los mineros y en sus familias.

Palabras clave

Minería, calidad de vida, pobreza, libertades personales.

²³ Investigación realizada por el grupo de trabajo del Observatorio del Sistema Penal Acusatorio del IEMP, coordinado por Miguel Álvarez-Correa, en la que participaron Mayra González, Flor Inés Montealegre, Roberto Oñoro, Ómar Vivas y Frank Pulgarín.

jalonadora del desarrollo económico de un país, de una región y en últimas de unos seres humanos que apuestan sus 'vidas' por que ello sea así.

Para ello, se realizó una metodología de acercamiento comprensivo al fenómeno de la minería de carbón en tres municipios: Monguá y Mongua en Boyacá y Samacá en Cundinamarca. Durante el año 2014 se llevó a cabo la fase de campo de la investigación, se recolectó material documental, oficial, de ONG y de actores involucrados en la dinámica del sector minero de carbón en estos municipios; también se efectuaron entrevistas en profundidad con las familias de los mineros de carbón y cartografía social con los niños de los mineros de estos sectores.

Este artículo desarrolla sucintamente los resultados de una de las variables involucradas (calidad de vida) en el estudio desarrollado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la PGN, cuyo equipo de investigación expone ampliamente todo el enfoque involucrado en el libro *La montaña rota* (Álvarez-Correa et al., 2015).

Pobreza y calidad de vida, ¿cuál es su relación?

La pobreza, dentro del paradigma 'pro bienestar' (Roca, 1998), resulta ser uno de los monstruos al cual escapar en la permanencia de una vida civilizada, y es monstruo ya que la pobreza está asociada a la mortalidad, a la desnutrición, al analfabetismo, etc., es decir, a la mayoría de cosas que en la vida moderna producen riesgo para la vida humana. Sin embargo, la propuesta de Sen favorece ver la pobreza de forma más amplia que la de evaluar la privación de los bienes como una de las causas de dicha situación. Se entiende también que el componente subjetivo de la pobreza existe; así lo menciona Sen: "...el sentimiento de privación de una persona está íntimamente ligado a sus expectativas, a su percepción de lo que es justo y a la noción de qué tiene derecho a disfrutar" (Sen, 2000a).

Entonces a los factores de hambre y privación se suma la percepción de insatisfacción, de carencia y en últimas de un sufrimiento subjetivo que no es del dolor por el hambre, sino de dolor por lo no alcanzado.

Tal noción de pobreza amplía la mirada ya no solo a la evidencia de la cantidad de recursos económicos, alimenticios, bienes de

INVESTIGACIÓN

Résumé:

Dans le cadre d'un projet de recherche développé par l'IEMP sur l'exploitation minière en haute montagne en Colombie, on a réalisé une évaluation de la qualité de vie des mineurs et de leurs familles. Cela s'est fait selon les règles de la relation entre la pauvreté et la qualité de vie (Sen 1985,2000), et en utilisant une méthode d'évaluation de l'état complet de la santé mentale (Keyes 2010. Il a été observé que les mineurs ont une perception ambivalente de leur pauvreté, de faibles niveaux de libertés sur leur autonomie personnelle pour définir le parcours de leur vie, et leur famille représente un facteur de protection et de motivation pour leur développement personnel. Cela nous amène à conclure qu'il existe des sérieuses menaces sur la qualité de vie des mineurs et de leurs familles.

Mots clés:

Exploitation minière, qualité de vie, pauvreté, libertés personnelles

consumo y los servicios básicos, variables de la econometría clásica, sino que atiende a la descripción de cómo las ‘estructuras sociales’ existentes son las causantes de limitar las capacidades de los individuos para acceder a los bienes básicos y así mitiguen su condición de pobreza (Bolívar, 2009).

Este tipo de restricciones genera la pérdida de la *libertad* del ser humano, la cual se materializa en lo económico, social y político.

La materialización de la libertad se da en las llamadas ‘libertades instrumentales’, que contemplan “las libertades políticas, servicios económicos, oportunidades sociales, garantías de transparencia y seguridad protectora” (Sen, 2000a). Dichas libertades hacen mención a la posibilidad de las personas de elegir tanto los planes como las personas que los gobernarán (libertades democráticas), de obtener los recursos necesarios y suficientes con los cuales suplir sus necesidades básicas (servicios económicos), de contar con servicios de ‘salud, educación, entre otros’ que mejoren las condiciones de vida de cada persona (oportunidades sociales), de que los procesos gubernamentales se lleven a cabo sin corrupción (garantía de transparencia) y que las poblaciones que se encuentren en condición de alto riesgo o vulnerabilidad sean tratadas de manera especial tomándose las

medidas necesarias para que dicha situación sea superada (seguridad protectora) (Sen, 2000a).

La libertad es entendida como la facultad de elección de cada persona para optar cómo vivir su vida (Sen, 2005); además, cuenta con dos componentes fundamentales según esta teoría: ‘el poder y el control’. El ‘poder efectivo’, mediante el cual las personas pueden elegir entre diversas situaciones, variables, factores o decisiones; y el ‘control procedimental’, que es ejercido sobre dichas decisiones, es decir, la adaptación a las consecuencias que el poder de elección ha definido en la biografía de cada sujeto (Sen, 1998, citado por Bedoya, 2010).

La abstracción del componente de libertades de la teoría de Sen guio varias de las preguntas fundamentales en la investigación sobre minería de carbón; así, el equipo de investigación se preguntaba, primero, si el ejercicio de la minería resultaba ser una labor que los mineros elegían amplia y conscientemente como proyecto laboral y, segundo, si el ejercicio estatal, las políticas mineras y los actores gremiales de la minería (empresas y mercado) ofrecían garantías reales para optar por esta ocupación frente a una paleta de opciones para desarrollar su experiencia social de forma agradable, rica y empoderada.

Para resolver las preguntas se acude al concepto de *desarrollo*; para Sen es aquel estado en el que se debe propiciar la eliminación de todas las formas de pérdida de libertad humana, asumiendo que las personas serán libres de interactuar en términos de intercambios de bienes y servicios con los cuales solventar las necesidades básicas propias y las de sus familias y además ejercer intercambios de tipo subjetivo en cuanto al reconocimiento y a las comunicaciones sociales.

En últimas, el desarrollo comprende las oportunidades que se les dan a los miembros de una comunidad para que logren mejorar sus condiciones de vida (Sen, 2000a). Por lo tanto, para Sen el desarrollo es entonces “la expansión de libertades reales que goza un individuo”, y depende de la “libre agencia de los individuos”, cuando amplían sus capacidades.

Pero ¿qué sería la *agencia personal*? Es un término acuñado en la teoría de calidad de vida de Amartya Sen que hace referencia al papel que cumple cada persona respecto a sí misma, a su entorno inmediato y cómo desde sus decisiones, acciones y valores son agentes activos y participantes en el desarrollo de sus metas, objetivos o expectativas de vida, los cuales son el resultado de un cambio estructural en cada ser humano respecto a su sentir, creer y

cómo lo significa o interpreta (Sen, 1985, 2000b).

Desde la Psicología se entiende la *agencia* como un estadio análogo al empoderamiento, como lo menciona Alkire (2002).

Un último elemento dentro de la teoría de calidad de vida que se planteó como estructural para la valoración de los mineros de carbón fue el concepto de las *capacidades*, entendidas como un compendio entre ‘características personales y arreglos sociales’, las cuales afectan directamente la libertad no solo en el ámbito personal, sino que traspasan al campo de las libertades sociales según Sen (1998, citado por Bedoya, 2010).

Estas capacidades son el resultado de la unión de los *funcionamientos*, los cuales son las estrategias, medios o caminos que se llevan a cabo para vivir, ya sea por medio del ‘ser o el hacer’ (Sen & Nussbaum, 1996; Sen, 1990, 2005; Hausma, 2008).

La realización de una persona, por lo tanto, dependerá de sus capacidades, pues “las realizaciones representan las distintas partes del modo de estar de una persona y sus capacidades reflejan las posibles combinaciones de realizaciones sobre las que tenía oportunidad de elegir y entre las que ha elegido uno”. Asimismo, “Los distintos tipos de cosas que se logra con las posesiones es lo que Sen llama realizaciones y

es el conjunto de realizaciones lo que indica el modo en que se está” (Bedoya, 2010).

En este mismo campo se evidencia cómo se puede mencionar el *bienestar*, cómo el resultado de un compendio de funcionamientos que no solo se focalizan en la garantía de la vida, sino que van hasta el punto de estar en un estado de felicidad personal, de acuerdo con los parámetros que cada persona establezca, siendo así el individuo el que al elegir puede estar en una condición real de bienestar (Sen & Nussbaum, 1996; Sen, 1988).

Bienestar como muestra de salud mental

El concepto de bienestar expuesto desde la teoría de Sen se complementa de forma parsimoniosa con el concepto de bienestar emanado de las nuevas conceptualizaciones de *salud mental integral*; al respecto afirman Arrivillaga, M. & Collazos, J. (2009): “La primera posición que hay que asumir es la de reconocer que la salud mental está relacionada con diferentes procesos de tipo biológico, cultural, social, económico, político y ambiental. Es decir que trasciende el concepto de enfermedad para situarse en una dinámica más completa y compleja en el orden de las relaciones humanas y sociales” (12).

El concepto de bienestar permite entender la prevalencia de las

diferencias individuales, además de un enunciado fundamental en el que se describe que alguien tendrá salud mental si posee bienestar social e integración en su entorno cultural.

En argumento a esta posición, Franco (2009) expresa: “¿Cuándo tenemos buena salud mental? Cuando podemos relacionarnos adecuadamente con los demás y con todos nuestros entornos. Cuando nuestro conocimiento funciona bien y disfrutamos y controlamos nuestros afectos y nuestras emociones. Por lo tanto, la salud mental es un campo esencialmente relacional, de relaciones bidireccionales. Es dependiente de los entornos culturales, sociales, económicos y ambientales, y determinante de la forma como nos relacionamos con ellos” (10).

Así planteada la interacción entre salud mental y bienestar, se estableció un vínculo con el modelo de completo estado de salud mental del psicólogo y sociólogo estadounidense Keyes (2005, 2010) para describir el fenómeno de bienestar y calidad de vida en los mineros y sus familias que participaron en la investigación.

Tal modelo define en forma alternativa los cuadros sintomáticos de las enfermedades mentales (ejemplo: depresión, ansiedad), dimensiones o ‘síntomas’ de salud mental, en los cuales,

haciendo complemento a los postulados de Amartya Sen, se vería desarrollado un estado de salud mental completo, por consiguiente, un estado de bienestar y calidad de vida.

Estas dimensiones, al ser enumeradas bajo la visión del bienestar, se podrán denotar en diferentes momentos o grados en los que se puedan observar; además, poseen también características de subjetividad en la medida que cada una contiene elementos que podrían describir cosas distintas para los entrevistados; sin embargo, sus limitantes resultan útiles para documentar lo que podría considerarse un estado completo de salud mental, lo cual, sumado a otras observaciones tenidas en cuenta en la metodología de investigación, puede acercarse a describir la calidad de vida y el bienestar de la población valorada.

Son trece las dimensiones propuestas por Keyes: las dos primeras son un indicador de capacidad hedónica o capacidad de disfrutar y percibir placer subjetivo. Las otras son capacidad de funcionamiento (Keyes, 2005), afecto positivo, satisfacción con la vida, autoaceptación, aceptación social, crecimiento personal, actualización social, propósito en la vida, contribución social, dominio del entorno, coherencia social, autonomía, relaciones positivas con los demás e integración social.

Pobreza y minería, ¿solución o problema?

En agosto del 2000 el Banco Mundial emitió recomendaciones para realizar el estudio de estrategias para la reducción de la pobreza (Poverty Reduction Strategy Paper [PRSP], World Bank, 2000); uno de los focos de interés fue la implementación de políticas de extracción minera tanto en baja como en alta escala.

En los planteamientos de ese entonces, que no distan en mucho de los esgrimidos a favor de la minería actualmente, se anota que se pueden evidenciar “Impactos positivos potenciales que afectan a los pobres y otros grupos vulnerables (...) La minería puede contribuir a la reducción de la pobreza en diversas formas, generalmente a través de la generación de ingresos y la creación de oportunidades para el desarrollo de negocios laterales o derivados”. Pero también anota algunos de los riesgos en el ejercicio de la minería: “Impactos negativos que podrían afectar a los pobres y a otros grupos vulnerables: La minería, así como el cese de esta actividad cuando se vuelve antieconómica, también puede ocasionar pobreza o afectar negativamente las condiciones de vida de los sectores pobres y otros grupos vulnerables” (World Bank, 2000, 4).

La locomotora minera como

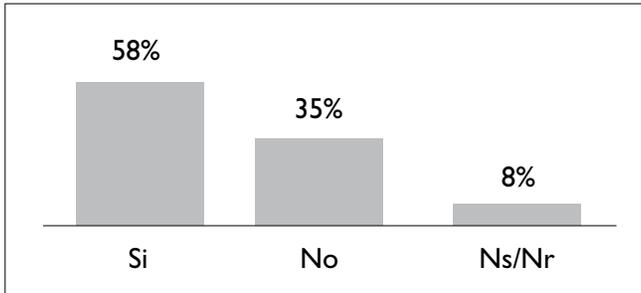
jalonadora de bienestar económico e integral está sustentada en los cálculos de ingresos fiscales que dejan a la economía nacional la extracción formal de la minería, también el ingreso de divisas provenientes en su mayoría de empresas multinacionales que abordan la producción minera internacionalmente. La generación de empleo y la reactivación de economías locales también se mencionan como argumentos a favor.

Del otro lado, los riesgos de la minería están detectados en los impactos medioambientales, la afectación de la salud de los trabajadores y pobladores de las regiones de extracción, la disminución de expectativas de vida de los trabajadores mineros, el riesgo de corrupción y cooptación, la deformación de prácticas tradicionales de trabajo en una comunidad (ejemplo, paso de agricultura a minería), la dependencia a un solo modelo económico y la dificultad de reponerse ante esta dependencia cuando la extracción minera termine o se traslade.

Resultados

Empezaremos por discutir sobre una pregunta central.

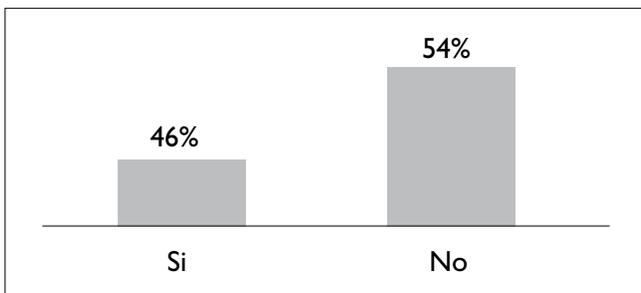
Gráfico 1
Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Usted se considera pobre?



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Los mineros y sus familias se consideran subjetivamente y al parecer objetivamente pobres (58%); esto es descrito con la afirmación de “Una imposibilidad de que cualquier plata alcance” para cubrir sus necesidades. En contraste, al preguntarles si pueden cubrirlas de otra forma, informan que podría ser, siempre y cuando el Estado les proveyera buenos servicios de salud, transporte, educación, etc.; sin embargo, el trabajo en la minería solo los alivia para “traer comida al plato cada día”. Asimismo, quienes respondieron no serlo (35%) referían que ser pobre sería la indigencia y no tener un “techo que los cobije” porque se consideran “pobres pero limpios”. Estas afirmaciones plantean una supuesta subdivisión de la pobreza entre pobres, muy pobres y solo pobres.

Gráfico 2
Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Durante el último mes, habitantes se percibe alegre, de buen humor, tranquilo y con ánimos de afrontar la vida?

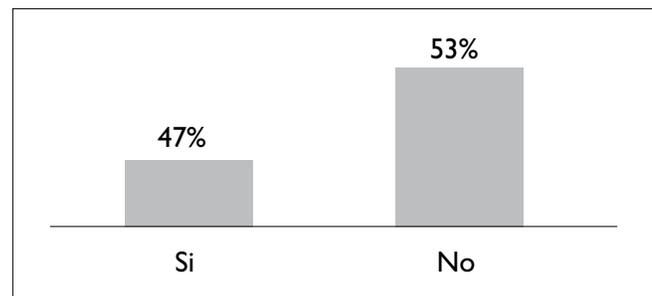


Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Afecto positivo: La percepción de los mineros frente a su estado de buen humor, felicidad subjetiva, tranquilidad y satisfacción general durante el mes anterior muestra que un 54% respondió que no; en cambio, un 46% respondió que sí se define como lleno de vida.

Al parecer, lo lúgubre y enrarecido del aire de la mina contagia de un halo de oscuridad la vida de los mineros, mencionándose que el desgaste de las horas de trabajo, lo arduo de la labor y los pocos recursos que deja no dan para “sonreír mucho”.

Gráfico 3
Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Cuándo respasa la historia de su vida está satisfecho de cómo han resultado las cosas?

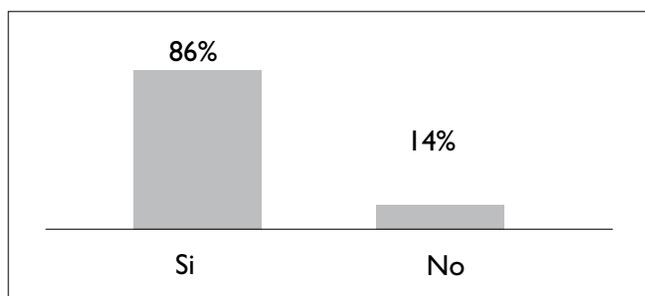


Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Satisfacción con la vida: El sentimiento de comodidad en varios ámbitos de la vida cotidiana de los mineros y de sus familias muestra un balance negativo, el 53% considera que no puede hacer recordar su biografía y verla rebosante de satisfacción y de felicidad, lo que se complementa con la pregunta anterior, referida al último mes que conservaba valores muy cercanos en su respuesta negativa. El 47% respondió afirmativamente, considerando positiva su satisfacción con la vida en una mirada general.

Gráfico 4

Respuestas de los mineros entrevistados a la pregunta: ¿En general se siente orgulloso de ser quién es y de la forma en cómo habitualmente actúa?



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

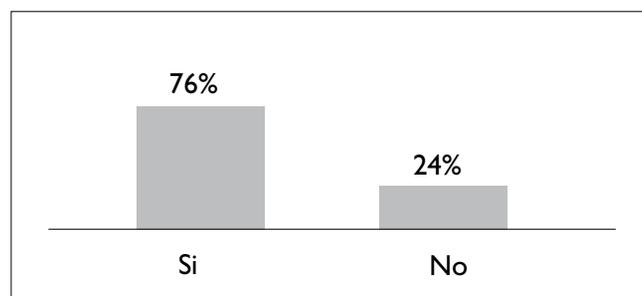
Autoaceptación: Las actitudes positivas hacia sí mismo y hacia la vida pasada y la aceptación de las características personales actuales en los entrevistados mostraron una alta respuesta afirmativa (86%) de quienes afirmaron estar conformes consigo mismos. En términos de Sen, se estaría hablando de la autoeficacia y percepción de ‘orgullo’ por quien se es y por la manera como cada entrevistado ha afrontado la vida que le “ha tocado”.

Es de anotar que la pregunta en sí misma traía un cierto grado de predisposición a responder de forma afirmativa; el mayor porcentaje así lo hizo. Sin embargo, un 14% respondió no encontrarse a gusto con la persona que es y que no le gustaba como ha resuelto las cosas en su vida; todo ello matizado con una idea de control externo y un bajo nivel de autonomía sobre las cosas que ocurren en su vida, supeditados más bien a los “designios de Dios”.

Además, tal definición de control externo mencionaba problemas familiares, de poca proyección de futuro y problemas económicos que no se saben resolver, como la muestra de disgusto por su percepción de autoeficacia global.

Gráfico 5

Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Usted cree que su vida ha sido un proceso de cambio y crecimiento personal?



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

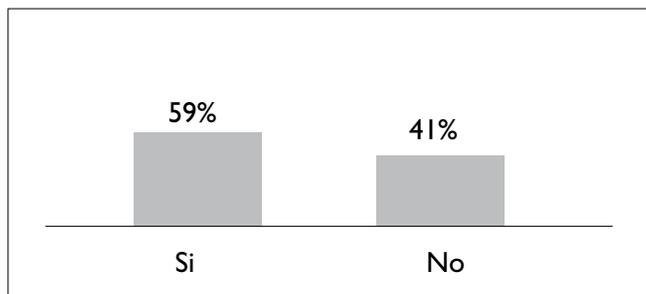
Crecimiento personal: Al preguntarles a los entrevistados si podían reconocer alguna forma de comprensión de su propio potencial y si tenían experiencias nuevas y retos, el 76% respondió afirmativamente, casi todo ello enmendado o materializado en la creencia positiva sobre los hijos; consideran que las nuevas generaciones de su familia tendrán mejores condiciones de subsistencia apalancadas por la continuidad en la formación para el trabajo o en la creación de nuevas fuentes de empleo; valga decir, todas ellas referidas a salir de la zona en la que se encuentran actualmente.

“...nosotros sabemos que el chino va estar bien porque es muy inteligente y va a seguir estudiando, para que no tenga que fregarse tanto trabajando en las minas...”

Quienes respondieron negativamente (24%) expresaron que sus vidas y las de sus familias no han tenido cambios, que la rutina de la subsistencia consume el cotidiano y que siempre han trabajado en la minería, que eso no va a cambiar nunca, incluso que sus hijos estarán destinados a realizar estas actividades porque en la formación media secundaria han empezado a introducir temas relacionados con la minería (manejo ambiental, seguridad laboral, química, etc.), con lo que, posteriormente, en la formación técnica a la cual accederán seguirán cualificando sus conocimientos para el trabajo en las minas.

Gráfico 6

Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Usted tiene claro lo que intenta conseguir en la vida?



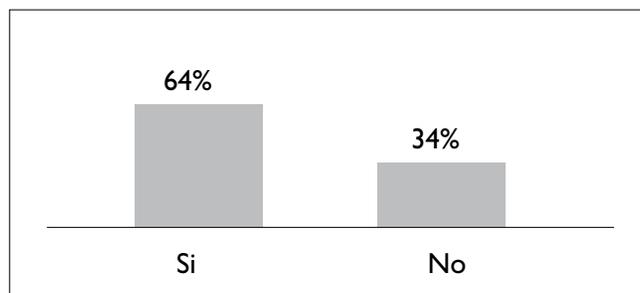
Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Propósito en la vida: si bien esta pregunta plantea un reto para los mineros, para los lectores y para los investigadores, derivado de la dificultad que radica responderla, se pudo evidenciar que el nivel de reflexión sobre las propias experiencias de la vida o “ponerse a pensar cosas de esas” en torno a las preguntas fundamentales de la existencia no es una estrategia de vida contundente que se encontrara en los entrevistados; por lo tanto, de la muestra se deduce que un 59% afirma tener objetivos; la mayoría de ellos aspira a tener una casa y darles educación a sus hijos. Sin embargo, hay una competencia ontológica sobre el sentido y creencias que confirman la existencia de una vida llena de sentido; pero que tengan un propósito o un significado fue difícil observarlo.

En contraste, el 41% no tiene claros los objetivos de su existencia y tiene una expectativa diaria de vida sin “ponerse a soñar” en objetivos o deseos irrealizables a la luz de una realidad socioeconómica de la cual no perciben mucho control o influencia para que se gestione algún tipo de cambio que oriente la consecución de tales objetivos.

Gráfico 7

Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Usted considera que ha podido acomodarse a las condiciones en las que actualmente vive?



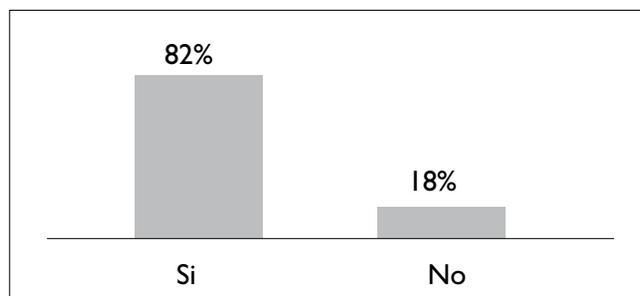
Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Dominio del entorno: La capacidad que muestran los mineros y sus familias para manejarse en ambientes complejos o para elegir o controlar aquellos que se adaptan a sus necesidades es alta, ya que un 64% de ellos manifestaron haber podido acomodarse a las condiciones en las que actualmente viven.

De otro lado, un 34% de respuestas fueron negativas porque indicaron que no se encontraban cómodos en las condiciones de vida de ese momento. Se plantea así una paradoja respecto a la reflexión sobre su propia existencia; además, surge la pregunta sobre si resulta más sano para la salud mental de los mineros percibirse como acomodados a su situación de vida o si vale la pena que se sientan incómodos en ella.

Gráfico 7

Respuestas de los mineros a la pregunta: ¿Usted disfruta haciendo planes para el futuro y trabajar para conseguirlos?



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Autonomía: La respuesta en esta categoría acerca del completo estado de salud mental se relaciona con la de categoría ‘propósito de vida’ debido a que el 82% siente una alta capacidad para definir y dirigir la vida de acuerdo con estándares internos, teniendo que al observarse la claridad de la respuesta en cuanto a que el concepto ‘futuro’, es decir, al indagar sobre los periodos que pudieran definir tal noción, se demuestra que se refieren a un tiempo no mayor de un año, ya que se mantiene una actitud de ‘diario vivir’ sin que tengan una noción de larga duración.

Un 18% declaró expresamente que no procuraba hacer planes de futuro ya que “... *no se sabía qué le pudiera pasar a uno en la mina; de pronto se le cae un palo encima, o un derrumbe, o le pasa algo, entonces mejor como Dios disponga todos los días*”. Así que no es pertinente desgastarse en planes de largo o mediano plazo ya que la experiencia de la minería se vive como riesgosa y que en cualquier momento se puede perder la vida o quedar ‘lisiado’; por eso no resulta útil para este porcentaje de entrevistados ocuparse de forma importante en el futuro.

Conclusiones

Las comparaciones entre los datos obtenidos frente a la evaluación de estas categorías de bienestar y otros estudios

han sido difíciles de generar porque la mayoría reflejan dinámicas moleculares en torno a los riesgos de la minería como “Estrategias para la Reducción de la Pobreza (Poverty Reduction Strategy Paper [PRSP]”, World Bank, 2000).

Así pues se realizan estudios epidemiológicos sobre la salud ocupacional de los mineros (ejemplo, Verbel, J. O. [2010]. Efectos de la minería en Colombia sobre la salud humana. Unidad de Planeación Minero Energética [UPME]) o sobre la incidencia del trabajo infantil en esta actividad (ejemplo, Del socavón a la vida: Línea base para el acercamiento a la erradicación y prevención del trabajo infantil en la minería artesanal colombiana. Universidad Nacional de Colombia, Empresa Nacional Minera, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], Bogotá).

Sin embargo, varias de las preguntas que orientaron esta investigación fueron resueltas de forma incipiente, aunque otras fueron contundentes, a saber: Si se pregunta si es mejor tener bienes y servicios que den garantía de calidad de vida objetiva, los entrevistados afirman que sí. Sin embargo, la inexistencia fáctica de muchos de estos servicios en sus comunidades controvierde la pregunta por las garantías de una oferta real del Estado para cubrir estas necesidades básicas.

Así, la activación económica y social local parece no cumplirse y se convierte en un riesgo para las comunidades participantes en la investigación.

Frente a la ‘pobreza’ o no de los mineros de carbón, se puede mencionar que con respecto al concepto de libertades de Sen, los mineros se describen como pobres por no tener otra opción al nacer ni control para modificar esta situación.

Lo anterior pone en entredicho lo que en la teoría de Sen se menciona como capacidades y funcionamientos, ya que no se está en la capacidad de elegir un curso vital distinto por estar vinculado a una historia familiar asociada con esta actividad: “Siempre hemos trabajado en minería”; “Mi papá también estaba en el socavón y mi mamá le llevaba el almuerzo y cocinaba para los otros de ese corte”; y del lado de los funcionamientos, cuentan con pocos recursos objetivos y creativos para acceder a formas distintas para pensar en sus propias vidas, alimentados por un *statu quo* político, religioso y de consumo que no alienta al movimiento, sino más bien al anquilosamiento.

Estas conclusiones amenazan la percepción de los mineros en cuanto a que su visión propia es de no ser agentes activos y participativos de su desarrollo.

Frente al concepto de dominio del entorno, se puede mencionar

(64% afirman sí haberse podido acomodar a las condiciones en las que actualmente viven) que la respuesta, lejos de ser halagüeña, podría leerse como una forma de inmovilidad social, permeada en la capa social que accede al trabajo de la minería, con lo cual y coincidiendo con algunas de las respuestas anteriores, es inútil hacer procesos de reflexión profundos sobre la propia existencia o tener ‘sueños’ irrealizables por la realidad que están viviendo en la actualidad.

Ello abre un escenario de discusión sobre la calidad de vida global de los mineros, ya que se puede afirmar que se muestran cómodos en sus condiciones de vida o también que tal comodidad radica en la incapacidad para ejercer alguna forma de modificación para elegir nuevas formas de trabajo. En términos conceptuales, se demuestra cómo el concepto de agencia personal de Sen es opuesto en el caso de los mineros y de sus familias.

Cuál sería la salida. La respuesta gira en torno a una dualidad. Por un lado, sería mejor *acomodarse*, ya que hay poca posibilidad de cambio por las deficiencias estructurales en las condiciones socioeconómicas de las zonas visitadas, por la actuación de las áreas de salud ocupacional y gestión del riesgo psicosocial de las empresas que los contratan (cuando no son de forma tradicional), o por el bajo interés gubernativo local y

nacional de establecer directrices para la dignificación del trabajo de la minería.

Por otro lado, *incomodarse*, ya que sería el germen para la movilidad y la lucha de mejoras sustanciales en la calidad de vida, pues, como reza la sabiduría popular, de la necesidad surge el cambio y de la unión se hace la fuerza. Sin embargo, se observan varias respuestas de los mineros que demuestran la pobre o nula credibilidad en la asociación o en el cooperativismo; expresan bajos niveles de actualización social y de contribución social, lo que dejaría *ad portas* del fracaso cualquier ejercicio de participación del sector de los empleados mineros.

Por último, existiría un alto potencial protector para los mineros y sus familias respecto a la percepción de que el ‘trabajo’ puede agenciar en sus experiencias vitales, ya que el 82% respondió que disfrutaba la posibilidad de planear metas de futuro y trabajar para conseguirlas.

Entendiendo que el cariz protector de esta condición se verá afectado positiva o negativamente por las características del ejercicio estatal para la superación de las barreras de acceso a mecanismos de empoderamiento personal —educación, capacitación, alternativas económicas y servicios sociales de salud,

recreación y esparcimiento—, de no darse tal ejercicio estatal podría determinarse que en los tres municipios estudiados la calidad de vida de los mineros y sus familias es desvalida y existen pocas o nulas formas de modificar tal condición.

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Correa, M., González M., Montenegro F.I., Oñoro R., Bocanegra D., Vivas O., Pulgarín F. La montaña rota. Minería en páramos en Colombia: ¿Dónde estamos? Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2015.
- Alkire, S. (2002). Dimensions of human development. World development. Vol. 30, n 2; 181-205. Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.189.1366&rep=rep1&type=pdf>.
- Arrivillaga, M. & Collazos, J. (2009). “Salud mental y salud pública: reflexiones para introducir un debate olvidado”. En Salud mental: Problema y reto de la salud pública. Cuadernos del Doctorado. Universidad Nacional de Colombia. Doctorado Interfacultades en Salud Pública.
- Bedoya, C. (2010). “Amartya Sen y el desarrollo humano”. Revista Nacional de Investigación - Memorias vol. 8 (13). Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://revistas.ucc.edu.co/index.php/me/article/view/204>.
- Bolívar, G. (2009). “Sen y algunos escritos en la constitución del campo de desarrollo humano” (biografía anotada de Amartya Sen). Revista de la Universidad Bolivariana. Polis vol. 8, (3): 413-426. Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://www.scielo.cl/pdf/polis/v8n23/art18.pdf>.
- Hausman, D. (2008). The philosophy of economics an anthology. Chapter 15. Capability and well being. Third edition. Cambridge University Press. Libro digital recuperado el 12 de abril de 2014: <http://digamo.free.fr/hausman8.pdf#page=276>.

- Pick, S., Sirkin, J., Ortega, I., Osorio, P., Martínez, R., Xocolotzin, U. & Givudadan, M. (2007). Escalas para medir agencia personal y empoderamiento (ESAGE). *Revista Interamericana de Psicología* vol. 41, (3): 295-304. Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rip/v41n3/v41n3a04.pdf>.
- Roca, J. (1998). *Exclusión social y contracultura de la solidaridad. Prácticas, discursos y narraciones*. Madrid.
- Sen, A. (1988). *The concept of development*. Libro digital recuperado el 10 de abril de 2014 de <https://koppa.jyu.fi/en/courses/134525/spring-2014/Sen-Concept-of-Development.pdf>.
- _____. (1985). "Well-being, agency and freedom: the dewey lectures 1984." *The Journal of Philosophy* vol. 82 (4): 169-221. Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://www.freelogy.org/w/images/d/dc/Sen85.pdf>.
- _____. (1990). *Development as capability expansion*. Libro digital recuperado el 10 de abril de 2014 de http://morgana.unimore.it/Picchio_Antonella/Sviluppo%20umano/development.pdf.
- Sen, A. & Nussbaum, M. (1996). "La calidad de vida. Capítulo II. Capacidad y bienestar." *The United Nations University. Fondo de Cultura Económica*. México.
- Sen, A. (2000a). "El desarrollo como libertad". *Gaceta Ecológica* 55: 14-20. Recuperado el 10 de abril de 2014 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53905501>.
- _____. *Desarrollo y libertad* (2000b). Capítulo I. La perspectiva de la libertad. Primera edición. Editorial Planeta. México.
- _____. (2005). "Human rights and capabilities". *Journal of Human Development* vol. 6 (8). Recuperado el 10 de abril de 2014 de http://www2.unicef.org/socialpolicy/files/Human_Rights_and_Capabilities.pdf.
- World Bank. Kunanayagam, R., McMahon, G., Sheldon, C., John, Strongman & Weber-Fahr, M. (2000). *La minería y la reducción de la pobreza*. Borrador para comentarios, Washington D.C., World Bank. Recuperado en julio del 2016 de la web.

Evaluación y perspectivas de la política pública frente a la atención al consumo de sustancias psicoactivas en Colombia

Recibido: 21 de marzo de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTORES: SANDRA ROJAS BARRERO²⁴
 JAIRO BETANCOURT MALDONADO²⁵
 PIEDAD MEJÍA RODRÍGUEZ²⁶
 ÁLVARO WILSON MEJÍA RAMÍREZ²⁷

Introducción²⁸

La carencia²⁹ de una política pública efectiva respecto a la problemática de la salud mental en Colombia indica la necesidad de atención de diferentes factores que inciden en la vida social, cultural y en la convivencia en el país. Asimismo, la falta de articulación sectorial y de generación de capacidad institucional refleja que en el caso de los trastornos mentales asociados al consumo de drogas existe una brecha entre los tratamientos y la superación de la adicción, así como en otros trastornos mentales que tienen una alta incidencia en la salud física, la morbilidad y la mortalidad.

Situaciones como la falta de respeto de la dignidad de las personas con discapacidad mental, su discriminación, la no

²⁴ Magíster en Psicología Clínica y de Familia, especialista en Derecho de Infancia y Adolescencia y en Educación Superior a Distancia. Investigadora del Instituto de estudios del Ministerio Público (IEMP) - Procuraduría General de la Nación. Adscrita al Grupo de Investigación Carlos Mauro Hoyos. Ética de lo Público, Instituciones y Derechos Humanos. Correo electrónico: sbarrero@procuraduria.gov.co.

²⁵ Economista. Especialista en Finanzas Públicas. Consultor en salud y seguridad social. Correo electrónico: Jabm64@yahoo.com.

²⁶ Abogada. Procuradora Judicial Laboral de la Procuraduría General de la Nación. pmejia@procuraduria.gov.co.

²⁷ Psicólogo. Profesional especializado de la Defensoría del Pueblo. Correo electrónico: wil.mejar@gmail.com.

²⁸ El artículo se basa en el informe final de investigación presentado por el investigador Jairo Betancourt en diciembre de 2014, con intención de publicación previa revisión del supervisor del contrato, de la representante por parte de la delegada para asuntos del trabajo y la seguridad social, también es base para la presentación del tema en el XXXV Congreso Interamericano de Psicología. Lima, Perú, 12 al 17 de julio de 2015.

²⁹ Entendiéndose carencia en la política pública respecto a las garantías que debería brindar el SGSSS y por derecho constitucional a los ciudadanos, en especial a los pacientes con consumo de SPA.

INVESTIGACIÓN

Resumen

Se busca evaluar los lineamientos de la política pública sobre la atención del consumo de sustancias psicoactivas (SPA) en Colombia, situación que incide en la vida social, cultural y en la convivencia en el país. Se busca la proyección, viabilidad y sostenibilidad de una política pública efectiva y articulada a nivel institucional y comunitario. Se utilizó una metodología de carácter teórico-conceptual y descriptiva, estableciéndose una propuesta metodológica y una herramienta de control para medir el impacto de la política pública para la reducción del consumo de SPA. Ello se realizó mediante el seguimiento al acceso efectivo a los servicios de salud de los consumidores de SPA que han decidido abandonar esta adicción, bajo la perspectiva del derecho a la salud y las garantías que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Esta herramienta pretende convertirse en i) una guía para la implementación de la política pública en la prevención y reducción del consumo de sustancias psicoactivas, y ii) guía de seguimiento al apoyo en la resocialización de los consumidores de sustancias.

Palabras clave

Política pública, salud mental, adicción, sustancias psicoactivas, derecho a la salud.

participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, la ausencia de aceptación por la diferencia como parte de la diversidad y la condición humana, la restricción al acceso a los servicios de salud, la inequidad en condiciones de vida y humanización, la intolerancia y el desplazamiento forzado, entre otros, ameritan intervenciones oportunas, certeras y coordinadas para lograr el impacto esperado a nivel poblacional e individual sobre su incidencia, discapacidad, calidad de vida y mortalidad.

Conforme a lo anterior, es importante que el SGSSS desarrolle un modelo de gestión y de garantía de derechos acorde con el análisis situacional de la salud de toda la población colombiana, según los diferentes contextos de mayor afectación de la salud mental ya sea por manifestaciones de violencia física, psicológica o social.

Asimismo, en el marco de la función preventiva es importante para la Procuraduría Delegada para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social cumplir con el objetivo de promover e impulsar un conjunto de políticas, planes, programas o acciones dirigidos a evitar la ocurrencia de hechos, actos u omisiones contrarios a la Constitución y la ley atribuibles a agentes del Estado o a particulares que cumplan funciones públicas a partir de la elaboración de investigaciones y alertas pertinentes (artículo 5.º Resolución 490 de 2008).

Por lo anterior, se hizo necesario para la Procuraduría enterarse y establecer la efectividad de las políticas públicas en relación con el consumo de SPA y las estrategias de prevención haciendo una aproximación a la gestión llevada a cabo por el sistema de salud y las entidades que lo conforman, además de conocer tanto el estado de la investigación científica y tecnológica en esta materia como las interrelaciones entre los agentes o actores del sistema para el logro del propósito y alcance de la ley mediante la adopción de una herramienta que permitiera ejercer el debido control y seguimiento a la implementación de la norma que garantiza la atención integral a personas que consumen SPA.

Antecedentes

Colombia es un país regido por la Constitución Política de 1991, en la que se establece que este es un Estado social de derecho en el que priman las garantías constitucionales

INVESTIGACIÓN

Résumé

On veut évaluer les lignes directrices de la politique publique sur les soins de substances psychoactives (SPA) en Colombie, situation qui affecte la vie et la coexistence sociale et culturelle dans le pays. On a aussi l'intérêt d'évaluer la projection, la viabilité et la durabilité de la politique publique, et son efficacité et coordination au niveau institutionnel et communautaire. On établit une méthodologie de caractère théorique, conceptuelle et descriptive, comme un outil de contrôle pour mesurer l'impact des politiques publiques et réduire l'abus de drogues. Cela a été fait en réalisant un accompagnement à l'accès effectif aux services de santé des consommateurs de SPA, qui ont décidé de quitter cette dépendance (droit à la santé et les garanties offertes par le système général de sécurité sociale en santé (SGSSS)). Cet outil vise à devenir: i) un guide pour la mise en œuvre de la politique publique dans la prévention et la réduction de la consommation de substances psychoactives, et ii) support de guidage dans la resocialisation des toxicomanes.

Mots clés: Politique publique, santé mentale, toxicomanie substances psychoactives, droit à la santé.

para todas las personas. En estas dos décadas de la Carta Magna, la Corte Constitucional y demás altas cortes han desarrollado una nutrida jurisprudencia en materia de protección de los derechos de las personas, abarcando desde los fundamentales hasta los derechos de segunda y tercera generación en relación con la vida misma, como fue la evolución del derecho social a la salud y el establecimiento de su indiscutible nexo con la vida, fundamento que le dio la relevancia de derecho fundamental. A partir de allí se desprende la jurisprudencia que protege a los conciudadanos nacionales, en línea de derecho, para ser más precisos en derecho constitucional o garantías constitucionales.

Aunado a lo anterior y regidos por ello, se toman como base las conclusiones del Estudio Nacional de Consumo de SPA del 2008³⁰, en el que se resalta que el consumo de estas en Colombia presenta características que lo hacen un problema acuciante que afecta no solo el bienestar de la población, sino a otras dimensiones, como la salud pública, la convivencia ciudadana, la seguridad y el futuro de las nuevas generaciones, además de evidenciar, en materia gubernamental, la necesidad

de crear líneas de acción en política e inversión pública, responsabilidad social y gestión institucional.

El estudio en mención expresó que no era posible afirmar de manera categórica que el consumo de estas sustancias estuviese creciendo y que nada permitía afirmar que a) se hubiese estabilizado o que estuviera disminuyendo, o b) se estuviera sustituyendo por el consumo de otras sustancias nocivas³¹, situación contraria a lo evidenciado en el reciente Estudio Nacional de Consumo realizado en 2013, que registró un aumento en el uso de drogas ilícitas, principalmente de marihuana³². Las cifras sobre abuso y dependencia dan a entender que una alta proporción de consumidores de marihuana se encuentra en situación de riesgo o realmente afectados por problemas significativos en su desempeño social y ocupacional. Igualmente, inquieta que el consumo de psicoestimulantes, como la cocaína y el éxtasis, no constituya un fenómeno aislado o se presente solo en sectores reducidos de la población. Al contrario, en todo el territorio nacional se reporta consumo de tales sustancias, aunque con diferencias notorias entre

géneros, grupos etarios y estratos socioeconómicos³³.

Aunque el estudio también resalta los esfuerzos del Estado colombiano por tener una legislación incluyente y tipificadora de las conductas y sanciones del ciclo de la droga, a saber: producción, comercialización, tráfico y consumo, le faltó reconocer al paciente con enfermedad adictiva e incluir el tratamiento, pues la normativa existente no desarrolla de manera armónica e integral la protección a los adictos como enfermos de salud mental y, explícitamente, no enuncia las garantías en salud para el individuo afectado por el consumo, persona que en la colectividad pasa a conformar una población vulnerable.

La situación anterior ha llevado a que, en los últimos años, surja en Colombia un debate sobre las estrategias que se deberían implementar para disminuir el impacto que ha tenido el consumo de SPA en el ámbito social nacional ya no bajo la incriminante mirada de un delito, sino como un problema social de salud pública y, de manera individual, como una enfermedad³⁴. Reconocer que los

30 Gobierno nacional de la República de Colombia, a través del Ministerio de la Protección Social (MPS) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE). (2009). Informe final del Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia - 2008. Bogotá, D. C., p. 146.

31 Ibid., p. 147.

32 Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Observatorio de Drogas de Colombia (2014). Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia 2013. Informe final. Bogotá, D. C. Página de presentación.

33 Gobierno nacional de la República de Colombia, a través del Ministerio de la Protección Social (MPS) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE). (2009). Informe Final del Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia - 2008. Bogotá, D. C., p. 147.

34 "(...) desde el marco constitucional se ha comprendido que el adicto es un enfermo que requiere de atención especial del Estado, a fin de lograr su recuperación". Sentencia 33409. Porte de

adictos a sustancias psicoactivas son enfermos da lugar a que se les reconozca su derecho a ser atendidos integralmente por las entidades que conforman el SGSSS³⁵, además de dejar a un lado el prejuicio de que quienes consumen SPA son delincuentes y deben ser tratados como tales.

Los instrumentos utilizados por el Estado para desarrollar la política pública sobre el consumo de SPA actualmente han sido:

1. La Ley 1122 de 2007, que establece los lineamientos para el Plan Nacional de Salud Pública y la “Política nacional para la reducción del consumo de sustancias psicoactivas y su impacto”, reconociendo la problemática del consumo de SPA como un problema social y sanitario que incide en el desarrollo del consumidor, su entorno y la sociedad; y cuyos ejes operacionales tienen como finalidad “(...) reducir la incidencia y prevalencia del consumo de sustancias psicoactivas en Colombia y mitigar el impacto negativo del consumo sobre el individuo, la familia, la comunidad y la sociedad”.
2. La Ley 1566 de 2012, “Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas”, y se crea el premio nacional

“Entidad Comprometida con la Prevención del Consumo, Abuso y Adicción a Sustancias Psicoactivas”. Esta ley da un paso importante al reconocer que el consumo de sustancias psicoactivas tanto lícitas como ilícitas es un problema de salud pública puesto que esta conducta afecta no solo al individuo, sino a todo su entorno social, ratificando la obligación del Estado de atender y dedicar “*especial atención al enfermo dependiente o adicto*”. Asimismo, la Ley hace hincapié en la importancia de establecer políticas públicas para la reducción del consumo de sustancias psicoactivas y su impacto como una obligación del Ministerio de Salud y Protección Social, y destaca que no es una labor exclusiva de este ministerio, sino que debe ser un trabajo mancomunado entre diversas instituciones del Estado, como el Ministerio de Educación, la Dirección Nacional de Estupefacientes (en liquidación) y la Policía Nacional. Las aseguradoras de riesgos profesionales (ARL), las empresas promotoras de salud (EPS) y los entes territoriales tienen la obligación de desarrollar las acciones de promoción y prevención frente al consumo, abuso y adicción a SPA establecidas por las instituciones estatales encargadas de diseñar las estrategias de prevención, con la participación de todos

los sectores productivos, educativos y comunitarios.

3. Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide “La ley de salud mental y se dictan otras disposiciones” y “el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP) 2012-2021”. Establece los lineamientos de la política pública nacional en esta materia, trazándose como objeto garantizar el derecho a la salud mental, especialmente de los menores de edad, tomando como eje la promoción de la salud y la prevención del trastorno mental.
4. El PDSP 2012-2021, que incluye, dentro de sus dimensiones prioritarias, la de convivencia y salud mental, constituidas a su vez por dos componentes: a) de promoción de la salud mental y la convivencia, y b) de prevención y atención integral a problemas y trastornos mentales como a diferentes formas de violencia. El primer componente resalta la cultura del autocuidado, mientras el segundo, como objetivo, se propone “*Fortalecer la gestión institucional y comunitaria para garantizar la atención integral de los problemas y trastornos mentales y los eventos asociados, incluyendo el consumo de sustancias psicoactivas*”.

En consecuencia, es dable afirmar que quien sufre de farmacodependencia en Colombia es un sujeto de

estupefacientes, CSJ, 3 de septiembre de 2014, p. 65.

especial protección estatal, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas, la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica debe brindarla el SGSSS, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado.

Al abordar esta problemática a la luz de los instrumentos internacionales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, se resaltan principios como

Principio 11. Libertades fundamentales y derechos básicos. Hace referencia a “Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a

ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.

Principio 8, normas de la atención, resalta: “1. Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud (...) 2. Se protegerá a todo paciente de cualesquier daños (...)”.

Principio 9. Tratamiento, y

Principio 10. Medicación.

Dichos principios internacionales no solo regulan, conjuntamente, ambas clases de derechos (de libertad y sociales), también precisan el ámbito de protección. En este sentido, el principio 19, que se ocupa del derecho de ‘acceso a la información’, advierte que este puede ser limitado cuando se pueda afectar el derecho ‘a la salud’ del propio paciente.

Ahora bien, como lo precisó el informe sobre la salud en el mundo (2001), la salud mental y la salud física están íntimamente ligadas. Dada esa estrecha vinculación, es fundamental que la salud mental esté integrada en los sistemas de atención de salud general. Esa integración presenta muchas ventajas, sobre todo en el nivel de atención primaria. Los trastornos mentales y conductuales son frecuentes entre los pacientes que acuden a los servicios de atención primaria, y en ese

primer nivel asistencial es precisamente donde la mayoría de las personas se sienten más cómodas. El tratamiento de los enfermos mentales en el ámbito de la atención primaria conlleva una menor estigmatización de los pacientes por cuanto los trastornos mentales y conductuales son analizados y manejados al mismo tiempo que los problemas de salud orgánicos.

También es necesario reconocer que esta política se ha visto influenciada tangencialmente por otras leyes, como: a) Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, específicamente en los derechos de protección a los niños, niñas y adolescentes, donde se establece que los niños serán protegidos contra el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o bebidas alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización³⁶, y b) la Ley 1438 de 2011, donde se reforma el SGSSS y se establece que bajo la estrategia de atención primaria en salud, el Plan Decenal de Salud Pública incluye la salud mental³⁷.

Asimismo, la Comisión de Regulación en Salud (Cres), en la actualización integral del POS,

³⁶ Numeral 3.º del artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

³⁷ Artículo 6.º de la Ley 1438 de 2011.

amplió los servicios de terapias y estancias para pacientes de salud mental, pero para el caso de uso de sustancias SPA, lo dejó limitado para pacientes menores de 18 años³⁸, persistiendo el gran vacío para los pacientes de consumo en edades diferentes a las allí establecidas. Lo anterior indica que pacientes con consumo de SPA de las demás edades y sin condición especial tienen el derecho a ser atendidos con los contenidos del POS en las condiciones establecidas en los apartes de salud mental.

Metodología

La propuesta metodológica fue de carácter teórico-conceptual y descriptiva. El muestreo elegido fue de tipo no aleatorio discrecional³⁹ (no probabilístico), tomado en la ciudad de Bogotá por selección de un universo de IPS que con corte a junio de 2013 registraban habilitación para prestar servicios de salud mental en farmacodependencia. Los criterios de selección que se tomaron en cuenta fueron los siguientes: “a) Que fueran prestadores institucionales o que respondieran a una naturaleza de persona jurídica, no de persona natural, b) Que contaran con la habilitación para la atención en farmacodependencia, c) Una combinación de entidades

públicas y privadas, d) De estas, que pertenecieran a diferente nivel de complejidad, y e) Que entre las privadas o particulares se contara por lo menos con una organización de tipo fundación. También se entrevistó a tres tipos de funcionarios de las instituciones IPS: i) Al Director o Gerente de la IPS, ii) Al Director Científico o Coordinador Médico, y iii) Al Director Administrativo o Financiero y a un paciente o su cuidador” (Betancourt, 2014).

El proceso de investigación siguió estas etapas: 1. Revisión de la normativa vigente en materia del PNSP y demás normas, convenios y protocolos internacionales y la jurisprudencia en materia del derecho a la salud de los pacientes de salud mental con consumo de sustancias psicoactivas; 2. Un trabajo de campo, evaluando la gestión, los alcances y limitaciones de tres instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) mental que atienden estos casos y de dos instituciones particulares tipo fundaciones que tratan la recuperación de adictos a sustancias psicoactivas con el fin de identificar los principales obstáculos o barreras del sistema de salud para una adecuada atención de esta clase de pacientes; 3. Se identificaron los protocolos o paquetes de servicios con los que se atiende a los pacientes con adicción a sustancias psicoactivas para su

recuperación y mantenimiento de calidad de vida; se observó si los tratamientos les permitían incorporarse socialmente y mantenerse activos y si evitaban la discriminación por su condición de salud mental, utilizando como base los servicios del plan de beneficios actual POS y los servicios por fuera del POS. Finalmente, se revisaron las responsabilidades y competencias de los organismos públicos y privados en materia de prevención del consumo y atención de pacientes con enfermedad adictiva para proponer la herramienta de seguimiento a la efectividad de la política de reducción del consumo.

Presentación de resultados

I. Protocolos y modalidades de atención para el tratamiento de pacientes con consumo de SPA

En Colombia no se ha adoptado una guía oficial para el manejo y tratamiento de los pacientes con consumo de SPA. Los establecimientos de salud que registran servicios de farmacodependencia habilitados cuentan con sus respectivas guías y protocolos de manejo, que se deben acoger a los criterios y requisitos establecidos en el Sistema Obligatorio de la Garantía de la Calidad en Salud (SOGC), los cuales contemplan los estándares de los componentes para la atención, para la respectiva

38 Acuerdo 29 de 2011. Art. 76.

39 A criterio del investigador los elementos son elegidos sobre lo que él cree que pueden aportar al estudio o elige un número limitado de individuos que posee el rasgo de interés. <http://www.estadistica.mat.uson.mx/Material/elmuestreo.pdf> -

habilitación, y describen cuáles son los profesionales de la salud que se requieren para cada tipo de servicio.

Se encuentra además que

- La Ley 1566 de 2012 mejora lo que había en términos de cubrimiento, reconocimiento de derechos y, en especial, de la incorporación del sector salud como un agente primordial en la atención de estos pacientes y sitúa el problema en perspectiva de derechos, esencialmente el de la salud, faltando su reglamentación, por lo que se concluye que la política de la atención de la farmacodependencia es adecuada en el papel, pues en la realidad, en el acceso, es diferente.
- La política pública en cuanto a reducción del consumo de SPA va más allá del sector salud; se requieren acciones intersectoriales con educación, hacienda pública e integración social para garantizar los recursos de las campañas y estrategias para la superación de la adicción. Más aún: se desea que el sector trabajo viabilice y garantice empleo e ingresos estables a las familias que superaron o se encuentran en fase de superación de la adicción de alguno de sus miembros, en especial si es el proveedor de ingresos familiares, entre otros aspectos.

- Se debe fortalecer el núcleo familiar, entendiendo que gran parte de los problemas con el consumo y la adicción de SPA se deben a la descomposición social y desarticulación de la familia, pues las relaciones interpersonales que se tienen en ella reflejan la falta de afecto y de comunicación en su interior, relaciones que contribuyen a que algún miembro caiga en el consumo y se desencadene no solo un problema de salud, sino todo un problema social.

- Surgimiento de un problema de orden social, el menor infractor penal que delinque bajo el consumo de sustancias. El Código de la Infancia y la Adolescencia presenta dos alternativas: i) se queda bajo reclusión, o ii) va a tratamiento de adicción. La situación es que este consumidor no es de marihuana común, sino de 'cripi', 'capucha', 'corinto', 'orange'. Estas variedades tienen 25 y 30 veces más alcaloides [THC]⁴⁰, generan, entre otros daños, problemas cardiacos Al consumidor

2. POS que rige en Colombia y las normas de habilitación de servicios de salud

Se ratifica que las normas mínimas de atención para el tratamiento de la dependencia

⁴⁰ Tetrahidrocanabinol: Compuesto psicoactivo también conocido como delta-9-tetrahydrocannabinol (Δ^9 -THC), es el principal constituyente psicoactivo en cannabis.

a las drogas las brindaron el Acuerdo 029 de la Cres y la Ley 1566 de 2012, siendo un paso importante en el reconocimiento de la farmacodependencia como una enfermedad, llamando la atención que hayan sido "Las iniciativas de organizaciones privadas o no gubernamentales, bajo la figura de fundaciones, organizaciones religiosas o de carácter comunitario" quienes promuevan los tratamientos y no los entes gubernamentales⁴¹. Se reconoce por parte de los organismos de salud que "El consumidor de SPA presenta una enfermedad mental de base y entra en crisis" (Betancurt, 20014)⁴², más en su entorno social, especialmente en la familia, primando una percepción negativa, que hace presente un abandono social, "Pues en los casos en que el enfermo por adicción cuenta con familia, después que esta logra la internación, no los vuelven a visitar, ni están pendientes de su evolución clínica".

En la actualidad persisten las barreras de acceso, negaciones o dilación de servicios por vía de autorizaciones, e intentando hacer pasar por no-POS los servicios estipulados en el POS, por lo que se consideran que estas normas no son fácilmente

⁴¹ Normas de Atención para el Tratamiento de la Dependencia de las Drogas - Una Experiencia en las Américas. Organización Panamericana de la Salud - Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas. CICA/OEA. Diciembre de 1999.

⁴² Betancourt, J. (2014). Informe final de investigación para publicación.

aplicables mientras no se reglamente la atención integral, en especial para este tipo de pacientes. Igualmente, el POS, sin estrategia y sin lineamientos definidos, se convierte en una lista de mercado. En el caso de la Ley 1616 de 2013, pasa lo mismo: esta se centra en la atención primaria de las enfermedades de salud mental, que es algo bueno, pero no se ha reglamentado la forma de cómo debe ser esa atención.

El abordaje del paciente corresponde al estado o grado de severidad de la enfermedad originada por el consumo de SPA o la condición del paciente, se centra en un modelo biopsicosocial holístico que se aparta del modelo médico exclusivo, funcionando como comunidad terapéutica modificada que incluye la desintoxicación del paciente mediante el internamiento (periodos de internamiento menores de seis meses no son efectivos), tratamiento ambulatorio y, según sea el caso, la modalidad hospital de día.

3. Perspectiva asistencial y garantía para la atención de pacientes con consumo de SPA

- Se anota que aunque las nuevas estrategias de tratamiento americanas intentan acortar los periodos de internación, estos no se ajustan a la situación ni a la

cultura del paciente adicto a SPA colombiano.

- Se cuenta con varias fases de tratamiento en las que se trabaja con objetivos específicos y se evalúa al paciente con el propósito de saber si cumple o no con los objetivos dependiendo de las fases.
- Los estándares corresponden a las condiciones mínimas que deben cumplir las instituciones; estos están orientados a garantizar la capacidad técnico-administrativa, la suficiencia patrimonial y financiera, y la capacidad tecnológica y científica, la cual comprende a los profesionales de la salud.
- La habilitación de servicios de salud incluye a las entidades con objeto social diferente a la prestación de servicios de salud, las cuales brindan de manera exclusiva servicios de baja complejidad y consulta especializada, que no constan de servicios de hospitalización ni quirúrgicos, como fundaciones y otro tipo de instituciones de las características descritas.
- El hecho de que las leyes hayan definido que “La adicción a sustancias psicoactivas es una enfermedad” hace que deba ser tratada por médicos profesionales y no por otras personas que no tienen la formación para

hacerlo, en consideración a que cuando los servicios son prestados por comunidades terapéuticas que están por fuera del sector salud, el sistema no está en capacidad de controlar el servicio que prestan, no tienen la suficiente base científica para realizar un adecuado proceso de rehabilitación, atención e intervención terapéutica, de donde se expone que lo que les falta es acompañamiento en la documentación de la evidencia.

- “Los costos en la atención, solo para desintoxicación como primera fase del tratamiento, requiere de cuidados intensivos y por lo menos 30 días de hospitalización para un proceso control de abstinencia y limpieza del organismo para llegar a eliminar la necesidad del consumo orgánicamente, que a tarifas de hoy pueden superar los 30 millones de pesos. Esta forma de abordaje que estrictamente requiere el paciente adicto intoxicado no es reconocido por las EPS, para ellas este servicio lo consideran *no* pertinente, glosando la facturación, que en estricto sentido es no reconocer los servicios prestados al paciente”. Por Consiguiente, “A nivel financiero se encontró que cuatro de las cinco instituciones entrevistadas manifestaron que el costo

promedio de tratamiento inicial es cercano a los treinta y tres millones de pesos (\$33.000.000) por los tres meses, es decir, once millones de pesos (\$11.000.000) mensuales y que estos costos los asume normalmente la EPS tanto por los servicios del POS, como los que se tienen que garantizar la continuidad mediante tutela, sin embargo destacan la demora en las autorizaciones y la excesiva demora en los pagos, en especial de las EPS públicas como Caprecom y Capital Salud. De otra parte y dada las característica pública de las IPS entrevistadas, antes de la unificación del POS-S, los servicios eran cubiertos por el Fondo Distrital de Salud y contaban con un mejor flujo de recursos” (Betancourt, 2014).

- No se evidenció que existan programas de reinserción social, pues esta labor, por más importante que sea, excede el ámbito de las competencias y genera costos adicionales a las IPS y fundaciones prestadoras de servicio. El impacto del tratamiento y su efectividad lo asocian al comportamiento del paciente que asiste a los controles de consulta externa, asumiendo que son los pacientes que están bien o tienen adherencia al tratamiento, pues de los que no asisten se asume que algo

anda mal. Y de estos últimos, muchos que han recaído, con el tiempo, vuelven para ser atendidos. Pero en general, no hay programas de control activo al egreso del paciente.

En conclusión, de este tema se puede decir que por la idiosincrasia colombiana, no existe un reconocimiento real y sincero del consumo, lo que lleva a que las estadísticas sobre las que se basan los estudios tengan grandes subregistros; no existe toxicología por cuanto el tratamiento que requiere el paciente con enfermedad adictiva tampoco es reconocido por las EPS. Para ellas este servicio lo consideran *no* pertinente, glosando la facturación, es decir, que no se reconocen los servicios como a) atención por sobredosis en urgencias; b) manejo de disautonomía y psicosis tóxica; c) manejo de terapia psicológica, ocupacional, terapia integral o terapia física, y d) desintoxicación, rehabilitación y reinserción de paciente.

Discusión de resultados, conclusiones, implicaciones del estudio

Si bien Colombia i) realiza una lucha frontal contra el narcotráfico; ii) hace esfuerzos por la dignificación de los enfermos con origen en el consumo de SPA procurando brindarles una atención en salud que responda a los elementos esenciales de

este derecho como son la accesibilidad, disponibilidad, oportunidad y calidad; iii) ha fortalecido el POS en sus contenidos para la atención de este tipo de pacientes, y iv) proclama la apertura de espacios para la reinserción social de esta franja vulnerable de la sociedad, no se ha logrado contar con un indicador para la vigilancia de la política pública para la reducción del consumo de SPA.

Es por ello que la Procuraduría a través de los resultados de la investigación encuentra que es necesario instituir un referente con el cual el seguimiento ejercido respecto de la política observe los avances o retrocesos de dicha política y el estado de la garantía en la atención de los pacientes, referente que requiere de una medición inicial que sirva de línea de base para las posteriores mediciones, denominado Índice de Seguimiento a la Política de Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas, cuya sigla propuesta es ISPRC SPA.

Este índice responde a un indicador sintético que en una sola mirada revelará el estado integral de la política para la reducción del consumo de SPA del periodo en análisis, con una periodicidad de corte anual, la cual puede iniciarse en el 2015 con datos de la vigencia del 2014.

Este indicador está integrado por tres componentes: uno que mide las *acciones de prevención* mediante la política de lucha contra el narcotráfico y de actividades para la prevención para la iniciación o abandono del consumo ejecutado por el sector educativo y el laboral. El segundo componente mide el *grado de mitigación* mediante el registro de usuarios y pacientes atendidos por causa del consumo de sustancias ilícitas; y el tercer componente mide el grado de *resocialización* del paciente con enfermedad adictiva, propósito principal de la política de reducción del consumo.

El indicador también puede verse de manera desagregada, permitiendo una lectura individual por cada uno de sus componentes o indicadores parciales, los cuales responden cada uno en su respectiva dimensión o categoría, a saber: la preventiva, la asistencial o de mitigación y la social.

“La selección de variables o indicadores parciales se hizo de acuerdo con las funciones de cada uno de los sectores que deben compilar información en relación con el tema de sustancias psicoactivas. Para el caso del Observatorio de Drogas de Colombia (ODC), cuenta con información para el Índice de Prevención con i) erradicación de cultivos ilícitos, ii) incautaciones de

drogas, iii) sustancias químicas incautadas y iv) infraestructura de producción desmantelada; de otras entidades como el Observatorio de Drogas de Colombia”⁴³. Este cuenta con series de registros en su función establecida por el Consejo Nacional de Drogas; asimismo, de los registros del sector educativo a través de las secretarías locales y departamentales de educación. Para mitigación se cuenta con el Registro Individual de Prestadores de Servicios de Salud (RIPS) y con los servicios de salud registrados en el cubo del Sistema de Información de la Protección Social (Sispro). Finalmente, se cuenta con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para tomar los registros de impuestos y empresas.

El sector educativo a nivel local aportará la información de los planes curriculares y sus contenidos, y las actividades para la prevención de la drogadicción e información sobre riesgos de la farmacodependencia de educación primaria, secundaria, media vocacional y educación no formal a través de las secretarías de Educación municipal y departamental.

El sector salud aportará para el componente de mitigación el RIPS y la información recopilada a través del formulario del

Instituto Nacional de Salud (INS), que hace parte del Sispro, mencionado en precedencia. Este proporcionará el número de personas únicas atendidas en los servicios de consulta externa, urgencias y hospitalización como el número de personas atendidas por trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de sustancia psicoactiva según municipio de residencia, tipo de sustancia y género.

Cada variable o indicador parcial será proporcionado por la entidad competente al personero municipal, procurador regional o al ministerio público a nivel nacional mediante un *software* que organizará la información bajo las directrices de agregación y desagregación de datos según cada variable. Se recomienda utilizar la codificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) de municipios y departamentos, con el fin de controlar los reportes de información⁴⁴.

43 Betancourt (2014).

44 El informe base de este artículo se publicó en el libro *Evaluación y perspectiva de la política pública frente a la salud mental y, en particular, de atención al consumo de sustancias psicoactivas en Colombia*, ISBN: 978-958-734-168-3, Julio de 2015.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud, “Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”.
- Betancourt, J. (2014). Informe final de investigación para publicación.
- Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia 2013. Informe Final - Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Observatorio de Drogas de Colombia. Bogotá, D. C. junio de 2014. Página de presentación.
- Informe sobre la salud en el mundo (2001)
- Ley 1098 de 2006 - Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Resolución 490 de 2008 PGN.
- Informe Final del Estudio Nacional de Consumo de sustancias psicoactivas en Colombia - 2008; Gobierno Nacional de la República de Colombia, a través del Ministerio de la Protección Social (MPS) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE). Bogotá, junio de 2009.
- Ley 1566 de 2012, Por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional “Entidad Comprometida con la Prevención del Consumo, Abuso y Adicción a Sustancias Psicoactivas” y su exposición de motivos.
- Ley 1438 de 2011 - Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide la ley de salud mental y se dictan otras disposiciones.

Mediación familiar: una alternativa para las comisarías de familia de Colombia

Recibido: 7 de marzo de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTORA: SANDRA PATRICIA PARRA DIONICIO⁴⁵

“Las desavenencias se resuelven mejor con la persuasión que con la coacción” Confucio

Estudios realizados sobre los servicios a cargo de las comisarías de familia en Colombia, específicamente en las ciudades de Bogotá, Barrancabermeja, Barranquilla y en el departamento del Meta, entre otros, por la autora del artículo, han puesto de presente no solo su alta legitimidad y por ende una creciente demanda, sino también que pese a los esfuerzos realizados por los servidores que las integran, resulta visible la reincidencia en el conflicto reportado o, más grave aún, su escalamiento hacia acciones más violentas en ese ámbito, razón por la cual la presente propuesta surge del trabajo realizado como asesora en temas de seguridad y convivencia en las ciudades de Bogotá, Barrancabermeja, Barranquilla y en el departamento del Meta, entre otros.

En la medida en que el objetivo del servicio dispuesto por el Estado para la tramitación del conflicto familiar sea principalmente de orden preventivo y disuasivo de la violencia intrafamiliar, es necesario concluir que ese servicio requiere un replanteamiento en la intervención dado que el ejercicio regular de sus competencias (imposición de sanciones correctivas, medidas de protección y acuerdos conciliatorios) no ha tenido la eficacia esperada.

La problemática planteada, registrada en otras latitudes, ha conducido al fortalecimiento de instrumentos propios de la justicia restaurativa en el ámbito propio de la justicia familiar. Han justificado esta determinación en otros países

INVESTIGACIÓN

Resumen

En las relaciones humanas, el conflicto hace parte del diario vivir; más aún cuando se convive y comparte la intimidad de un hogar y una familia. En este orden, en el marco de la justicia restaurativa, diversos países han abordado el conflicto familiar desde la mediación, figura que hace parte de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y que permite no solo descongestionar el aparato judicial, sino darles a las partes una respuesta efectiva y eficaz. Ello permite que no se agudice la situación, enseñando a las partes en conflicto a dinamizar la situación y a alcanzar un equilibrio a través del diálogo con la ayuda de un tercero experto. En este sentido se realiza la propuesta de cómo se podría implementar la figura en las comisarías de familia del país. El presente artículo realiza una revisión conceptual sobre la mediación familiar; los modelos, el rol del mediador y de manera especial los beneficios de la figura en nuestro país.

Palabras clave

Mediación familiar; comisarías de familia; descongestión judicial.

⁴⁵ Psicóloga de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Investigación Criminal y maestra en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Docente universitaria, investigadora social. Asesora en temas de seguridad y convivencia ciudadana. Correo electrónico: sandrapparra@gmail.com.

razones como (i) la naturaleza compleja de la familia y sus conflictos; (ii) la importancia de la familia en el desarrollo individual y social; (iii) la necesidad de fortalecer la capacidad de diálogo entre los miembros de la familia en orden a garantizar el interés superior de los hijos menores; (iv) la estructura adversarial del debate judicial agrava el conflicto; (v) la congestión que al aparato judicial (por su excesivo rigor formal) ha generado la creciente demanda de justicia familiar, entre otras.

Así las cosas, el instrumento de la justicia restaurativa escogido ha sido la mediación familiar, bajo el entendido de que los responsables del conflicto tienen la capacidad de resolverlo o de llegar a acuerdos en relación con los efectos de la decisión y en beneficio de los miembros de la familia, pero que en consideración a la crisis, el necesario diálogo requiere un acompañamiento experto (mediador) para conseguir el deseable objetivo.

Este procedimiento de carácter no adversarial y formativo está dirigido estructuralmente al restablecimiento del equilibrio en el diálogo, en orden a conseguir que las esperables futuras disputas encuentren entre las mismas partes pronta salida. Ahora bien, la tipología de conflictos familiares que se someten en cada país a este esquema de tramitación no es la misma, como tampoco lo son la oportunidad de su procedencia o el perfil del mediador. La decisión sobre estos aspectos debe ser entonces una sopesada respuesta a la problemática en cada territorio, basada en las limitaciones legales para la aplicación de procedimientos alternativos de resolución de conflictos.

Bajo estas consideraciones, se realiza la presente propuesta para introducción de la mediación familiar como instrumento de tramitación de algunos conflictos familiares que se reportan a las comisarías de familia, lo que conducirá a un mayor aprovechamiento del carácter interdisciplinario de las comisarías, minimizar la reincidencia y escalamiento del conflicto y a disminuir las necesidades de intervención directa del comisario en el conflicto para su tramitación bajo el proceso oral, entre otras razones que se detallarán más adelante.

El conflicto familiar

Para hablar de mediación, es necesario abordar el aspecto central que la genera, es decir, el conflicto, que puede ser

INVESTIGACIÓN

Résumé

Dans les relations humaines, le conflit fait partie de la vie quotidienne, d'autant plus quand vous vivez et partagez l'intimité d'une maison et une famille. Dans cet ordre, dans le cadre de la justice réparatrice, plusieurs pays ont abordé le conflit familial de la médiation, laquelle fait partie des mécanismes alternatifs de résolution des conflits, qui permet non seulement de décongestionner l'appareil judiciaire, mais aussi de donner aux intéressés une réponse efficace. Cela permet que la situation ne soit pas trop grave, et d'enseigner aux parts en conflit la manière de chercher un équilibre dans le dialogue avec l'aide d'un tiers expert. En ce sens, on fait une proposition pour mettre la médiation dans les postes de Commissaire Familiale du pays. Cet article fait un examen conceptuel sur la médiation familiale, les modèles, le rôle du médiateur et les avantages de la figure dans notre pays en particulier.

Mots clés: Médiation familiale, Commissaires de la famille, décongestion de la cour.

abordado desde diferentes visiones; para algunos es sinónimo de dificultad, para otros de crecimiento y oportunidad, otros lo interpretan como una forma de reorientar su proyecto de vida. En este sentido es necesario resaltar que el conflicto implica una interacción entre dos personas o grupos sociales con intereses contrapuestos, bien sean personales, económicos, emocionales, es decir, se puede considerar como una manifestación natural e incluso necesaria de las relaciones humanas. De acuerdo con Pruitt y Rubín (1986), el conflicto entonces puede ser definido como *la percepción de divergencias de intereses o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultáneamente o conjuntamente.*

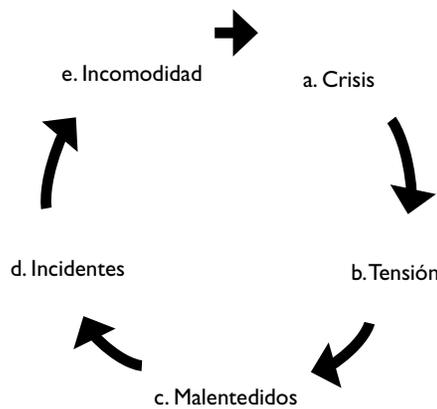
En este orden, según García (2003), el conflicto presenta una dinámica particular, que se puede ver a continuación:

- a. Crisis: se caracteriza porque la violencia y las discusiones acaloradas se hacen más frecuentes e intensas.
- b. Tensión: se distorsiona la percepción que se tiene de la otra persona y de todo cuando hace y dice.
- c. Malentendidos: Se crean cuando se hacen suposiciones o interpretaciones acerca de una situación, generalmente a causa de una comunicación poco clara o por falta de compenetración.

- d. Incidentes: hechos o problemas sin importancia que dejan preocupación o malestar, que con el tiempo pueden adquirir mayores proporciones.
- e. Incomodidad: se percibe de forma intuitiva que algo va mal, sin saber exactamente de qué se trata.

- La violencia llega a un punto crítico, los involucrados se eliminan o se causan daño entre ellos.
- Los involucrados u otras personas ayudan a disminuir la violencia y buscan soluciones.
- d. El conflicto ha evolucionado hasta permitir una verdadera transformación de las causas que le dieron origen, especialmente cuando se trata de relaciones desiguales.

**Gráfica I.
Dinámica del conflicto**



Fuente: gráfica construida por el autor.

No obstante, esta no es la única postura acerca de la manera como se presenta el conflicto; la Corporación Simas concluye que su dinámica obedece a un proceso, como se registra a continuación:

- a. Fase de formación: que tiene su origen en un problema no resuelto.
- b. El conflicto se desarrolla a tal punto que genera violencia.
- c. El conflicto empieza a transformarse en una de las siguientes direcciones:
 - La violencia disminuye a medida que pasa el tiempo.

Desde el campo de la psicología, se considera que el conflicto se presenta cuando al menos una de las partes experimenta frustración ante la obstrucción, bien sea porque hay diferencia de intereses o en creencias de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas.

En este orden, de acuerdo con Fuquen, los conflictos tienen unos componentes o partes que los integran, como son:

1. Las partes del conflicto: son las personas involucradas de manera directa en él (tienen intereses directos) o indirecta (aunque tienen intereses, no perciben que hay conflicto) y los intermediarios (quienes ayudan a resolver la tensión).
2. El proceso: comprende la dinámica y evaluación del conflicto.

3. Los asuntos: hace referencia a los temas del conflicto.
4. El problema: hace referencia a la situación que origina el conflicto, los objetivos y los motivos.
5. Los objetivos: son las decisiones conscientes y deseables.

Ahora bien, los conflictos presentan dos componentes, a saber: uno objetivo, que enmarca la parte tangible de la diferencia, y uno subjetivo emocional, que hace que el nivel de tensión incremente y se generen situaciones que producen dolor, desencadenando comportamiento violentos, es decir, acciones dirigidas a causarle daño al otro, bien sea físico o psicológico. En este sentido, el componente emocional puede incrementar el nivel de tensión y distorsionar el componente objetivo de las diferencias, generando en cada momento brechas más grandes entre las partes del conflicto.

En este sentido, es necesario que en las dinámicas familiares que se encuentran alteradas se logre discriminar sus componentes y coadyuvar para que se llegue a una resolución no solo del componente objetivo, sino también del subjetivo, dado que las transformaciones que presenta el conflicto tienen

repercusiones en todas las facetas de la vida, razón por la cual se hace necesario la generación de nuevos instrumentos procesales, de nuevos mecanismos, que permitan afrontar los conflictos evitando el enfrentamiento abierto y el costo que ello conlleva, como es la mediación.

La mediación

La mediación como instrumento para la resolución alternativa de conflictos exige que las partes en conflicto soliciten voluntariamente a un tercero (mediador) su imparcial intervención, con el fin que los mismos actores del debate alcancen un acuerdo. Esta intervención se puede registrar en instancias jurisdiccionales o de manera extrajudicial, pese a que el carácter dispositivo que la define en algunos países ha sido establecido como requisito de procedibilidad de las acciones judiciales.

“Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley. Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes”.

Algunas experiencias han puesto de presente que la voluntad

para dar inicio a la intervención del mediador no requiere ser conjunta o simultánea en las partes. En efecto, algunos consideran que la voluntad para requerir la intervención del mediador puede provenir de una sola de las partes en conflicto y pese a la falta de acuerdo inicial sobre el particular, una adecuada técnica puede hacer exitoso el ejercicio.

Como instrumento para el trámite de los conflictos, la mediación se caracteriza por su búsqueda de soluciones consensuadas a través del diálogo. Por ello su desarrollo requiere que las partes dispongan de elementos suficientes para la comprensión del proceso y de tiempo suficiente que permita el reaprendizaje del diálogo y su utilización para la construcción del acuerdo.

Dada la perentoria utilización del diálogo, para acudir a la mediación es preciso que los sujetos en conflicto no solo hayan reconocido la situación y quieran resolverla, sino que *“se comprometan activamente en un proceso diseñado para solucionarla”* (Haynes, 1995).

Ahora bien, a pesar de que la figura fue implementada en Estados Unidos —en un primer momento— para que las parejas resolvieran las cuestiones relativas al divorcio (por ejemplo, custodia, régimen de visitas, pensiones alimentarias, etc.), lo cierto es que más allá de los acuerdos concretos, el

instrumento es útil por no tener adversarios que impidan que las relaciones continúen dentro o fuera del matrimonio, en este último caso bajo el entendido de que ellas se perpetúan por efecto de los hijos comunes. Para su adecuada garantía de derechos, es necesario que los adultos gocen de habilidades comunicativas de calidad.

La mediación no es en modo alguno un ejercicio terapéutico dirigido a la superación de las crisis familiares; está orientada a conseguir acuerdos –de la manera menos conflictiva posible– sobre aspectos que se plantean una vez que la decisión de terminar con el vínculo matrimonial está tomada, o la efectiva o inminente separación de cuerpos así lo demanda. También ha sido exitosa su utilización para la tramitación de los conflictos relacionados con los parámetros de crianza que se suscitan entre padres e hijos o entre estos y los miembros de la familia extendida, que en nuestra sociedad han debido en muchos casos asumir la custodia de los menores de edad.

Así las cosas, comparto con Boqué (2003) que en mediación existen “tres líneas más o menos consolidadas: 1) *orientación hacia el contenido o enfoque de solución de problemas, en donde el logro de un acuerdo es primordial*; 2) *orientación hacia el proceso o enfoque transformativo*; aquí el acuerdo ocupa un lugar

secundario; y 3) orientación hacia el contenido y el proceso o enfoque comunicacional”.

¿Se justifica la mediación familiar?

La naturaleza misma del conflicto familiar y sus potenciales impactos sobre la vida de los miembros y la sociedad en general constituyen las más sólidas razones para favorecer la utilización de diferentes alternativas para su tramitación.

El alto contenido afectivo que subyace y limita la consecución de acuerdos en situaciones de conflicto familiar, así como la antigüedad de las causas detonantes del problema que expresa su crisis en la actualidad, ponen en evidencia la limitada capacidad que el proceso jurisdiccional detenta para resolverlo.

Es por ello que bajo el entendido de que solo quien es poseedor de la información de las causas del conflicto (presentes o remotas) puede procurarle una solución definitiva, la mediación surge como una respuesta que promueve a los miembros de la familia como líderes en el proceso de resolución, donde el mediador es un formador en la técnica del diálogo al tiempo que facilitador de este.

Bajo ese entendido, el acuerdo resultado del proceso de mediación familiar arroja soluciones a cuestiones que

superan la esfera puramente legal, para agregar a ellas consideraciones y evaluaciones de las causas mismas del conflicto, que suelen ser de orden emocional o psicológico, lo cual dota de mayor sentido de verdad y justicia el resultado alcanzado.

Como ya se ha mencionado, el acuerdo producido por el consenso y no por la imposición de autoridad precedida del largo debate propio de la jurisdicción evita agresiones adicionales que, sin duda, deterioran aún más la relación al punto de anularla para el futuro.

Ahora bien, a esta argumentación se han sumado elementos propios del gobierno judicial, como lo son aquellos que indican que su implementación permite desjudicializar un importante volumen de causas que están recargando el sistema y limitando la capacidad de evacuación de los jueces civiles o de familia (según sea el caso).

Por su parte, la sociología ha destacado de la mediación su relevancia como instrumento que fortalece la responsabilidad de los sujetos en conflicto de frente al cumplimiento de los acuerdos, dado que al haber sido estos alcanzados por la vía del diálogo y no impuestos por autoridad alguna, restringe las posibilidades de incumplimiento a las puramente objetivas.

Es importante poner de presente que el hecho de agotar

el ejercicio de mediación de manera previa al proceso (siendo o no condición para el ejercicio de la acción jurisdiccional) no tiene la potencialidad de afectar el derecho de defensa de las partes en él, ya que las sesiones de mediación se cumplen bajo la exigencia de confidencialidad; por ende, lo que allí se debate no podrá obrar como elemento probatorio en el proceso posterior.

Finalmente, es importante destacar que la duración del proceso judicial es tiempo que se agrega al debate entre los miembros de la familia en relación con las obligaciones incumplidas; es por ello que la pronta resolución de las disputas de esta naturaleza es particularmente relevante. Siendo ello así, es preciso poner de presente que también es ventaja de la mediación familiar la celeridad en la solución.

El mediador

Su función consiste básicamente en ayudar a restituir o generar un diálogo entre las partes para llegar a acuerdos en los que los involucrados sientan que sus objetivos e inquietudes fueron tenidos en cuenta o, tal como lo señala Martín (1995), *“su actuación es de catalizador, educador y comunicador que ayuda a las partes a identificar y clarificar los temas objeto de controversia, a canalizar sus sentimientos de una forma positiva*

y a generar opciones que faciliten la resolución del conflicto, a fin de evitar enfrentamiento en los tribunales”.

En este sentido, el mediador es un tercero imparcial, es un auxiliar para amortiguar la situación de enfrentamiento y favorecer la interrelación que posibilite el acuerdo, ayuda en el proceso de definir cuestiones por las partes en conflicto y a concentrarse en intereses básicos. Así, explora y propone opciones que pueden resultar satisfactorias para ambas partes.

Para Moreda (1996), el mediador es un agente de realidad, que ayuda a las partes a diferenciar lo que es posible y practicable de sus propuestas; distinguiendo el deseo y la realidad, es así como es un motivador para negociar de buena fe y establecer las normas que han de regir el desarrollo del procedimiento, en este sentido se puede afirmar que es el encargado de trabajar para reconciliar los intereses competidores, creando una atmósfera de empatía y una buena relación, es decir, debe ayudar a las partes a descentrarse de sus posiciones a través del diálogo.

Entonces, es el agente que facilita la manifestación de los sentimientos y emociones como mecanismo para contener la crisis, velando porque el conflicto no termine en violencia y evitando la escalada de la hostilidad. Es por ello que en el desarrollo de

esta tarea debe utilizar todos los recursos posibles, a fin de que surjan diálogos productivos y se facilite descubrir los verdaderos intereses. En este orden, como lo plantea Verdun (1999), *el mediador no defiende los derechos de los clientes a nivel particular, sino que piensa en sus necesidades y en las del resto del núcleo familiar, siendo uno de los principales ejes de trabajo el restablecimiento de la comunicación y la negociación*.

Bien señala Haynes (1995) que el mediador ayuda a los clientes a aceptarlo como alguien que

- a) *Está comprometido con la negociación, no con persona alguna;*
- b) *Es equilibrado respecto de las personas participantes;*
- c) *Controla el proceso mientras pueda gestionar los contenidos traídos por los clientes;*
- d) *No acepta definiciones unilaterales del problema;*
- e) *Les ayuda a desarrollar opciones para resolver, y*
- f) *No guarda secretos para con ninguno de los intervinientes.*

Bajo esas condiciones, la función del mediador no consiste en asesorar a las partes ni brindarles orientaciones jurídicas sobre el caso traído a mediación. Se limita a informar a las partes sobre los aspectos puntuales que se vinculen a las negociaciones. El conocimiento y ponderación por parte del mediador de las diferencias culturales evita

malentendidos y situaciones desagradables y aumenta las posibilidades del éxito en el proceso de mediación.

La mediación en temas familiares exige del mediador una gran idoneidad moral y una capacitación específica, porque es innegable que en estos temas la conflictiva de las relaciones humanas se agudiza y cobra una fisonomía particular en función del fuerte compromiso emocional propio de las relaciones de familia. El mediador debe detentar una sensibilidad particular y una formación específica que lo doten de la habilidad para obtener soluciones con el menor dolor posible para las partes, de manera que no se profundice la disputa a través de ataques y defensa que dejen sin resolver las causas profundas que dieron origen al conflicto.

De acuerdo con Waimberg y Palacios (s. f.), la mediación demanda de una persona experta en relaciones interpersonales manejo de conflictos, habilidades de negociación y conocimientos de la ley de familia, razón por la cual se requiere un enfoque interprofesional en el que la participación de un psicólogo y un abogado conjugan bien los conocimientos requeridos.

Así las cosas, el mediador familiar que demandan las comisarías de familia debe orientar su labor hacia los siguientes aspectos, como lo plantea Ripol-Miller (2001):

1. El foco principal de la atención del mediador no será «descubrir» y «rescatar» aportaciones de las partes que permitan unas bases de «entente» y un acuerdo final, sino examinar toda la producción de las partes (explicaciones, declaraciones, retos, preguntas...) para reconocer y destacar las oportunidades de transformación que contienen.
2. Cada intervención de los mediados es analizada por sí misma para descubrir espacios en los cuales ambas partes pueden adquirir potencial personal (*empowerment*) y capacidad de comprender la perspectiva del contrario (*recognition*).
3. Los mediadores ayudan a los mediados a clarificar todas las posibles elecciones y los animan a deliberar. Todas las decisiones de las partes son tratadas como básicas, tanto las que se refieren a la forma de llevar a cabo el proceso de mediación como las que hacen referencia a temas de identidad personal o a sus relaciones.
4. Se intenta evitar el deslizamiento de las partes hacia propuestas resolutorias prematuras, pactos finales que pueden zanjar el tema sin que hayan podido llegar al fondo de este. En ningún caso el mediador opina, valora o propone; más bien, intenta ralentizar el proceso para asegurarse de que han salido a la superficie todas las opciones, todas las opiniones y deseos de las partes en relación con el tema tratado.
5. El mediador anima a las partes a tomar en consideración el punto de vista de su oponente. El mediador está atento para aprovechar todas las oportunidades que las partes hacen aparecer para analizar su historia en común, para poder aprender de ella e intentar comprender el punto de vista de todos los implicados en esa historia.

Levesque (1998) nos presenta una síntesis de las principales funciones y objetivos que utiliza en la mediación:

Funciones y objetivos de la mediación familiar	
Funciones	Objetivos
Hacerse cargo del proceso y establecer una estructura	• Guiar los intercambios.
	• Establecer una relación.
	• Crear un ambiente.
	• Gestionar la agresividad.
	• Mantener su objetividad.
Establecer una comunicación funcional	• Utilizar una comunicación honesta.
	• Favorecer sentimientos.
	• Identificar y clarificar juegos.
	• Compartir la información.
	• Identificar las expectativas.
Facilitar la negociación	• Identificar las necesidades.
	• Exponer lo que está en juego.
	• Equilibrar los poderes.
	• Favorecer la toma de decisiones.
	• Poner a prueba la realidad.
	• Planificar.

Fuente: *Méthodologie de la médiation familiale*. Canadá.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario resaltar que el mediador es un ser humano y en cuanto tal la objetividad y neutralidad no le son propias a su actuar. De ser así, significaría la disociación de la persona en tres niveles totalmente diferenciados y diferenciables, como son sentir, pensar y hacer, con un grado tal que no se influyeran unos en otros. Si este fuera el caso, estaríamos frente a una persona con serios problemas de integración personal, lo que lo incapacitaría para ejercer la tarea, es decir, tomar la adecuada *distancia*. Es por ello que cuando se indica que el papel del mediador demanda un actuar neutro, lo que se pretende es ser objetivo, imparcial, es decir, que la escala de valores no interfiera en la orientación proporcionada, sino que sean las variables profesionales las que dirijan el actuar del profesional.

Al respecto, la escuela nueva, específicamente en educación social, refiere que el mediador debe ser una persona imparcial, enfocada a que su objetivo es ayudar a identificar y clarificar el conflicto. En este orden, en ocasiones, tiene que asumir un papel más activo que el de solo moderador, creando puentes, ofreciendo soluciones sin imponerlas o, si el caso lo amerita, remitir las partes a otros profesionales o a otro tipo de intervención.

Ahora bien, esas funciones de desempeñar el proceso de

mediación exigen un específico perfil para ser mediador. Es necesario que la función la desempeñen quienes detentan una preparación específica que les permita penetrar en el mundo de cada familia con una predisposición particular, que incluye el aprendizaje de aspectos psicosociales y en particular familiares. No significa ello que el ejercicio de mediador esté restringido a una formación profesional específica, pero sí demanda una capacitación previa que aprovechando las aptitudes naturales del sujeto y su formación previa sirva para fortalecer la técnica de mediación.

Además de ello, es preciso destacar que las aptitudes naturales del sujeto deben potenciarse para su adecuado desempeño como mediador familiar en orden a facilitar su labor y dar mayor garantía de éxito a su quehacer. De acuerdo con lo planteado por Otember y Cendrero (1996), son:

1. Buena comunicación.

Este proceso implica tres aspectos importantes, a saber:

- Escuchar: Involucra la integración de los tres canales de respuesta del sujeto en su comportamiento; en primer lugar, la parte comportamental, lo que significa que las partes puedan entender que su caso es de importancia; la parte cognitiva, demostrada en el interés y la retroalimentación

que se efectúa sobre lo escuchado; y la parte afectiva, que para el caso se evidencia en la neutralidad que debe tenerse respecto a las partes.

- Callar: Para que el otro pueda hablar, es necesario que se permanezca en silencio; de lo que el otro dice surgirán posiciones u ocurrencias esclarecedoras que permiten establecer la manera como se ha generado la crisis y los elementos del conflicto que llevan a solicitar la mediación.
- Hablar: El tiempo para realizar este comportamiento es posterior a escuchar a las partes, para tener una idea clara de lo que ocurre. Esto implica que se parte de la situación concreta que se ha escuchado y no de los aspectos subjetivos que acompañan al mediador. En este punto se deben señalar las inconsistencias o contradicciones, mostrar específicamente cuáles son las peticiones de las partes. Adicionalmente, en este momento se debe comprender a cabalidad la naturaleza del conflicto y cuáles son los elementos cruciales que lo componen, lo que implica el diálogo con las partes que permita relacionar la trama con la realidad.

2. Empatía

Se define como el ponerse en el lugar del otro; no obstante, en

el proceso de mediación implica escuchar atentamente, sin hacer que prevalezcan las ideas, actitudes o posicionamientos del mediador. En este orden, se debe demostrar el interés, guardando distancia para conservar su puesto como tercero neutral, de manera que le permitan reconocer sus propios perjuicios y su proyección en el desarrollo de su función.

3. Neutralidad, imparcialidad y confidencialidad

De acuerdo con Cendrero (2006), la neutralidad radica en no dar respuestas a los problemas tratados; es decir, el mediador no debe dar su opinión, debe respetar que las partes no quieran tratar determinados temas, aunque sean de mucha importancia para la contraparte, recordando que la particularidad de este proceso radica en la voluntariedad de las partes y de los contenidos.

En palabras de Marinés Suares (2002), *la de-neutralidad sería en sí la práctica de la participación y ayuda a las partes para que se logre la deconstrucción de la disputa. El involucrarse es un paso necesario para llegar a dicha reconstrucción, y la neutralidad (quedarse afuera) se ejerce cuando las partes pueden volver a negociar. Es decir, involucración y neutralidad. Es decir: De Neutralidad.*

La imparcialidad queda latente cuando el mediador no se posiciona ni a favor ni en contra

de ninguna de las partes, es decir, no se adhiere a nadie.

Y por último, el sentido de confidencialidad está en la procura de que la información difundida durante el proceso de mediación no salga de este espacio; en este sentido, solo pueden salir de este espacio los acuerdos a los se haya llegado. Se establece ese compromiso del mediador y de las partes; entonces los involucrados se comprometen a no utilizar la información que se trate del proceso en ningún contexto fuera de él, salvo lo que se refirió antes en relación con la violencia.

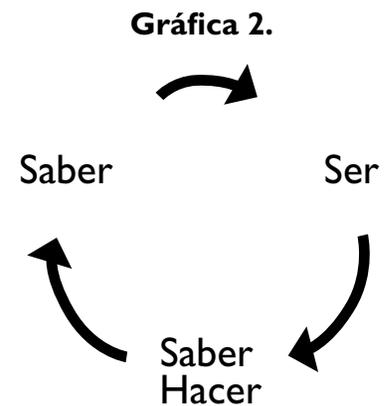
4. Credibilidad

La confianza de los sujetos en conflicto con el mediador es premisa fundamental para el éxito de la labor a su cargo; esa confianza se construye en función de su manera de actuar dentro del proceso, que se debe traducir en razón a las características de la mediación en una intervención puntual, no permanente, sencilla y respetuosa con el propio proceso del conflicto.

En cuanto al perfil profesional del mediador, es necesario tener en cuenta que este debe poseer conocimientos en medios alternativos de resolución de conflictos y conocimientos jurídicos que no deben limitarse solamente a la literalidad de la ley, sino que deben abarcar también

los criterios jurisprudenciales en la interpretación de aquella. En este sentido se requiere una formación sustancial para salir de los lugares tradicionales de ejercicio profesional.

Ahora bien, para realizar las funciones descritas con anterioridad se requiere reunir tres requisitos importantes: formación teórica, preparación técnica y unas cualidades específicas, aspectos anteriormente abordados. En este orden, el programa de educación nueva, específicamente en educación social, siguiendo lo planteado por Bañolos (s. f.), sugiere la coordinación de tres aspectos para que el trabajo sea eficaz:



Fuente: gráfica realizada por el autor.

1. Saber: Corresponde a la formación teórica general y específica, lo que implica:

- Formación general en campos diversos (Psicología, Educación, Ciencias Sociales, Derecho, entre otras).
- Formación técnica en estrategias de resolución de

conflictos, comunicación y en otras técnicas específicas de mediación.

- Desarrollo de código ético.

2. Ser: Hace referencia a las cualidades personales, como son la capacidad para motivar, la habilidad para generar confianza, la flexibilidad en las ideas, la paciencia y la neutralidad, como características centrales.

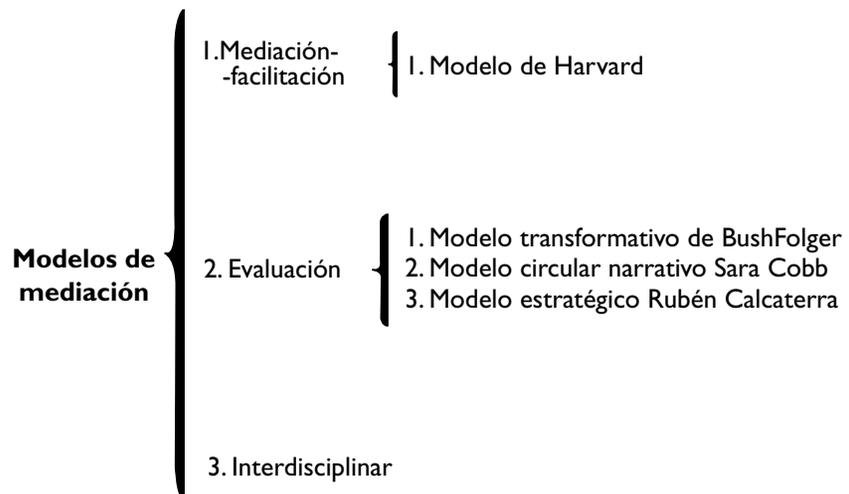
3. Saber hacer: Hace referencia a una formación técnica en estrategias de mediación y a la necesidad de experiencia supervisada, lo que implica saber qué, cómo y cuándo utilizar estrategias que ayuden a resolver conflictos, razón por la cual debe recibir entrenamiento en técnicas de comunicación, resolución de conflictos, escucha activa, fijación de límites, equidistancia funcional, entre otros.

En este orden, para ser mediador se requieren habilidades personales que deben ser coadyuvadas con la formación profesional y con el entrenamiento en técnicas específicas, razón por la cual es necesario desplegar un proceso de desarrollo de competencias que garantice que el trabajo por realizar va a alcanzar el objetivo de la mediación y la atención adecuada de la ciudadanía que demanda el servicio de las comisarías de familia.

Modelos de intervención

Al hacer referencia a los modelos de intervención, la literatura define modelo a un sistema de conceptos relacionados que permiten representar abstractamente los hechos que se pretende conocer y explicar. Es de anotar que según Kunt, el modelo implica una postura teórica desde la cual se generan unas hipótesis que permiten responder a una realidad particular. En este orden se puede considerar como un mapa de conceptos y sus relaciones, incluyendo suposiciones acerca de la naturaleza tanto de los fenómenos que esos conceptos representan como sus relaciones, de manera que menciona unas categorías conceptuales que son consideradas fundamentales para la comprensión de lo representado.

En este orden de ideas, a continuación se abordan los modelos de mediación que los estudiosos en el tema han propuesto.



Fuente: Elaborado por el autor a partir de la revisión conceptual.

1. Modelo de mediación-facilitación

Se considera pionero en el ámbito de la resolución de conflictos, específicamente en lo relacionado con la forma de negociar, donde se parte de propiciar acuerdos, donde intervienen la cooperación y la colaboración como mecanismos facilitadores de la resolución de conflictos.

2. Modelo de evaluación

Toma este nombre debido a que parte del conocimiento de las fortalezas y debilidades de las partes para transformar la dinámica relacional de las partes en conflicto hace parte de esta:

3. Modelo interdisciplinar de Bustelo

Para el presente modelo, la mediación se convierte en una forma alternativa de resolución de problemas; la mediación interdisciplinaria se concibe como una intervención de un equipo multiprofesional representado en la persona del o de los mediadores no vinculado a las partes de un conflicto familiar. Actúa a solicitud de una de las partes y su objetivo es promover una forma alternativa de la resolución del conflicto familiar.

Tabla comparativa de modelos de mediación					
Aspecto	Tradicional Harvard	Transformativo Bush y Folger	Circular-Narrativo Sara Cobb	Estratégico Rubén Calcaterra	Modelo interdisciplinar Bustelo
La mediación	Negociación colaborativa asistida por un tercero para resolver un problema.	Oportunidad para desarrollar el potencial de cambios de las personas al descubrir sus propias habilidades.	Proceso para llegar a acuerdos transformando la narrativa de confrontación en una historia alternativa que posibilite el cambio.	Es un proceso formal que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.	La mediación se convierte en una forma alternativa de resolución de problemas.
La comunicación	Se centra en contenidos verbales. Diálogo = comunicación bilateral efectiva.	Se centra en el proceso relacional.	Es un proceso complejo que incluye el contenido y la relación que se dice, cómo se dice y dentro de qué contexto.	Se centra en el proceso de racionalización.	Es una forma de expresar poder; situación que debe ser modificada.
El mediador	Es un facilitador de la comunicación, experto en dirigir la discusión.	Facilita la transformación de la relación.	Busca transformar la historia y la relación.	El mediador es un tercero neutral que no tiene autoridad para decidir.	Es un facilitador de la comunicación.
El conflicto	Un obstáculo para la satisfacción de intereses o necesidades.	Oportunidad de transformación.	Historia interpersonal de malestar y confrontación donde la identidad y el self han quedado mal posicionados.	Como un fenómeno social que, como tal, comprende varias realidades, lo que fundamenta mantener un foco permanente en los patrones de interacción.	Es entendido como un entramado de relaciones, circunstancias y motivos mediados por vínculos humanos complejos que hace imposible que sea abordado por una sola disciplina.
Métodos	Aireación del conflicto. Neutralidad: imparcialidad y equidistancia del mediador. Ir del caos al orden.	Empoderamiento. Coprotagonismo. Preguntas circulares.	Reflexión y comprensión. Legitimar a las personas. Generar nuevos significados.	Reflexión y comprensión.	Las de la Psicología según las particularidades de los participantes.
Metas	Lograr acuerdo. Disminuir diferencias entre las partes.	Modificar la relación entre las partes, sin importar si llegan o no a un acuerdo.	Reflexión. Cambiar el significado. Transformar la historia. Lograr acuerdo si es posible.	la deconstrucción del conflicto, la reconstrucción de la relación y la construcción de la solución.	Llegar a acuerdos de la manera menos conflictiva posible, haciendo énfasis en ser duro con el problema y blando con las personas.

Fuente: Elaboración propia a partir de la propuesta de Marines Suares. Proceso de mediación y habilidades del mediador. Universidad Externado de Colombia.

Ahora bien, teniendo en cuenta las características de las dinámicas familiares en Colombia, se considera de mayor pertinencia la aplicación de los modelos *circular-narrativo de Sara Cobb* e *interdisciplinar de Bustelo*, dado que ambos buscan la transformación del conflicto teniendo en cuenta las variables sociales, psicológicas y culturales que confluyen en la interpretación problemática y además consideran al ser humano como un sujeto transformador de su realidad y de sus significados.

Basados en la descripción de la figura, a continuación se esbozan algunos aspectos por tener en cuenta para su implementación en las comisarías de familia bajo los siguientes supuestos:

- a. El conflicto familiar, entendido como aquel en el que las acciones a cargo de las comisarías de familia se avocan con fundamento en el proceso policivo, demanda un filtro previo dirigido a la solución de los aspectos relacionales que deterioran la institución familiar. Es decir, se requiere un ejercicio más preventivo que policivo para proteger la familia.
- b. La alta demanda de servicios a cargo de las comisarías de familia, ligada a la obligación legal de someter los procedimientos de atención al trámite oral, exige un filtro

en los asuntos que de manera formal debe presidir de manera directa el comisario, a fin de evitar largos tiempos de espera para la decisión y por ende serios impactos en el deterioro de las relaciones familiares.

- c. La disposición del equipo psicosocial en comisarías preparado para actuar como conciliador y mediador no goza de un aprovechamiento adecuado para los fines de prevención que el modelo de gestión debe privilegiar.
- d. Por no tratarse de una competencia reglada, sino de un ejercicio que demanda orientación a las partes en conflicto, este ejercicio se agotaría a solicitud de los interesados por profesionales del equipo psicosocial debidamente coordinados y supervisados por el comisario de familia.
- e. Frente a la decisión del usuario de solicitar orientación para la realización de una mediación familiar en los mismos asuntos que por ley son objeto de conciliación y de orientación familiar, procedería el ejercicio. El fracaso de la conciliación daría lugar al inicio de los procesos policivos y administrativos correspondientes si así se demanda.

Así las cosas, serían asuntos objeto de mediación los que a

continuación se enlistan:

- a. La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
- b. La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes;
- c. La fijación de la cuota alimentaria;
- d. La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;
- e. La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges;
- f. Conflicto familiar relacionado con los parámetros de crianza y los conflictos intergeneracionales, entre otros.

En todos los casos, el acuerdo deberá dar cuenta de la forma en que se llevará a cabo el seguimiento de los pactos, actividad que correrá a cargo del equipo psicosocial de la comisaría; se privilegiará en todos ellos el interés de los menores involucrados.

Quedan así descartados de este procedimiento los asuntos de conocimiento de comisarías de familia que se detallan a continuación:

- a. El maltrato infantil;
- b. El abuso sexual;
- c. La violencia intrafamiliar entre cónyuges reincidentes o aquella que se denuncia por primera vez, pero se hace consistir en un intolerable;

- d. No pueden haber acciones judiciales o administrativas en curso salvo que versen sobre aspectos susceptibles de transacción caso en el cual el acuerdo resultado de la mediación servirá para dar por terminado el proceso o reducido el objeto de la litis.
- e. Conflictos asociados a patologías psíquicas severas que demanden tratamiento permanente y que ello ponga en duda la capacidad de una de las partes en conflicto.
- f. Conflictos planteados que deben resolverse entre un menor y un adulto.

Adicional a lo anterior y como elemento central de transformación del quehacer, se requiere realizar un proceso de formación; el Foro Europeo de Estándares de Formación en Mediación Familiar, citado por García (2003), compuesto por más de 60 asociaciones de ocho países europeos, establece como estándar mínimo de formación en mediación 180 horas de capacitación teórica y práctica, en el que incluye nociones jurídicas sobre derecho de familia, técnicas de entrevista (comunicación verbal y no verbal) y psicología

básica (aspectos de personalidad, resolución de conflictos, manejo de comunicación, variables emocionales, tácticas de negociación).

El aprendizaje práctico ha de cubrir simulaciones (juego de roles) y estudio de casos, así como prácticas guiadas y asesoramiento, recordando que según Mastropaolo “Hacer formación en mediación no es enseñar técnicas, es provocar un cambio específico en la manera de pensar y de ser, un cambio que debe ir desde la rigidez hacia la flexibilidad”.

Referencias bibliográficas

- Alessio, M. (s. f.). *Mediación familiar*. Argentina.
- Bernales, S. (2002). *Familia y mediación: Una mirada previa*. Chile
- Bolaños, J. (1996). Mediación Familiar: Una forma diferente de entender la justicia. *Información Psicológica*. N° 60, pp. 23-25.
- Bustelo, E. (1995). *Mediación Familiar Interdisciplinaria*. España.
- Bustelo, D. (2004). *Familia y Escuela. Resolución de Conflictos*. Jornada Monográfica Fere Madrid.
- Cendrero, T. (2006). *Mediación familiar: Experto en gestión de conflictos*. Editorial Alcalá.
- Curuchel, G. (s. f.). *Mediación y resiliencia. Formación básica*. Cap.VII. Etapas y características de la mediación resiliente. Buenos Aires, Argentina.
- Fuquen, M. (2003). “Los conflictos y las formas alternativas de resolución”. *Revista Tábula Rasa*. Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá.
- Galvis, A. (s. f.). Análisis comparativo de la legislación de mediación y conciliación colombo-argentina, Colombia.
- García, L. (2003). *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Editorial Dykinson.
- Haynes, J. (1995). *Fundamentos de la mediación familiar*. Gaia Ediciones.
- Hernández, M. (s. f.). *La mediación en la resolución de conflictos*, Barcelona.
- Ilundain, M. & Tapia, G. (s. f.). *Mediación y violencia familiar*, Argentina.
- Kluger, V. (s. f.). El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar, Argentina.
- Ortemberg, O. (1996). *Mediación familiar: Aspectos jurídicos y prácticos*. Editorial Biblos.
- Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar: Teoría, práctica, principios y estrategias operativas*. Gedisa Editores.
- Poyatos, A. (2003). *Mediación familiar y social en diferentes contextos*. Editorial Publidisa.
- Rodríguez, M. & Camelo, J. (2008). Aportes teóricos para las unidades de mediación y conciliación de Bogotá. Informe de investigación para optar el título de magíster en Mediación Familiar y Comunitaria.
- Soler, R. (s. f.). *Centros de Mediación del Órgano Judicial*, Panamá.
- Social Conflict: escalation, Stalemate, and Settlement. New York: Random House
- http://www.simas.org.ni/_publicacion/Libro%20Conflictos%20Parte%202.pdf.

Influencia de las regalías en el desarrollo socioeconómico de las poblaciones mineras en páramo

Recibido: 14 de abril de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTOR: FRANK ERASMO PULGARÍN V.46

“El desarrollo socioeconómico de las comunidades que habitan en zonas de minería en páramo se analiza a partir de las oportunidades que tienen los miembros de las mismas de mejorar sus condiciones vitales, de tal forma que puedan realizar un proyecto libre que les permita ampliar sus capacidades. En este sentido, se observa la percepción que tienen las comunidades de su presente, y las expectativas de cara al futuro. También se observa cómo las regalías obtenidas por las comunidades investigadas son un elemento tangible que permite observar qué tan acertadas o no están las poblaciones analizadas sobre su situación actual y proyección hacia el futuro”.

Álvarez-Correa et al., 2015:103

Debido a que el páramo conforma un ecosistema delicado y fundamental para el equilibrio natural del planeta, la investigación referida se fundamentó en la minería en páramo en Colombia. Para poder evaluar el impacto de la minería ya mencionada, se recolectó información de fuentes primarias y secundarias de los cien municipios del país que en sus territorios tienen zonas de páramo relacionada fundamentalmente con el manejo administrativo y ambiental de las minas en términos de exploración y explotación.

El proceso investigativo tuvo como objetivo fundamental la recolección de elementos que permitiesen analizar el nivel de desarrollo en términos socioeconómicos de las comunidades con minería en páramo, el cual de

INVESTIGACIÓN

Resumen

El presente artículo retoma y amplía el análisis y la labor investigativa desarrollada en el documento La Montaña Rota-Minería en Páramo en Colombia⁴⁷: ¿Cómo Estamos?⁴⁸, específicamente en lo relacionado con la influencia de las regalías en el crecimiento socioeconómico de las poblaciones mineras ubicadas en los páramos de Colombia. El periodo inicialmente contemplado abarcó el margen comprendido entre el I-I-2001 y 31-XII-2014, el cual se amplía al 2015. Entre las principales conclusiones se puede resaltar que los proyectos desarrollados por municipios y gobernaciones con los recursos de las regalías siguen estando acordes al objetivo de incentivar el crecimiento socioeconómico. No obstante, a pesar de que ha incrementado el nivel de ejecución de las regalías, en su mayoría, esta ejecución corresponde a proyectos de años anteriores, confirmando así los hallazgos previamente realizados.

Palabras clave

Regalías, poblaciones mineras, desarrollo socioeconómico, minería en páramo.

46 Economista de la Universidad de los Andes y candidato a magíster en Economía en el mismo ente académico, actualmente se desempeña como investigador del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Contacto: frankpulgarin@gmail.com.

47 Autores: Álvarez-Correa M., González M., Montealegre F., Oñoro R., Bocanegra D., Vivas O., Pulgarín F.

48 Publicado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación (2015).

acuerdo con la investigación desarrollada se fundamenta en cinco atributos intrínsecos a la actividad minera, más específicamente a la minería en páramo:

- » *Las afectaciones geográficas y medioambientales de la minería en el tiempo.*
- » *La cooptación (del Estado).* Constituye una forma de corrupción donde grupos o personas organizadas distorsionan la formulación o ejecución de leyes.
- » *La calidad de vida de las familias mineras.* Se trabajó con familias que dependen en su mayoría de la minería, realizando entrevistas para determinar aspectos cualitativos de percepción sobre su desarrollo socioeconómico.
- » *Legal.* Estudio de los parámetros legales de los páramos tales como sus límites físicos y la naturaleza de su aplicación en la práctica.
- » *Las regalías.* Originadas en su mayoría de la explotación minera y de los hidrocarburos, se buscó determinar el destino y el uso dado a estos recursos en el periodo ya mencionado en los municipios donde hay páramo y actividad minera. Sobre este último aspecto se va a efectuar la ampliación analítica para el año 2015.

En torno a *las regalías*, que son el tema de interés de este artículo, tienen como propósito inicial que las empresas que se benefician de la minería en zonas de páramo brinden a las comunidades afectadas por su actividad una compensación económica por la explotación de los recursos naturales, que se han implementado en su territorio, con el fin de que estos ingresos se inviertan en el desarrollo socioeconómico de esas comunidades. Es imperativo mencionar que para el análisis de la influencia de las regalías en el desarrollo socioeconómico de las poblaciones con minería en páramo que se realizó, se tomaron datos correspondientes al período entre el I-I-2001 y el 31-XII-2014.

Es de notar que durante el lapso transcurrido entre el I-I-2001 y el 31-XII-2011, en Colombia había un sistema para la asignación de las regalías conocido como el *Antiguo Sistema de Regalías*. A partir del I-I-2012 hasta la actualidad (semestre I 2016) ha regido un cambio en el sistema de distribución y se pasó al *Sistema General de Regalías*. Se procederá a explicar los dos sistemas.

INVESTIGACIÓN

Résumé

L'article qui va être présenté, reprend et donne de plus amples informations sur l'analyse et le travail de recherche développé dans le document " **La Montaña Rota-Minería en Páramo en Colombia: ¿Cómo estamos?** ", spécifiquement en ce qui concerne l'influence des redevances sur la croissance socio-économique des villes minières situées dans les landes de la Colombie. L'intervalle de temps initialement analysé couvrait la marge entre le I - 2001 et le 31 -XII- 2014, lequel a été ici prolongé jusqu' à l'année 2015. Parmi les principales conclusions, on peut noter que les projets développés par les municipalités et les gouvernorats, avec les ressources des redevances, continuent étant en rapport avec le but d'encourager la croissance socio-économique. Cependant, même si elle a augmenté le niveau de mise en œuvre des redevances, dans la plupart des cas, cette exécution correspond à des projets des années précédentes, ce qui confirme les résultats obtenus précédemment.

Mots clés

Redevances, villes minières, développement socio-économique, exploitation minière.

• Antiguo sistema de regalías (ASR)

En el momento de partida de este análisis (año 2001), las regalías que el Estado obtenía por medio de la explotación de los recursos naturales se distribuían de forma directa entre los municipios y departamentos que tenían exploración o explotación de recursos naturales no renovables, asignándoles un 80% de los recursos obtenidos. Estas regalías directas debían ser destinadas a proyectos prioritarios que se encontraran dentro de los planes de desarrollo de los municipios y los departamentos favorecidos⁴⁹. El 20% restante se asignaba al Fondo Nacional de Regalías, que tenía la tarea de redistribuir estas regalías entre aquellos municipios y departamentos que no recibían regalías directas, y su destinación debía ser para proyectos sectoriales acordados con el consejo asesor de los municipios y departamentos que recibían esta compensación⁵⁰.

El Estado colombiano asignó las regalías bajo el denominado ASR hasta el 31 de diciembre de 2011; el 1.º de enero de 2012 comenzó a funcionar el Sistema General de Regalías. Es importante mencionar que durante el periodo de funcionamiento del SGR comprendido en el

presente proceso investigativo siguieron en curso proyectos financiados por el Fondo Nacional de Regalías durante el antiguo sistema.

Por este motivo, el Departamento Nacional de Planeación quedó encargado de liquidar el Fondo Nacional de Regalías, así como del control y vigilancia de los proyectos financiados, tanto con regalías directas del ASR como con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

• Sistema General de Regalías (SGR)

El 1.º de enero de 2012 se implementa el SGR, que reemplaza al denominado antiguo sistema de regalías. Este cambio en el sistema de regalías en Colombia se da por una serie importante de razones. Por lo pronto, se referirán dos fundamentales⁵¹.

La primera consiste en que el ASR tenía un claro favorecimiento hacia las entidades territoriales que generaban recursos por medio de la explotación de los recursos naturales, ya que el 80% de las regalías generadas iban de forma directa hacia estas entidades.

Ello incitaba a la desigualdad con aquellos departamentos y municipios que no tenían actividades de explotación de recursos naturales no renovables, ya que al no recibir regalías directas, dependían exclusivamente de sus actividades económicas (distintas a la exploración y explotación de los recursos naturales) y de lo que se les diera dentro del 20% de las regalías, que era destinado al Fondo Nacional de Regalías.

El SGR busca promover el desarrollo equitativo y uniforme social en Colombia, en virtud de que el subsuelo de la nación pertenece a todos los colombianos y que por ende todos deben ser compensados por el uso de este. La otra razón que motivó la creación del SGR fue la necesidad de crear congregaciones que permitan a las entidades territoriales organizarse de forma regional, de modo que se mejore su funcionamiento.

A título de ejemplo, en el año 2012 los municipios de Monguí, Mongua y Gámeza (departamento de Boyacá), bajo el SGR, recibieron 367.222.900 pesos de regalías directas, las utilizaron para construir un corredor vial entre los tres municipios por la cantidad ya mencionada. Si hubiese sido el año 2011 bajo el ASR, estos recursos no se hubieran podido asignar a los tres municipios

51 Echeverry, J. & Alonso, G. & García, A. (2011). Por qué es necesaria la creación de un Sistema General de Regalías. 28 de mayo de 2016, de Ministerio de Hacienda y Crédito Público sitio web: [http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicaFiscal/reportesmacroeconomicos/NotasFiscales/Boletin%20%20Sistema%20General%20de%20Regalias%20\(2\).pdf](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicaFiscal/reportesmacroeconomicos/NotasFiscales/Boletin%20%20Sistema%20General%20de%20Regalias%20(2).pdf)

49 Página de Internet del Sistema General de Regalías (www.sgr.gov.co), 28 de mayo de 2016.

50 Página de Internet del Sistema General de Regalías (www.sgr.gov.co), 28 de mayo de 2016.

de forma conjunta, sino por separado, dándole a cada uno lo que le correspondía de forma directa por las regalías generadas, luego no hubieran podido juntar las regalías percibidas y no se hubiera podido construir el corredor vial que construyeron bajo el SGR.

Una vez realizada la comparación teórica entre los dos sistemas de distribución de regalías, resulta determinante establecer si estas regalías obtenidas bajo los dos sistemas, particularmente por municipios con minería en páramo, aportan al desarrollo socioeconómico de estas poblaciones.

• **Regalías giradas periodo 2004-2015**

Para el análisis de las regalías giradas a nivel nacional, tanto en el antiguo sistema como en el SGR, se tomarán en cuenta las regalías que fueron giradas a los municipios y a los departamentos, ya que estas son las que se les

dan a los entes territoriales como forma de compensación por la explotación minera que se está llevando a cabo dentro de sus territorios. Es importante distinguir entre las regalías asignadas y las regalías efectivamente giradas, que difieren ya que no siempre los proyectos se llevan a cabo en el periodo estipulado⁵².

• **Minería en páramo**

La proyección realizada hace pensar que el 48% de los municipios con páramo no desarrollan actividades de minería legal. Esta situación se enfatiza en el hecho de que un 9% de los municipios desconocen oficialmente si dentro de su zona de páramo se llevan a cabo actividades relacionadas con la minería tanto ilegal como legal. Tomando en cuenta esta limitación

metodológica para obtener las regalías de la actividad minera en zona de páramo, el proceso de investigación solo pueden tener en cuenta los municipios con páramos que oficializaron que hay actividad minera en su territorio, el 16%.

Con este aspecto aclarado, es importante mencionar que los municipios donde existe páramo que cuentan con actividades mineras son doce (Gámeza, Guaca, Jericó⁵³, La Uvita, Lenguaque, Samacá, Sibaté, Socotá, Sogamoso, Úmbita, Villapinzón y Zipaquirá), de los cuales cinco reconocen que tales labores tienen lugar en sus páramos, a pesar de estar prohibidas (Jericó, Lenguaque, Sogamoso, Úmbita y Zipaquirá).

52 Se observa que durante el año 2014 el Fondo Nacional de Regalías realizó giros a proyectos con vigencia del año 1999.

53 Jericó, en el departamento de Boyacá.



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015; datos www.sgr.gov.co año 2015.

Las sumas de las regalías giradas, incluyendo la ampliación del año 2015, muestran que las regalías obtenidas por los municipios con minería en zona de páramo para el periodo investigado han sido fluctuantes, siendo las del año 2015 parecidas a aquellas que se giraron en los años 2010 y 2011. Como rasgo para destacar, se encuentra que en el año 2009 estas poblaciones percibieron el monto más alto de regalías para todo el periodo analizado, superando en un 185,52% la cantidad percibida en el año 2015, que es la segunda cantidad más alta para la muestra analizada. Asimismo, lo percibido en el año 2009 supera en un 400,08% el promedio anual (2.512 millones de pesos) de las regalías giradas para el periodo investigado.

Una vez se ha mostrado en términos generales el comportamiento de las regalías giradas en los municipios con actividad minera en zonas de páramo, se muestra lo girado por concepto de regalías para cada una de estas poblaciones.

REGALÍAS GIRADAS A MUNICIPIOS CON MINERÍA EN PÁRAMO - AÑO 2015	
Municipios	Recursos
Gámeza	\$325.982.587
Guaca	\$372.429.219
Jericó (Boyacá)	\$313.885.501
La Uvita (Boyacá)	\$214.994.659
Lenguazaque	\$633.035.971
Samacá	\$812.730.640

REGALÍAS GIRADAS A MUNICIPIOS CON MINERÍA EN PÁRAMO - AÑO 2015	
Municipios	Recursos
Sibaté	\$840.563.822
Socotá	\$569.998.551
Sogamoso	\$286.270.107
Úmbita	\$546.117.669
Villapinzón	\$705.747.287
Zipaquirá	\$340.756.543
Total	\$5.416.394.887

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de la página del SGR.

Se puede observar que la distribución de los recursos muestra una fluctuación considerable entre los municipios analizados, siendo La Uvita al que menos le giraron (214.994.659 pesos) y Sibaté el más favorecido (840.563.822 pesos), lo que muestra que las compensaciones por concepto de regalías a los municipios con minería en páramo aumentaron de forma significativa con respecto a los otros años en que se ha venido implementando el SGR (desde I-I-2012). Este aumento no ha beneficiado de la misma forma a todos los municipios con minería en páramo.

A continuación se analizará el nivel de ejecución de las regalías para los municipios con minería en páramo, tomando en cuenta los datos del año 2015



Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015; datos www.sgr.gov.co año 2015.

Como se puede observar, el nivel de ejecución de los proyectos financiados con regalías ha tenido como característica fundamental su variabilidad a lo largo del periodo analizado, siendo 2014 el más bajo, con el 12%, y el más alto, 69%, para el año 2015;

variación: 57%. Dentro de este análisis es importante destacar que el hecho de que el 2014 sea el de más bajo nivel de ejecución es un rasgo esperable puesto que en ese año ya se estaban terminando de ejecutar los proyectos que fueron aprobados bajo el ASR y comenzaban a ejecutarse proyectos bajo el SGR y había a la fecha inconvenientes para la aprobación de los proyectos.

Con respecto al año 2015, de todos los años investigados, es claro que presentó el nivel más alto de ejecución en los proyectos financiados con regalías para los municipios con minería en páramo, lo que se debió al mayor tiempo operando bajo el SGR, por lo cual los entes tenían mayor conocimiento sobre el particular, razón por la que pudieron llevar a cabo una mayor cantidad de proyectos. No obstante, al realizar este análisis con mayor detenimiento, se observa que la gran mayoría de los que se pudieron ejecutar eran proyectos pequeños o proyectos que habían sido aprobados durante el periodo I-I-2012/31-XII-2014 y se culminaron en el año 2015. Esto muestra que los números deben ser analizados con cautela y no se pueden sacar conclusiones a la ligera con base en ellos, ya que se encuentran acompañados de un contexto, como se puede observar en la siguiente tabla.

EJECUCIÓN DE PROYECTOS CON REGALÍAS MUNICIPIOS CON MINERÍA EN PÁRAMO AÑOS 2012-2015						
Municipios con minería en páramo	Número de proyectos aprobados	Porcentaje de ejecución de los proyectos	Proyectos iniciados año 2012	Proyectos iniciados año 2013	Proyectos iniciados año 2014	Proyectos iniciados año 2015
Gámeza	2	0,00	0	1	0	1
Guaca	1	100,00	0	0	1	0
Jericó (Boyacá)	2	100,00	0	1	1	0
La Uvita (Boyacá)	2	63,00	0	1	0	1
Lenguazaque	6	33,33	0	1	1	4
Samacá	4	74,50	1	0	1	2
Sibaté	2	78,00	0	1	1	0
Socotá	2	58,00	0	1	0	1
Sogamoso	3	66,66	0	1	1	1
Úmbita	3	66,66	0	1	2	0
Villapinzón	2	92,50	0	0	0	2
Zipacquirá	4	89,7	1	1	2	0
Total	33	68,53	2	9	10	12

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de la página del SGR.

En la investigación realizada en el libro se había determinado que el cambio de sistema de regalías estaba ocasionando una disminución en las giradas a los municipios con minería en páramo, que no estaba colaborando en incrementar sus niveles de ejecución.

Una vez se cuenta con los datos del año 2015, se puede observar que el periodo I-I-2012/31-XII-2014 (analizado con el SGR operando dentro de la investigación inicial) fue de transición, en el cual las entidades se adaptaron al nuevo sistema de regalías. Prueba de esto es que en el año 2015 las regalías giradas tienen características similares a las de los años 2010 y 2011, los dos últimos en los que operó el ASR y tuvo el nivel más alto de ejecución.

En la investigación inicial se llevó a cabo una estimación promedio del tipo de proyectos en términos porcentuales que realizaron los municipios con minería en páramo. Los resultados se muestran a continuación.

TIPO DE PROYECTOS DE LAS ENTIDADES DONDE SE REALIZA MINERÍA EN PÁRAMO PERIODO 2004-2014	
Sector	Proyectos llevados a cabo en el sector mencionado (%)
Energía	6,67
Salud	13,33
Saneamiento y agua potable	6,67
Educación	53,33
Transporte	13,33
Cultura	6,67

Fuente: Álvarez-Correa M. et al., 2015.

Como se pudo establecer, en promedio, para el periodo analizado, el sector en el cual se realizaron más proyectos en los municipios con minería en páramo correspondió al de educación. Ahora se va a detallar cómo fue el comportamiento para los proyectos realizados en el año 2015.

Vale la pena explicar que en el análisis de la ejecución de proyectos por regalías en los municipios con minería en páramo para el año 2015, se toman en cuenta todos los proyectos a los cuales se hayan destinado recursos durante esta vigencia, algunos con duración mayor a un año. Por consiguiente, como se estipula en la tabla relacionada con la ejecución de proyectos con

regalías para la vigencia 2015, unos iniciaron en el año 2012.

Para el análisis sectorial de los proyectos realizados en el 2015, solo se toman aquellos que iniciaron en el año mencionado para compararlos de forma categórica con el tipo de proyectos que se realizaron durante el período I-I-2004/31-XII-2014, para no incurrir en errores de contabilizar los mismos proyectos por duplicado.

TIPO DE PROYECTOS DE LAS ENTIDADES DONDE SE REALIZA MINERÍA EN PÁRAMO - AÑO 2015		
Sector	Proyectos llevados a cabo en el sector mencionado (%)	Inversión realizada en los proyectos (%)
Transporte	50	32,7
Cultura	16,66	13,4
Vivienda	8,33	6,02
Educación	8,33	27,53
Inclusión social y reconciliación	8,33	11,49
Saneamiento y agua potable	8,33	8,85

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos de la página del SGR.

Como se deduce de la tabla anterior, la educación ya no es el sector con la mayoría de las inversiones, solo cubre el 8,33% de los proyectos, mientras que en la investigación inicial correspondió al 53,33%. El sector con más proyectos fue el de transporte (50%), que en el ejercicio pasado también fue relevante, con el 13,33%.

En el análisis de la inversión de proyectos para el año 2015 no solo se encontró la cantidad de estos por categoría, sino que se pudo obtener la participación porcentual de la inversión en cada uno de ellos. En este sentido, vale la pena mencionar que si bien para el 2015 el sector educación pasó a tener el 8,33% de los proyectos, la inversión en este correspondió al 27,53% del total de los recursos invertidos por regalías para la vigencia. Estos datos muestran que el sector educación sigue siendo relevante, como se mostró en la investigación inicial (53,33% de los proyectos), y que el sector transporte aumentó de forma significativa su participación, pasando del 13,33% de los proyectos al 50%, con participación del 32,7% del total de la inversión por concepto de regalías en los municipios con minería en páramo. Por último, aparece inversión en proyectos de vivienda, que en el periodo anterior no se tenía; corresponde solo al 8,33% de los proyectos con una inversión muy baja: 6,02% sobre el total.

• **Comentarios finales**

Se puede observar que el uso que se les ha dado a las regalías

durante el período en el que operó el ASR, de acuerdo con los datos reportados oficialmente, es coherente con el objeto fundamental de promover el desarrollo socioeconómico de las comunidades ubicadas en lugares donde se desarrolla la minería en páramo. La mayoría de proyectos en este periodo se desarrollaron en los sectores de educación, transporte y salud. No obstante, durante el período en que se llevaron a cabo los proyectos bajo el ASR, como ya se ha explicado, los recursos de las regalías eran girados de forma directa a los municipios, que tenían autonomía para disponer de ellos de una forma menos restringida que bajo el SGR.

Lo anterior hacía que se presentaran casos de proyectos que se habían iniciado en 1999 y en el 2014 no se habían terminado, lo que evidencia que bajo el ASR no se tenía un registro claro de los proyectos desarrollados por los municipios. Más aún: no era posible cuantificar ni monitorizar su porcentaje de ejecución, haciendo que no se cumplieran los plazos establecidos, lo que generaba un sistema que incentivaba actos de corrupción, tanto así que surgió la necesidad de crear el ASR para ejercer un mayor control del uso y destinación de las regalías destinadas a los entes receptores.

En el SGR, con el agregado de los datos para el año 2015, se puede observar que en los primeros tres años bajo este sistema (período

2012-2014), el nivel de ejecución de las regalías fue muy bajo con respecto a los últimos años bajo los cuales operó el ASR. Esta deficiencia, que se conoció en la investigación inicial, permitió concluir que había disminuido la ejecución de las regalías en virtud de los trámites, los controles y la dificultad que tenían los municipios para que les fueran aprobados los proyectos y por ende el giro de los recursos. En su momento, esto hizo presumir que el SGR, al poner estas limitaciones y controles, entorpecía la ejecución y asimismo la finalización de los proyectos para el desarrollo de las comunidades favorecidas por estos recursos.

Sin embargo, ya con los datos del año 2015, se pudo observar que el SGR en este año en su nivel de ejecución superó los niveles más altos que se tenían para el 2011 (66%), llegando para este año al 69%. Luego se puede evidenciar que los primeros tres años bajo el SGR fueron de adaptación para los municipios mientras aprendían a utilizar y a sacar provecho de los recursos obtenidos para el desarrollo de sus comunidades, haciendo que este sistema traiga mayores beneficios y crecimiento para las comunidades.

Otro aspecto positivo, si se compara el ASR con el SGR, es que bajo este último sistema todos los proyectos y los receptores de los recursos se encuentran debidamente monitorizados por parte del Estado, ya que se tiene sistematizado el nivel de ejecución

de los proyectos, su ubicación espacial y sus responsables. Además, los recursos se van girando de acuerdo con el nivel de ejecución reportado, no como en el ASR (todos los recursos se entregaban con antelación a los municipios).

En esta línea argumentativa, bajo el SGR, aquellos municipios que no justifican debidamente los recursos son investigados y sancionados y a aquellos que no ejecuten lo esperado se les congelan los recursos hasta que lleguen al punto que se espera en el desarrollo de sus proyectos. Por último, y más importante, es que bajo el SGR toda la información sobre las regalías es pública y se encuentra disponible para que todos los ciudadanos la verifiquen y controlen, lo que no sucedía bajo el ASR.

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Correa, M., González, M., Montea-legre, F., Oñoro, R., Bocanegra, D., Vivas, O., & Pulgarín, F. (2015). *La montaña rota-minería en páramo en Colombia: ¿Cómo estamos?* Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Echeverry, J & Alonso, G. & García, A. (2011). Por qué es necesaria la creación de un sistema general de regalías. 28 de mayo de 2016, de Ministerio de Hacienda y Crédito Público sitio web: [http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicaFiscal/reportesmacroeconomicos/NotasFiscales/Boletin%20%20Sistema%20General%20de%20Regalias%20\(2\).pdf](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/politicaFiscal/reportesmacroeconomicos/NotasFiscales/Boletin%20%20Sistema%20General%20de%20Regalias%20(2).pdf).
- Sistema General de Regalías (2016). Mapa Regalías. 28 de mayo de 2016, de Departamento Nacional de Planeación sitio web: <http://maparegalias.sgr.gov.co/#/?zoom=6&er=4.285327438024304,-77.76142578125&topLeft=12.907166580077373,-95.317578125&bottomRight=-4.336511704028766,-60.2052734375&periods=2015>.

Ensayo teórico: El “deber ser” del actor social, poder-norma-cotidianidad

Recibido: 29 de abril de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTOR: LEONARDO VALENCIA E.⁵⁴

Los actores sociales contemporáneos están inmersos en la institucionalización de los lugares entendiéndolos como apropiaciones totales de territorio donde se comparten relaciones sociales con una historia corporativa e íntima; una identidad que define el espacio donde suceden los hechos y percepciones que generaron representaciones espaciales para marcarlos y volverlos suyos o de otros, como referencia de ubicación de *sitio*.

Su categorización permite establecer diferencias estructurales entre ellos a manera de partes de un todo institucionalizado socialmente, haciendo narración a los ‘manejos’ como ‘concepción’ y los ‘usos’ como ‘aplicación’ que les dan los sujetos actuantes que los dinamizan.

Por ejemplo, una cancha de fútbol se concibe como un sitio de entretenimiento, manejo del ocio, deporte; su uso es para jugar fútbol, aunque según la temporalidad este uso puede cambiar; por ejemplo, para eventos y conciertos o llevar a cabo otros deportes, pero su concepción perdura en el tiempo.

Lo anterior garantiza ciertas cualidades constantes, determinadas por una concepción temporal institucionalizada que remite a ‘horarios’ dentro de una normatividad explícita o implícita sugiere el manejo de las ‘prácticas’ por realizar.

ENSAYO

Resumen

Mostraremos el proceso de territorialización que tienen los actores sociales para marcar y dar significado a los lugares, buscando fuentes de configuración de ese proceso que nos permitan sugerir otro(s) proceso(s) social(es) que se pueda(n) advertir en la sociedad moderna como elementos de la vida social que influyen las formaciones de la espacio-temporalidad.

Esbozaremos el proceso de cotidianidad en los espacios y horarios a través de la rutina, la repetición e innovaciones en interacción, poniendo en prevalencia la espacialidad a través del transitar y la práctica, haciendo referencia a cómo los espacios pueden ser de características fijas o semifijas.

Confrontaremos el hecho de que todas las partes de un espacio de una institución, como área fragmentada, plantean el anclaje de los modos de vida, organizando la temporalidad desde las prácticas cotidianas por los horarios dispuestos por la tríada poder-norma-cotidianidad. Estos tres conceptos se proponen como una forma de análisis del territorio y las territorialidades institucionalizadas.

Palabras clave

Espacio, territorio, norma, poder, cotidianidad, actor social.

⁵⁴ Antropólogo egresado de la Universidad de Caldas con especialización en Educación de la Universidad de Santander; cursando la maestría de Resolución de Conflictos y Conciliación de la Universidad Internacional Iberoamericana (Unini), México. Investigador del IEMP. Correo electrónico: leonardovalencia.echeverry@gmail.com.

Siguiendo el ejercicio explicativo de la cancha de fútbol, la práctica se realiza en horarios determinados: horas de entrenamiento o el espectáculo, con espectadores e hinchas. Los partidos en Colombia, en la mayoría de ocasiones, son los miércoles en la noche y los domingos en horas de la tarde.

Estos tiempos esquemáticos (conformados por horarios y prácticas) fragmentan los espacios para ser vividos, convirtiéndose en un factor primordial para sustentar el cuerpo social normativizado y normalizado que ubica y determina la forma de vivir, promulgando una configuración espacial acelerada que le dará el carácter a la sociedad de altamente⁵⁵ normalizada y normatizada.

Así, los espacios institucionalizados, como la cancha de fútbol o la fábrica, determinan las formas de habitar de los grupos sociales de una forma rígida, que se puede verificar en las ciudades. Sin embargo, en zonas rurales también se puede apreciar cierta rigidez de este espacio-temporalidad, como en el caso de haciendas con producciones comerciales y mecanismos de producción estandarizados.

Los problemas más evidentes para el actor social desde lo espacial nacen de su incapacidad de dominar la mayoría de los espacios con un libre albedrío. Se sustenta bajo la determinación social institucionalizada de las prácticas que deben ser efectuadas en tiempos específicos, pero los actores sociales siempre crean nuevos lugares, haciéndolos suyos, marcándolos, nombrándolos.

Sustentaremos que hay un juego de disposición institucional de tiempos y espacios, gracias al cual se marcan lugares. Podríamos afirmar que cuando el actor se convierte en agente⁵⁶, comprende y aprende la normatividad institucionalizada, el manejo y el uso que ella pretende dar a sus partes; se sumerge en una configuración territorial que determina el entorno como *suyo* y *guía a otros*.

La percepción de los actores sociales se acelera por los horarios que marcan los quehaceres y los espacios a donde deben dirigirse. El tiempo proporciona un enfrentamiento

⁵⁵ La palabra altamente hace referencia a grados de intervención de la norma ideal y de la norma de conducta, al *deber ser* y al *deber comportarse*. Podríamos decir que una casa tendrá procesos de normalización y normalización cotidianos flexibles, mientras un *manicomio* o una fábrica tendrán procesos de alta normalización y alta normatización. Promuevo que en la *alta modernidad* la sociedad se mueve cada vez más a lo altamente normatizado.

⁵⁶ Actor como el que lleva a cabo una escena, agente como el que es capaz de cambiarla.

INVESTIGACIÓN

Résumé

On va analyser le processus de territorialisation qu'on les acteurs sociaux, pour marquer et donner un sens aux endroits; on va aussi chercher leurs sources de configuration qui nous permettent de proposer d'autres (s) procédé (s) sociale (s) qui peut être (n) indiqué dans la société moderne, comme des éléments de la vie sociale qui influent sur les formations de la spatio-temporalité.

Nous décrivons le processus de la vie quotidienne dans l'espace et le temps à travers de la routine, de la répétition, des innovations dans l'interaction, en donnant plus d'importance à la spatialité par el transit et la pratique, et en indiquant comment les espaces ont des caractéristiques fixe ou semi fixe.

Nous allons affronter le fait que toutes les parties d'un espace d'une institution, comme zone fragmentée, montrent un ancrage des modes de vie, en organisant la temporalité depuis les pratiques quotidiennes établis sur la base de trois concepts: pouvoir, Loi et quotidienneté. Ces trois aspects sont proposés comme un moyen d'analyse du territoire et de la territorialité institutionnalisée.

Mots clés: Espace, territoire, pouvoir, le quotidien, acteur social.

con lo que se vivió y se va a vivir. La sociedad se encarga con sus operarios (agentes sociales encargados de vigilar el cumplimiento de lo *normalizado* e institucionalizado para promover la *normalización* de lo anómico) de mostrar y recalcar el espacio y el horario de una práctica determinada en un continuo institucional para que se sepa cómo y dónde circular, *estar para actuar*. Así ellos logran hacer visibles las representaciones y asignar cotidianamente *nuestras* representaciones. Por lo tanto, se logra una correspondencia entre el uso y el manejo de la espacio-temporalidad previamente determinada.

Espacios amplios o reducidos

El espacio se toma como amplio o reducido según la ubicación del actor a la hora de la práctica. El concepto nos da a entender una territorialidad fragmentada dentro de una totalidad única. La sociedad, comunidades y grupos en general se institucionalizan y se fragmentan en el interior para la realización de actividades rutinarias, promoviendo en la actualidad una sociedad 'altamente institucionalizada'.

Proponemos algunas premisas espaciales, que no son excluyentes ni únicas, para observar los espacios donde la mayoría de seres contemporáneos se mueven, por ejemplo, cuando el espacio social es amplio (referencia a lo amplio en el sentido de que el número de actuantes es equivalente a la dimensión espacial y además dando a entender que hay una interrelación de muchos individuos).

Los estadios de fútbol u otros lugares donde se lleva a cabo la práctica de deportes promueven la integración masiva de actores sociales (hinchas o espectadores) con agentes que serían los jugadores, equipo técnico, narradores, líderes de barras bravas, entre otros, que movilizan a los actores.

Se puede ver cómo los hechos dinamizan la interacción, provocando una normatización y normalización general de lo que se *debe* y

puede hacer por parte del grupo que sustenta la pertenencia espacial, pertinencia dada por la apropiación del lugar. *Poderes* sobre espacios fragmentados dentro de un lugar común.

Allí se interactúa con muchos en el juego; esto promueve la creación de una o varias representaciones de lugar de juego como en el fútbol, para los que lo ven: tribunas; para los que juegan: cancha, camerinos.

Al mismo tiempo se genera una configuración territorial por la rutina de la práctica que se realiza en temporadas; el espacio amplio sirve para envolver en la cotidianidad a grupos vastos. En nuestros días hay muchos lugares vastos que no cumplen con esta cualidad y hay *sendos grupos* en lugares reducidos como en un lugar depósito (lugares de hacinamiento).

Bajo esta premisa de lugares depósito, hacemos referencia a lugares de emergencia, sin ser los únicos; por ejemplo, cuando hay un terremoto y los coliseos se convierten en lugares para recibir a los damnificados o cuando hay diferentes clases de desplazamientos, como los del conflicto armado, esas personas se deben ubicar en refugios provisionales, que no cuentan con las características de infraestructura suficientes para tal fin.

Podríamos también dar el ejemplo de los inmigrantes ilegales cubanos que para el año 2016 se encuentran en la zona de Turbo, Antioquia, cerca de la frontera de Colombia con Panamá. Para agosto había un promedio de 2.000 personas cubanas hacinadas, 1.273 permanecen en una bodega con tres baterías sanitarias y otras alrededor; generando calamidad pública por el brote de enfermedades.

Espacios con carácter único funcional y fragmentado

La mayoría de los espacios de nuestras sociedades altamente institucionalizadas poseen carácter único funcional cuando la acción sucede en una sola parte, como la lavandería. Un solo espacio puede ser

dividido para que haya múltiples áreas especializadas, espacios fragmentados en un todo institucional: en el hospital, la fábrica, la universidad, entre otros.

Espacios variados

Los espacios variados son casi siempre espacios amplios, sin ser esta una regla estricta. Donde se pueden llevar diferentes prácticas en diferentes áreas, se dan muchas escenificaciones simultáneas:

En el parque realizamos un pícnic como actividad de integración familiar; otros se drogan; otros descansan; otros leen, entre otras actividades.

Esto se determina por el horario, supuestamente reglado por el juego de las estrategias para promover las prácticas.

Podríamos decir que es mejor comprar drogas ilícitas por la noche. Se crean espacios exclusivos para esta práctica.

Se ofrece cierta libertad para elegir qué se puede hacer con el tiempo libre; claro está, esta supuesta libertad se acaba cuando aparece un operario que vigila que no se realicen prácticas punibles:

¡Los drogadictos y los expendedores se van cuando llega la policía!

Si volvemos al caso de los parques, las áreas se dinamizan como espacios flexibles con algunas restricciones, como las oficinas de administración. Un ejemplo claro son los centros comerciales, donde hay de todo para casi todos, convertidos por sus visitantes continuos en *lugares* que llegan a ser emblemas de ciudades. Por tanto, las relaciones 'espacios-horarios' se sustentan por las prácticas que se van a realizar y que en un espacio variado podrá haber espacios únicos y en un espacio único se crean estrategias dinamizadoras que promueven zonas de flexibilización para ciertas prácticas.

El tiempo y la rutina

El tiempo, como medida cronológica que determina la práctica, nos lleva a la medida del efecto de

la normalización en las sociedades altamente institucionalizadas. Si se siguen el horario y la práctica por realizar, se sigue la norma y se normaliza al sujeto en un *deber comportarse* de acuerdo con ella.

A qué horas se entra a trabajar; a qué horas se almuerza; a qué horas se sale de la fábrica; cuáles son mis obligaciones diarias en rutina. ¿Las cumplí o no?

Las horas, los días, las semanas, los meses y hasta los años se envuelven en la rutinización, en un orden temporal, espacial único y cerrado. Se integra todo el manejo del tiempo a través de la normatividad, para que este resulte como medición y ordenamiento de la normalidad. El tiempo mide la predisposición del actor a la rutina; si lo acepta, se considera en cierta normalidad porque acepta la normatividad, ordenándose en un *deber-ser*, ya que se ordena la acción que transcurre en un espacio, determinado generando la estructura rígida.

Lo anterior obliga al sujeto a llevar una linealidad y sucesión consecutiva de medidas de tiempo para sus acciones y de accesos espaciales; desde allí se entablan limitaciones del entorno.

Lo que se intenta es estructurar el comportamiento en un círculo *generalizante*. Podemos ver que hay una reglamentación explícita o implícita en lo consuetudinario que rige la vida cotidiana, un cuadro calificativo que indica un uso rutinario por seguir. Es un sistema que impone una aprehensión del comportamiento, que se da en un plano vertical, ascendente o descendente.

Los ejemplos clásicos serían hospitales, hospitales psiquiátricos, cárceles, batallones, monasterios, ancianatos... instituciones que llevan al extremo su carácter normativo y despliegan estrategias de calificación de las prácticas de sus usuarios, que se comportan de acuerdo con la norma impuesta.

Este paradigma se presenta como un mecanismo pragmático, basado en estrategias de división de

las prácticas que se montan en la vida cotidiana para recordar un proceso de las actitudes que debemos tener en el *quehacer* cotidiano: dormir, comer, aseo personal; asistir y comportarse en el trabajo o en el estudio; comportamiento con los otros que nos rodean, etc.; promedia la vida y califica en una sociedad.

Si se sale de lo habitual, de lo rutinario, por *formas del querer ser*, supuestamente libres de las ataduras de la sociedad, para soñar con otra sociedad menos institucionalizada, por lo considerado anómico, hay un llamado de atención del grupo inmediato o de los vigilantes, los cuales nos observan en *panóptico*: “[...] inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder. Hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción” (Foucault, 1976, pág. 185).

Un transitar por los albores de la marginalidad, la invisibilidad, lo liminal, para ir a un reclusorio de cualquier índole donde se implante una supranormatividad bajo espacios y horarios concretos que codifiquen en un querer ser y hacer de la sociedad normalizada al extremo de la codificación.

De todos modos, la sociedad y la vida cotidiana se dinamizan con rompimientos que en su mayoría son institucionalizados. En algunas circunstancias, el transcurrir del tiempo rutinario y calificado se interrumpe por eventos que nos deben sacar de la rutina,

como fiestas en Navidad, el Día de las Brujas, Semana Santa, entre otros, predispuestos por el devenir social.

Pero siempre se acomodará a la rutina, a la estructura, para evitar que los actores sociales se salgan de lo que sociedad referencia.

Rompimiento de la vida cotidiana

Si lo cotidiano hace referencia a la reproducción de las relaciones desde las prácticas hasta la

creación de lugares, bajo una negociación de sentidos, también debemos ver *los rompimientos de la vida cotidiana* que son los dinamizadores de la cotidianidad. Los rompimientos de la vida cotidiana hacen parte de la innovación, caracterizada por la interacción.

Las características de los rompimientos de la vida cotidiana como innovación se pueden ver cuando los espacios cambian de sentido en una temporalidad que es predispuesta, al mismo tiempo, por la institucionalidad, para después volver a la normalidad que sustentaba anteriormente el espacio, volverlo a dotar de su sentido anterior: ir al estadio el fin de semana o en semana.

Desde ese espacio se dinamiza la vida cotidiana, se innova a partir de la interacción con otros que no son los mismos. El espacio cambia de sentido y de significado a causa de otras clases de relaciones sociales. Se realizan fiestas o eventos que promueven otros rompimientos de la vida cotidiana, cambiando el significado de sus partes o yuxtaponiendo otros en estas. Estos cobran otros significados *en innovación* que se yuxtapondrán con los anteriores. El espacio y los tiempos se resignifican por un momento corto para generar nuevos estímulos; estos ayudan a llevar la vida cotidiana.

Las actividades simples –bailar, jugar– y los rompimientos grandes de lo cotidiano –como los carnavales, las ferias, entre otros– promueven que los espacios cambien de significados o sean referenciadores de nuevas prácticas.

Transitarios dentro de los espacios

La rutinización de la práctica en un horario específico proporciona al actor social una aceleración en la conformación de la vida cotidiana. Sugerimos el nacimiento de los lugares emergentes, aquellos significados en una corta temporalidad dentro de una perspectiva grupal que se manifiesta por las prácticas compartidas con nuestros inmediatos desde una autorregulación.

Aplicamos la rutinización como una constante funcional que se promueve desde un transitar. Pero al mismo tiempo, tal planteamiento se manifiesta como una propuesta normativa institucional, lo que significa un dictamen paradigmático del espacio por representar.

Si analizamos las relaciones sociales a partir del espacio, tenemos que hablar de prácticas relacionadas con las intensidades con que se rigen, pues estas pautan los ritmos temporales.

La cancha de fútbol nos representa un ritmo más acelerado para interactuar en el espacio; esto gracias a la misma calidad de la práctica. Lo mismo podríamos plantear con los salones de baile o espacios de fiestas.

Además del ritmo o la intensidad (tempo) con que se vive la espacio-temporalidad, el transitar sugiere una configuración del mismo . Se fuma a tal hora o con tal frecuencia, se juega a tal hora, y al otro día se fuma o juega a la misma hora..., y la intensidad de la práctica o acción depende de la interacción con los otros o con el espacio. Es un transitar remitido a reglas; este depende del tamaño del espacio y del tipo de relaciones que se procuren en los mismos .

Miremos los espacios institucionales desde los transitares y la repetición de las prácticas en horarios precisos, decir cuál de los anteriores es de características fijas o semifijas, advirtiendo que los espacios con territorialidades fuertemente demarcadas, como lo son los de características fijas que promueven márgenes rígidas. Al contrario, de los espacios con características semifijas. Como indica García (1976), citando a E.T. Hall:

El espacio de características fijas señala una territorialidad relativamente demarcada (...) el espacio de características semifijas respondería a aquellas demarcaciones territoriales que admiten cierta movilidad, aunque al mismo tiempo, les corresponde una forma de delimitación. Un ejemplo de este caso, sería los espacios demarcados

dentro de una casa por la posición del mobiliario (...) finalmente el espacio informal significa, no tanto que carezca de forma, cuanto que esta no se expresa. Es según Hall, el más significativo para el individuo, dado que comprende la distancia que pueden guardar dos personas entre sí, según las distancias situacionales. Este tipo de espacio que el autor reduce a los espacios corporales, es predominantemente circunstancial, y por tanto, contextual y metonímico, según nuestra clasificación (1976, 126).

Hemos visto que dentro de la sociedad altamente institucionalizada existen espacios con características fijas y características semifijas⁵⁷ . Es relativo hablar de ellos con una pretensión duradera de sus características, depende de las relaciones sociales que se perciben en contexto, bajo predisposiciones institucionales como, por ejemplo, hacer fiestas o eventos especiales que sugieren transitares interrelacionales más fluidos que cambian el sentido espacial.

La división del modelo de Hall ofrece, sin duda, un modelo operatorio en el tratamiento de la territorialidad. No es otra cosa que lo que él pretende al proponerla. Si gran parte del espacio con características fijas corresponde a nuestro territorio metafórico [territorialidad paradigmática] y la categoría del espacio informal recoge la idea central de lo que estamos tratando como espacio metonímico, al igual del espacio con características semifijas, sin embargo en ninguno de los casos la adecuación es total. El territorio metafórico puede estar en las tres bases de Hall, y al mismo tiempo el espacio de características fijas rara vez

⁵⁷ Las instituciones hacia afuera se perciben y manifiestan como un territorio fuertemente demarcado con características fijas, de difícil acceso, y difícil salida, que sugieren un cuerpo constante de márgenes. En el interior de ellas hay espacios con mayor flexibilidad para el recorrido que sustentan características semifijas.

conserva sus delimitaciones en todas las circunstancias culturales (...) el espacio de características fijas presupone una concepción demasiado material y estática de la cultura. En el transcurrir de la vida social los espacios fijos se combinan con nuevos elementos sociales, dando lugar a cambios en el significado. Por otra parte el significado del territorio no radica en la territorialidad demarcada y en la forma medible, que podría ser lo auténticamente fijo, sino con otros elementos de la vida social (García, 1976, 126).

Siguiendo esta línea, profundizaremos en los procesos que sugieren una configuración más directa del territorio. Apuntamos a líneas de explicación como la cotidianidad y el poder, unidos por la normatividad. En sí, una tripartita explicativa ‘cotidianidad-normatividad-poder’.

Norma, normalización y normalización

La principal función de los operarios o cuerpo normado para normativizar y normalizar es la vigilancia de los movimientos, inspeccionando las prácticas que se realizan, las relaciones sociales que allí se entablan. Pero *¿cómo vigilar las territorialidades?* Aquí entra la importancia de dispositivos de poder como la norma, aquella enseñada y planteada desde los principios de la conformación de sociedades, comunidades y grupos.

El proceso cotidiano donde se repiten las prácticas en horarios precisos hace que se interioricen el *deber-hacer*, el *deber-comportarse*, interiorizando el *deber-ser*:

El ser originario del hombre consiste en un deber ser, por cuanto su praxis está canalizada, constantemente, por normas que se enfrentan con otras rutinas o normas alternativas que puedan ser eventualmente elegidas. La normalización la entendemos como una resultante

de la confluencia de diferentes rutinas operatorias habilitadas para configurar objetos o situaciones repetibles (García, Pelayo: 2004)⁵⁸.

Porque la norma es un dispositivo para la normalización a modo de proceso consciente e inconsciente. La normatividad se cristaliza en un dispositivo autorregulado:

El poder disciplinario mantenía a los individuos en instituciones pero no lograba absorberlos en el ritmo de las prácticas productivas y la socialización productiva; no lograba penetrar completamente en las conciencias y los cuerpos en los individuos, ni llegaba a tratarlos y organizarlos en la totalidad de sus actividades. En la sociedad disciplinaria, la relación entre poder y el individuo continuaba pues siendo una relación estática: la relación disciplinaria del poder correspondía a la resistencia del individuo. En el cambio cuando el poder llega a ser completamente biopolítico, la maquinaria del poder invade el conjunto del cuerpo social que se desarrolla en su virtualidad. Esta relación es abierta, cualitativa y afectiva. La sociedad, absorbida dentro de un poder que se extiende hasta los ganglios de la estructura social y sus procesos de desarrollo, reacciona como un solo cuerpo, el poder se expresa pues como el control que se hunde en las profundidades de las conciencias y los cuerpos de la población y, al mismo tiempo, penetra en la totalidad de las relaciones sociales (Hardt Michael y Antonio Negri, 2002, 37)⁵⁹.

La norma se va al extremo, dando por hecho una influencia institucional. Pero cuando el juego norma vs. actor social se escapa de las manos de

58 GARCÍA, Pelayo. "Normas/rutinas". En Diccionario filosófico. [En línea] disponible en <http://www.filosofia.org/filomat/df218.htm> [Consulta: 2014].

59 HARDT, Michel y NEGRI, Antonio. 2002: Imperio. Editorial Paidós, Buenos Aires.

la institucionalidad y se rompe la cotidianidad institucional, se entra a corregir el percance a través de mecanismos como el castigo, apareciendo los espacios referenciados como sitios de castigo, cárceles, psiquiátricos, centros de rehabilitación y otros que manifestarán el deterioro de los cuerpos y en la productividad, como los ancianatos... Espacios de juego social donde se aleja lo anómico dentro de la sociedad para no ser visto por los normados. Pero sea dentro o fuera del reclusorio, una sociedad siempre procurará comportamientos institucionalizados.

Configuraciones territoriales

Lo anterior plantea comportamientos institucionalizados, que desde el apoyo teórico de García (1970) podemos explicar:

Un comportamiento institucionalizado es ante todo colectivo, exige cierta normatividad y permanencia, e incluye elementos prácticos, valorativos, ideológicos, etc. En realidad la institución no implica que los comportamientos reales sean perfectamente adecuados a los comportamientos ideales o normados y, como veremos, un modelo antropológico debería incluir las dos perspectivas". (García, 1976, 88).

Bajo la anterior cita sugerimos que el comportamiento

institucionalizado en la contemporaneidad es altamente normativizado, apuntando a que los elementos prácticos, valorativos, de referencia, ubicación, entre otros, se incorporan bajo dispositivos autorreguladores que traten de acomodar lo real a lo ideal.

Los dispositivos autorreguladores son dispositivos de poder implícitos en la norma, establecidos a partir de estrategias de educación y reeducación. Estos dispositivos no son insertados por la represión porque no se volverían *autocoactivos inconscientes*, se tomarían como dispositivos de subyugación (la forma del miedo a romper la norma).

En esta medida, el comportamiento real debe estar, en lo posible, ajustado al comportamiento ideal. Pero como esto no es posible (que el comportamiento ideal sea homologable al comportamiento real), se utiliza la cotidianización extrema expresada en rutinas institucionales, que ahora analizaremos desde la percepción de poder.

Cotidianidad en los espacios

Lo cotidiano se marca como un lugar abstracto donde se dan las relaciones durables, donde se juega la 'sociabilidad de la alteridad' (Lindón, 2000, 9)⁶⁰.

Las relaciones que se marcan entre individuo e institución promueven comportamientos relacionales dentro de sus partes; "el individuo se enfrenta a otro".

Al mismo tiempo, se enfrenta a la institucionalidad, pero esta también es un *otro jurídico* y no *otro natural* como el compañero. En este sentido, el *otro jurídico* marca lo cotidiano con las normas para vivir los espacios y los tiempos (horarios); si hay enfrentamiento, hay alteridad. La socióloga Alicia Lindón (2000) cita a Pina Lalli, para referirse a que en la cotidianidad se da una "alteridad metabolizada", donde el individuo asimila y transforma lo otro, lo lejano, lo nuevo, lo desconocido, lo diferente.

Con lo anterior proponemos que el nuevo actor contemporáneo es un recién llegado; a través de procesos de alteridad, del *enfrentamiento* con los otros, *vuelve lo desconocido familiar*; esto, propuesto como un modelo de identificación. Acá entra la interacción como fundamento esencial de la creación de grupos que demarcan los lugares como suyos, dando paso a los *lugares emergentes*. Cotidianidad institucionalizada que promueve una figura externa de una territorialización normativizada, asegurando la permanencia de lo social.

60 LINDÓN, Alicia. 2000. "Introducción".

En Alicia Lindón (comp). *La vida cotidiana y su espacio-temporalidad*. Antropos Editorial. Barcelona.

Demos un ejemplo de esta configuración o reconfiguración: en Colombia es bien sabido que hay grupos de poblaciones desplazadas que tienen que configurar *territorios de emergencia* en un acelerado ritmo de conformación de lugar creando lugares emergentes, los mencionados como aquellos que adquieren un sentido de identidad y de relaciones sociales en una corta temporalidad atendiendo cierta historia íntima que podría dar una historia al lugar. Decimos que la diferencia entre un lugar emergente y un lugar está dada por la historia del lugar como referencia del grupo que los habita o va habitar.

En un lugar emergente hay una negociación de historias íntimas a través de las relaciones sociales que se establecen para poder dar identidad espacial. Si tenemos en cuenta el desplazamiento de un grupo indígena hacia una ciudad en Colombia (por violencia, pobreza u otra circunstancia) o Latinoamérica, vemos que estos grupos o colectivos crean lugares emergentes manejando los espacios de su nuevo hábitat en una negociación de sentidos (negativos o positivos) por las relaciones que se entablan desde la alteridad, desde la confrontación con los otros, que *no son los mismos*. Así aprenden a manejar el espacio, teniendo que insertarse en normas y normalidades que promoverá

el colectivo receptor en un proceso de lo extraño dentro de lo cotidiano.

El aseguramiento lo da la normatividad como poder institucional a través de prácticas cotidianas que se negocian en aprendizaje de la norma. Podemos retomar a Lefebvre (1972)⁶¹ cuando dice: “*En una localidad pluricomunal o plurigrupal con una estructura preformativa que se acomoda a circunstancias en el espacio tiempo, hay una negociación de referentes, de sentidos*”. Promoviendo una estabilidad espacio-temporal para así construir lugares.

Es decir, la institucionalidad pone en juego la normatividad ante nosotros, la activa bajo estrategias de educación, reeducación y castigo. Aprendemos a *jugar* con la normatividad planteando relaciones sociales; simultáneamente se plantean relaciones espaciales con el juego que *plantea* la sociedad institucionalizada. Lo anterior se convierte en una *negociación de sentido* que se sujeta a la cotidianidad normativizada procurando una cotidianidad normalizada.

La norma propone que el cambio o el rompimiento es parte de ella; así se permea la sociedad altamente institucionalizada y disciplinaria. La norma se hace en ocasiones

imperceptible y así logra implantarse en nuestro cuerpo como dispositivo autoconsciente, como pretensión de la sociedad, recordando que los rompimientos no predispuestos por la institucionalidad o sus representantes serán inmediatamente corregidos por su carácter de anómico.

El poder de la norma

El poder reglado de las instituciones y de una sociedad disciplinaria altamente institucionalizada “no es judicial, ni médico, es el poder de la normalización que se da en la práctica de la norma” (Foucault, 2001)⁶². El manejo de los espacios concierne a ella como cuerpo esencial indispensable en la instancia de control de lo *anormal* desde lo normal. La norma tiene un papel coaccionador que potencia el poder de la institución y de la sociedad, clasificando a los actores sociales dentro de espacios.

Para que la norma sea respetada, debe circular. Según Raffestin (1980)⁶³, *la circulación y la comunicación de la norma forman redes territoriales* como semantización (lectura) para el reconocimiento del uso y del manejo de la espacio-temporalidad. Estas lecturas

61 LEFEBVRE, Henri. 1972. *La vida cotidiana en el mundo moderno*. Madrid, Alianza.

62 FOUCAULT, Michel. 2001. *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica, México.

63 RAFFESTIN, Claude. 1980. *Pour une géographie du pouvoir*. Editorial Litec, Paris.

se manejan bajo redes de circulación del poder que comunican, manejando hasta los tempos como intensidades como jugar fútbol a la misma hora todos los días: La norma es la realidad del poder, pero también cumple una función educacional que promueve el autocontrol por su rutinización. Los espacios de uso limitado ayudan para que la implantación autonormativa sea eficaz.

La sociedad tiene instituciones que asumen el rol de vigilar que el reglamento sea cumplido; algunos acatarán las disposiciones expuestas por la institución; ellos entrarán en el juego de la norma y las prácticas, pero otros no lo harán. Aunque podemos decir que las normas se exhiben en la mayoría de los actores sociales, en su comportamiento, mostrando una incorporación de ellas, la institución observa el entorno a través del cumplimiento o no de la norma, pero se sigue el juego de reeducación, en un constante recordar lo que se puede y no hacer.

La comunicación no solo expresa (...) organiza el movimiento multiplicando, e s t r u c t u r a n d o interconexiones a través de redes. Expresa el movimiento y controla el sentido, la dirección de lo imaginario que se trasmite de esas conexiones comunicativas; en otras palabras, guía y canaliza

lo imaginario dentro de la maquinaria comunicativa (Hardt Michael y Antonio Negri, 2002, 43).

¿Cómo se establece? ¿Cómo se vigila? ¿Qué califica? ¿Qué se gana? Se establece por la rutinización de las normas y las prácticas institucionales; se vigilan las prácticas en el espacio de acuerdo con tiempos específicos; y para tener constancia, se sigue por medio de cualificación dentro de un calendario de las mismas prácticas; que ganan méritos institucionales como ascensos laborales o en una posición general ascenso de clases y diferenciación de roles, etc.

La norma demarca el espacio con límites que fragmentan la percepción de los lugares y del mundo, que son creaciones territoriales de un grupo o colectivo de identificables. Cuando se familiarizan con los espacios por medio de la cotidianidad, surgen imágenes espaciales de referencia; estos a la vez se convierten en fronteras:

La frontera es parte de la construcción social del espacio en tanto establece dominios y demarca espacios; esta demarcación implica necesariamente que la frontera tiene un papel relacional que simultáneamente conecta y separa. Por su lado, demarcar es un acto de ordenamiento

que impone una disposición de las cosas y en ese sentido las fronteras serían producto de ese acto de ordenamiento que impone la noción de un orden espacial, que se instaure mediante acciones de poder. Desde esta perspectiva, las fronteras son expresiones de poder social y no medios pasivos o estructuras topológicas neutras; son construcciones sociales creadas a partir de prácticas políticas, económicas y culturales, que reflejan las relaciones de poder presentes en el grupo social. Se divide, se demarca, se separa para controlar y por eso las fronteras son manifestaciones plasmadas en la materialidad del espacio, del ejercicio del poder (Vargas, 2003, 35-36)⁶⁴.

Fronteras

Las fronteras son un subconjunto de los límites, que referencia una imagen dada, que establecen marcas territoriales de microgrupos de poder, que a la vez pueden producir márgenes como otro subconjunto de los límites que se referencia en el uso y el acceso fáctico a sitios o lugares.

Un ejemplo claro es la prohibición de ir al exterior desde un país sin vigilancia o permiso del otro país; esto promueve escalas

64 VARGAS L. Gloria, M.ª. 2003. "Fronteras: espacios conceptuales y materiales en el contexto de la geografía". En *Fronteras territorios y metáforas* (comp). Editorial Lealón. Medellín, Colombia.

espaciales de exterioridad e interioridad que son manejadas desde los Estados-naciones, instituciones, comunidades, grupos y microgrupos. Los primeros tendrán un mayor grado de estrategia del poder, puesto que manejan la norma que proporcionan las constantes espaciales; pero los microgrupos referencian los lugares, los marcan en una reconfiguración de las dinámicas del poder, creando fronteras y márgenes; es anexar un valor más al espacio; es sustentar que los representantes institucionales no tienen el poder absoluto sobre las fronteras o márgenes.

A lo anterior se le superpone el manejo y el uso que le dan todos los miembros de una sociedad, disgregándose en cómo el poder institucionalizado genera poderes alternos. En sí, como el aprendizaje o vivencia dentro de un poder institucionalizado genera apropiaciones aleatorias de este, tal como lo manifiestan grupos al margen de la ley, dándoseles forma a estrategias graduales e individuales de un bando y otro.

Hemos aprendido a *jugar* con las normas impuestas por la sociedad, las instituciones, comunidades y grupos; se gana un estatus de normal; unos ayudan a que otros acepten las normas y les enseñan el juego normativo para la normalización, pero hay muchos grupos que no aceptan una totalidad integradora o

simplemente buscan dentro de su cotidianidad el enfrentamiento con otros grupos para marcar así sus territorios.

Algunos ejemplos son: el estadio de fútbol, se podría semantizar desde la territorialidad positiva y negativa: en la primera, unos tienen el acceso a unos palcos, un proceso de inclusión institucional dado por la camiseta que portan, manifestando relaciones de poder con otros que desde el espacio se consideran dentro de una territorialidad negativa que no se tiene el dominio territorial, como los aficionados del equipo visitante, una exclusión dentro de la inclusión.

Otros ejemplos que sustentan una anomia más radical serían los grupos al margen de la ley, como mafiosos, narcotraficantes, guerrillas, grupos de protección privados ilegales (en Colombia se les denomina paramilitares), que manejan los lugares y proponen el cambio de un poder institucional a un poder aleatorio, sobrepasando la normatividad general.

La sociedad se verá obligada en algún instante a corregir o absorber lo ilegal, pero, entre tanto, se aprovechan del juego, son los que proponen los equipos, quién entra o sale; ellos transforman el espacio en un escenario con un drama de poder, lo marcan, lo convierten en lugar por la repetición de una práctica cotidiana que es franquicia de unos y no de otros, por lo cual decimos que estos asumen la norma del jugar con las normas sociales imponiendo una nueva 'territorialidad paradigmática alterna', que estará en constante enfrentamiento con lo reglado por la sociedad estatal.

Los ejemplos anteriores dan una característica más al poder, el cual es el reconocimiento de subgrupos con poder aleatorio dentro de un espacio o territorio o Estado, como se quiera llamar desde una perspectiva política, los que no se ven, los que manejan el poder detrás del poder, los que sean *más entendidos* en la estrategia del juego.

Estos grupos, como la mayoría de conformaciones sociales, relegan a la periferia a los que no pertenecen a ellos, los indeseados o los incapaces. Aquí nace una nodosidad: para hablar de poderes que se manifiestan en los espacios donde un individuo o grupo se convierte en una centralidad que genera poder sobre cierta práctica espacial (Raffestin: 1980, 74), nodos como concepto de centro de poder donde se acumula energía para ciertas prácticas en un *agrupamiento de identificables* donde se forma una centralidad, apareciendo unos actores convertidos en agentes que impregnan cierta sintagmática que activa una estrategia de control y de implantación del juego.

CONCLUSIONES

Vemos que el proceso de territorialización que tienen los actores sociales es para marcar y dar significado a los lugares, haciendo una antropología

del territorio, buscando fuentes de configuración de este que nos permitan sugerir otro(s) proceso(s) social(es) que se pueda(n) advertir en la sociedad moderna, *elementos* de la vida social que están e influyen las formaciones de la espacio-temporalidad.

También empezamos a esbozar el proceso de cotidianidad en los espacios y horarios a través de la rutina, la repetición e innovaciones en interacción, poniendo en prevalencia la espacialidad a través del transitar y la práctica, haciendo referencia a cómo los espacios pueden ser de características fijas o semifijas.

Conjuntamente, confrontamos el hecho de que todas las partes de un espacio, de una institución como área fragmentada, plantean el anclaje de los modos de vida organizando la temporalidad desde las prácticas cotidianas por los horarios dispuestos por la alta normatividad. Decimos que los modos de vida están anclados en las sociedades contemporáneas a causa de las prácticas que se realizan casi siempre en mismo lugar.

Por tanto, desde nuestro panóptico, todo lugar tiene algo de sitio, porque siempre hay alguien mirando el lugar de *otros*, y esos *otros* están haciendo el mismo ejercicio con *otros* y *nosotros*, para referenciar, diferenciar los territorios y las territorialidades para hacerlos únicos y particulares.

Un sitio tiene algo de lugar; un buen ejemplo es donde no debo ir, como la representación de castigo, de peligro, de amenaza o controlar transgresiones: el manicomio, la cárcel, un centro de menores, vistos desde afuera. Si un lugar se vuelve sitio, es desde el recuerdo. Un lugar lo es por aquel que se fuma el cigarrillo o un *porrito*, o juega en la misma cancha de fútbol todos los días.

Solo podemos hablar de lugar como lugar si vemos las relaciones y las prácticas que se reproducen en el espacio bajo el análisis de los conceptos poder-norma-cotidianidad complementado de los conceptos concretos e históricos de prácticas, espacio y tiempo, entre otros que particularizaran las investigaciones sobre el territorio.

Referencias bibliográficas

- Hardt, Michel y Negri, Antonio (2002). *Imperio*. Editorial Paidós, Buenos Aires.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Obtenido de <http://www.lvanillich.Org.Mx/Foucault-Castigar.pdf>.
- _____ (2001). *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica, México.
- García, José L. (1976). *Antropología del territorio*. Taller de ediciones Josefina Betancor, Madrid.
- García, Pelayo. "Normas / rutinas". En *Diccionario filosófico*. [En línea] disponible en <http://www.filosofia.org/filomat/df218.htm> [Consulta: 2014].
- LEFEBVRE, Henri (1972). *La vida cotidiana en el mundo moderno*. Madrid, Alianza.
- Lindón, Alicia. (2000). Introducción. En Alicia Lindón (comp), *La vida cotidiana y su espacio-temporalidad*. Antropos Editorial, Barcelona.
- _____ "La espacialidad como fuente de innovaciones de la vida cotidiana. Hacia modos de vida cuasifijos en el espacio". En *La vida cotidiana y su espacio-temporalidad*. Antropos Editorial, Barcelona.
- Raffestin, Claude (1980). *Pour une géographie du pouvoir*. Editorial Litec, Paris.
- Vargas L., Gloria M.ª. (2003). "Fronteras: espacios conceptuales y materiales en el contexto de la geografía". En *Fronteras, territorios y metáforas* (comp). Editorial Lealon. Medellín, Colombia. 101.

Estado de coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do brasil e da colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes

Recibido: 22 de abril de 2016; aceptado: 12 de mayo de 2016.

AUTORES: VANESSA MONTERROZA⁶⁵
IGOR DE LAZARI⁶⁶
CARLOS BOLONHA⁶⁷

INTRODUÇÃO

Nas décadas recentes, juízes constitucionais adquiriram maior autoridade para realizar seu mister e, simultaneamente, desenvolveram-se instrumentos jurídicos de proteção e promoção de direitos. Isso motivou o protagonismo da jurisdição constitucional, porém provocou riscos contrapostos, relacionados à ausência de limitações da autoridade de juízes, na inadvertida intervenção do Judiciário nas questões afetas aos outros Poderes e na questionável legitimidade do Judiciário para resolver sobre questões politicamente disruptivas.

Exemplo dessa atuação se dá no âmbito das decisões declaratórias do Estado de Coisas Inconstitucionais, um

⁶⁵ Advogada pela Universidade de Cartagena, Especialista em Cooperação Internacional pelo CAEU da Organização dos Estados Ibero-americanos – OEI-, Mestre em Direito Público pela Universidade Externado da Colômbia, oficial da Ouvidoria Geral da Nação da Colômbia. Correo electrónico: vanessamonterroza@hotmail.com.

⁶⁶ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Técnico Judiciário da Justiça Federal no Rio de Janeiro. Correo electrónico: igorlazari@outlook.com.

⁶⁷ Professor de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Correo electrónico: bolonhacarlos@gmail.com

INVESTIGACIÓN

Sumário: 1. Introdução; 2. Teoria do ECI na jurisprudência constitucional do Brasil e da Colômbia, 3. Casos relevantes da aplicação da teoria do Estado de coisas inconstitucional; 4. Reflexão sobre a aplicação do ECI de acordo com o princípio de separação de poderes e as teorias do minimalismo e do ativismo judiciário; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumen

El artículo que aquí se presenta busca realizar una aproximación a la figura del estado de cosas inconstitucional (ECI) a partir de un análisis comparativo en las jurisdicciones constitucionales brasileña y colombiana. Ello, con el propósito de reflexionar sobre su aplicación frente al principio de separación de poderes y las teorías del minimalismo y el activismo judicial. Para el desarrollo de lo anterior, inicialmente se estudiarán las principales características del ECI teniendo como base la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, corporación que ha establecido a través de sus propias sentencias los elementos que determinan la aplicación de la teoría, a saber: i) vulneración masiva de uno o más derechos fundamentales. ii) Vulneración sistemática de uno o más derechos constitucionales fundamentales. iii) Errores u omisiones de las autoridades en la implementación de políticas y programas públicos. De igual manera, se mencionarán las características principales de las

conceito jurisprudencial desenvolvido para fazer frente a situações complexas nas quais se apresenta uma vulneração sistemática e massiva de direitos fundamentais por erros ou omissões das autoridades na implementação de políticas e programas públicos, que provocam problemas sociais quanto aos quais o Estado deve adotar ações complexas e coordenadas de várias instituições do Estado.

Neste estudo, realizar-se-á análise crítica do instrumento, por meio da análise comparativa da aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) na jurisprudência constitucional do Brasil e da Colômbia. Na primeira parte, realizar-se-á uma introdução teórica da aplicação da Teoria do ECI pelos Tribunais Constitucionais de ambos os países. Na segunda parte, serão analisados os casos relevantes de sua aplicação. Finalmente, proceder-se-á à reflexão deste novo modelo de atuação judiciária de acordo com o princípio de separação de poderes e as teorias do minimalismo e ativismo judiciário.

Tem-se por hipótese que a Teoria do ECI não oferece uma adequada doutrina jurisprudencial para orientar a atuação de cortes constitucionais, isto porque Tribunais constitucionais (i) carecem de larga legitimidade democrática; (ii) não possuem suficientes capacidades institucionais e são incapazes de prever adequadamente os efeitos sistêmicos decorrentes de suas decisões; e (iii) atentam, ao reconhecer o ECI, à máxima *nemo iudex in sua causa*. Entretanto, por razões da profunda precariedade na orientação e implementação das políticas públicas, decisões amparadas na Teoria do ECI poderiam ser justificáveis por questões pragmáticas, pertinentes à proteção de direitos básicos não providos ou assegurados pelo Estado.

I. Teoria do eci na jurisprudência constitucional do brasil e da colômbia

na Colômbia, a promulgação da Constituição de 1991 gerou uma transformação na maneira de entender e aplicar o direito. A introdução de figuras jurídicas como a *acción de tutela* e o empoderamento do juiz constitucional incentivaram a produção de decisões inovadoras para as atribuições tradicionais do Poder Judiciário. A aplicação da Teoria do ECI por parte da Corte Constitucional Colombiana, objeto do presente trabalho, constitui-se numa dessas novas maneiras de atuação dos juízes. O ECI

INVESTIGACIÓN

sentencias declaratorias de ECI, las cuales también se desprenden de las técnicas usadas por el tribunal colombiano, entre las que se encuentran: i) El alcance erga omnes de la declaración. ii) Los tipos de órdenes dadas por el alto tribunal, diferenciándose órdenes específicas —referentes a los peticionarios que dieron origen a la revisión— y órdenes generales —destinadas a superar el ECI—, y iii) La conservación de la competencia por parte del alto tribunal para la revisión del cumplimiento de sus fallos. En lo que respecta al ordenamiento brasileiro, atendiendo que la figura ha sido usada en una única oportunidad, se analizará si en este pronunciamiento judicial se presentan las características propias de la figura de acuerdo con los parámetros establecidos en la jurisprudencia colombiana. Posteriormente se describirán los casos de aplicación de la teoría y se concluirá con un análisis de la figura de ECI frente al principio de separación de poderes y a las teorías del minimalismo y activismo judicial, para concluirse que a pesar de que la teoría representa problemas de primer orden, relacionados con la legitimidad de la rama judicial y su interferencia en esferas propias de otras ramas, se afecta el principio de separación de poderes y de segundo orden, referente a las consecuencias de toma de decisiones de políticas públicas, sobre las cuales no posee los suficientes conocimientos técnicos y presupuestales; resulta admisible

tem sido usado pelo alto tribunal colombiano no exercício da competência de revisão da *acción de tutela*⁶⁸, a qual permite à Corte selecionar para revisão sentenças de tutela proferidas por outros juízes,⁶⁹ função, em virtude da qual, o alto tribunal pode confirmar ou reformar a sentença proferida inicialmente.

A declaração do ECI constitui-se numa técnica consistente em acumular de ofício durante o processo de revisão da *acción de tutela* um conjunto de sentenças de diferentes atores, proferidas por diferentes juízes, porém referentes a uma mesma situação de vulneração de direitos⁷⁰. Na sentença T-648 de 2013 da Corte Constitucional, afirmou-se que:

Ao longo da jurisprudência da Corte Constitucional é possível distinguir nas sentenças de revisão de tutelas problemas jurídicos com diferentes níveis de complexidade e, segundo a dificuldade dos mesmos, se apresentam soluções ou remédios que podem ser mais ou menos complexos. No primeiro lugar, está a normal ou com um baixo nível de complexidade, no segundo lugar, as tutelas que declaram o Estado de Coisas Inconstitucionais, consideradas *acciones de tutelas* com um alto nível de complexidade e no último lugar, a tutela eclética ou com um nível intermediário de complexidade. (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2013).

O Estado de Coisas Inconstitucionais é um conceito jurisprudencial desenvolvido para fazer frente a situações complexas nas quais se apresenta uma vulneração sistemática e massiva de direitos fundamentais por erros das autoridades na implementação de políticas e programas

68 De acordo com o artigo 86 da Constituição Colombiana, "Toda pessoa terá acción de tutela para reclamar ante os juízes, em todo momento e lugar; mediante um procedimento preferente e sumário, por si mesma ou por quem atue a seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando eles resultem vulnerados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública (...)" (Tradução própria).

69 Artigo 241, numeral 9 da Constituição Política da Colômbia.

70 Manuel F Quinche Ramírez (2015, pp. 265- 266), define o ECI como "A declaração formal que realiza a Corte Constitucional mediante uma sentença de tutela, em aqueles assuntos de violação plural, sistemática e recorrente da Constituição e dos direitos fundamentais que se apresentam como consequências de falhas orgânicas e estruturais" (Tradução própria). "La acción de tutela, el amparo en Colombia".

INVESTIGACIÓN

ante la vulneración masiva y sistemática de derechos de un grupo de la población.

Palabras clave

Estado de cosas inconstitucionales, jurisdicción constitucional, activismo judicial, minimalismo judicial, separación de poderes, efectos de los fallos de los jueces.

Resumo

O trabalho possui por objeto realizar uma aproximação à figura do Estado de coisas inconstitucionais –ECI–, partindo de um análise comparativo nas jurisdições constitucionais brasileira e colombiana. Com o anterior, pretende-se refletir sobre sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes e as teorias do minimalismo e o ativismo judicial. Para o desenvolvimento do anterior inicialmente estudarem-se as principais características do ECI, tendo como base a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, corporação que estabeleceu através de suas próprias sentenças os elementos que determinam a aplicação da teoria: i) vulneração massiva e de um ou mais direitos constitucionais fundamentais. ii) vulneração sistemática de um ou mais direitos constitucionais fundamentais. iii) erros ou omissões das autoridades na implementação de políticas e programas públicos com relação à situação que origina o ECI. De igual maneira mencionaram-se as características principais das

públicos, que provocam problemas sociais quanto aos quais o Estado deve adotar ações complexas que demandam a atuação coordenada de várias instituições do Estado (Corte Constitucional Colombiana, Sentença T-648/13). Por sua parte, a Corte tem estabelecido em sua própria jurisprudência os elementos para a aplicação do ECI, ou seja, sua estruturação é de criação jurisprudencial e inclui três pressupostos básicos: i) vulneração massiva e de um ou mais direitos constitucionais fundamentais; ii) vulneração sistemática de um ou mais direitos constitucionais fundamentais. iii) erros ou omissões das autoridades na implementação de políticas e programas públicos com relação à situação que origina o ECI.⁷¹

O ECI foi usado pela primeira vez na Colômbia no ano de 1997 na sentença SU-559 de 1997, na qual a Corte Constitucional decretou o ECI pela omissão dos municípios na realização da afiliação de professores a fundo previdenciário designado *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*.⁷²

Nessa oportunidade, a Corte atuou de ofício, reunindo demandas de diferentes professores dos municípios de “*Maria la Baja*” e “*Zambrano*” que alegavam vínculos laborais com as municipalidades mencionadas e a realização de descontos do 5% de seus salários para aportes de aposentadoria sem que fossem vinculados realmente ao Fundo. Determinou a Corte na *ratio decidendi* da sentença que: i) a vulneração do direito à igualdade dos professores dos municípios de “*Maria la Baja*” e “*Zambrano*” com relação aos professores que efetivamente foram afiliados ao *Fondo Nacional de Prestaciones*; ii) o problema da não vinculação

71 Em algumas oportunidades, além dos anteriores requisitos, a Corte incluiu outros elementos para determinar a aplicação do ECI. Na sentença T-025 de 2004, por exemplo, enunciou-se os seguintes: 1) Adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da acción de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado. 3. Não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais necessárias para evitar a violação dos direitos. 4. A existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que precisa de um esforço orçamental adicional importante. 5. Caso todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema acudiram à acción de tutela para obter a proteção de seus direitos, se produziria uma maior congestão judicial. (Tradução própria) (Corte Constitucional Colombiana, Sentença T-025/04)

72 Segundo Quinche Ramírez como antecedentes da figura encontram-se a acumulação de processos e as sentenças de reiteração de jurisprudência. De acordo com a primeira figura, a Corte deve acumular as demandas sobre as quais exista uma coincidência total ou parcial das normas acusada. Pela sua parte com relação às sentenças de reiteração são sentenças de tutela mediante as quais a Corte Constitucional resolve novos assuntos atualizando as regras de decisão que usou em casos anteriores. (Tradução própria). “La acción de tutela, el amparo en Colombia”, (Ibidem, pp. 266 -267):

INVESTIGACIÓN

sentenças declaratórias do ECI, as quais também se desprendem das técnicas usadas pelo alto tribunal colombiano, entre as quais encontram-se: i) O alcance erga omnes da declaração ii) os tipos de ordens dadas pelo alto tribunal, diferenciando-se ordens específicas referentes aos petionários que deram origem à revisão y ordens gerais destinadas a superar o ECI e iii) a conservação da competência por parte do alto tribunal para revisar o cumprimento de suas sentenças. No referente ao ordenamento Brasileiro, levando em conta que a figura do ECI foi usada expressamente numa única oportunidade, se analisará o pronunciamento judicial para determinar a presença das características próprias da figura do ECI de acordo com os parâmetros estabelecidos na jurisprudência colombiana. Posteriormente descreveremos os casos de aplicação da teoria para concluir o estudo com um análise de figura do ECI frente ao princípio da separação de poderes e às teorias do minimalismo e ativismo judiciário para concluir, ainda, que a teoria apresenta problemas de primeiro nível, relacionadas com a legitimidade do Judiciário e a interferência nas funções próprias dos outros poderes, afetando o princípio de separação de poderes; e de segundo nível, referentes às consequências da tomada de decisões de políticas públicas sobre as quais não tem os suficientes conhecimentos

dos professores ao *Fondo* não era exclusivo dos municípios demandados, senão uma situação generalizada no país que afetava outros municípios; iii) havia uma desigualdade na carga orçamentaria dos municípios com relação ao pagamento dos salários e às prestações sociais dos professores, porquanto existiam municípios onde a carga era muito maior com relação aos outros. Como consequência, a Corte resolveu na parte resolutiva da sentença declarar o ECI, indicando que o estado de coisas que deu origem às *acciones de tutela* é contrário à Constituição e advertiu às autoridades competentes de que a situação deveria ser corrigida dentro de um tempo razoável.

A parte resolutiva da sentença evidencia uma primeira característica do ECI: o alcance *erga omnes* da declaração.⁷³ A implicação da sentença de declaratória do ECI nesse sentido desborda uma interpretação taxativa do artigo 86 da Constituição colombiana, pois o mesmo indica que a *acción de tutela* será usada por qualquer pessoa para a proteção de seus direitos. Não obstante, neste caso, a Corte mediante uma *acción de tutela* amparou direitos de pessoas que não solicitaram a proteção, o que pode ser considerado como uma extralimitação das competências outorgadas pela Constituição, apesar de o Tribunal Constitucional considerá-la apenas uma técnica de modulação das sentenças com relação a seus efeitos, (efeitos *inter comunis*).⁷⁴ No referente às autoridades públicas, como consequência do estado geral de violação de direitos, a Corte ordena a adoção de medidas gerais que requerem da atuação de várias instituições do Estado, incluindo-se algumas que não foram advertidas pelos *tutelantes*. Nesse sentido, o ECI se

73 Os efeitos da sentença não se limitam aos demandantes e demandados, senão que a Corte os estende a outras pessoas cujos mesmos direitos foram vulnerados e a outras autoridades públicas que incorreram ou participaram nas omissões que originaram as violações dos direitos.

74 A respeito do assunto, a Corte manifestou na sentença SU-913 de 2009, alusiva ao ECI sobre o concurso público de notários que: No relacionado com o estado de coisas inconstitucionais, a jurisprudência informa que em várias oportunidades a Corte tem assumido de maneira integral o conhecimento de situações que atentam sistematicamente contra a supremacia da constituição e os direitos fundamentais, de maneira que para sua efetiva proteção resulta precário a adoção de medidas inter partes devido à importância e transcendência dos fatos transgressores frente aos quais as medidas implementadas devem ser maiores. Nesses eventos a Corporação tem usado o conceito do "estado de coisas inconstitucionais" o qual está acompanhado da realização de ações estruturais dirigidas a encaixar a situação anômala dentro dos parâmetros da constituição; nesses eventos a sentença não restringe seus efeitos para quem utiliza a *acción de tutela* para a proteção de seus direitos fundamentais, senão que são estendidos para um número indeterminado de pessoas que se encontram na mesma situação dos demandantes e irradia as ordens e efeitos para pessoas ou entidades competentes para resolver a situação vulnerante, de maneira que a sentença tem efeitos *inter comunis*. (Tradução própria) (Corte Constitucional Colombiana, Sentença SU-913 /09).

INVESTIGACIÓN

técnicos e orçamentários; o ECI, porém, seria admissível frente à vulneração massiva e sistemática dos direitos de um grupo da população.

Palavras-chaves: Estado de coisas inconstitucionais, jurisdição constitucional, ativismo judicial, minimalismo judicial, separação de poderes, efeitos das sentenças.

Résumé: L'article présenté une approche à la figure de l'état des choses inconstitutionnel (ECI), à partir d'une analyse comparative des compétences constitutionnelles brésiliennes et colombiennes. Afin de réfléchir sur son application contre le principe de séparation des pouvoirs et des théories du minimalisme et de l'activisme judiciaire. Pour le développement de ce qui précède, d'abord les principales caractéristiques de ECI seront étudiés sur la base de la jurisprudence de la Cour colombienne constitutionnelle, une société qui a mis en place à travers de ses propres jugements, les éléments qui déterminent l'application de la théorie, à savoir i) La violation massive d'un ou de plusieurs droits fondamentaux. ii) La violation systématique d'un ou plusieurs droits fondamentaux constitutionnels. iii) Les erreurs ou omissions des autorités dans la mise en œuvre des politiques et programmes publics. De même, on parlera des principales caractéristiques des jugements déclaratifs de ECI, lesquels, découlent des techniques utilisées par le tribunal colombien; cela

caracteriza pela vinculação de entidades estatais diferentes às demandadas inicialmente.

Por exemplo, no processo T-025 de 2004 os réus eram: Rede de Solidariedade Social, Departamento Administrativo da Presidência da República, Ministério da Fazenda e Crédito Público, Ministério da Saúde e do Trabalho e Segurança Social, Ministério da Agricultura, Ministério da Educação, o INURBE (Instituto de Vivenda e Reforma Urbana – liquidado), o INCORA (Instituto Colombiana da Reforma Agraria – já liquidado), o SENA (Serviço Nacional de Aprendizagem), assim como várias administrações municipais e departamentais, com relação às quais se realizaram pedidos específicos; porém, na parte resolutiva da sentença a Corte de ofício vinculou outras entidades e ordenou medidas gerais para extinguir o ECI. Dessa maneira, na parte resolutiva se adicionaram entidades como o Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência para que verificasse a magnitude do problema e implementasse um plano de ação que envolvesse diferentes autoridades, entre as quais se encontravam Ministérios, Departamentos Administrativos e autoridades locais.

O segundo aspecto característico do ECI consiste nos tipos de ordens dadas pelo alto tribunal. Podem se identificar claramente duas categorias de decisões: 1) ordens específicas: referentes aos petionários que deram origem à revisão. 2) ordens gerais: destinadas a superar o ECI.

A característica principal das ordens específicas é que atendem situações pontuais e não pretendem resolver o assunto de fundo, ou seja, independentemente de seu cumprimento ou não, o ECI continua vigente, pois a situação de vulneração de direitos segue afetando a um número indeterminado de pessoas.⁷⁵ Por outro lado, as ordens gerais constituem um dos elementos que definem a declaração do ECI. Não tem como propósito a atenção de reclamações

INVESTIGACIÓN

sont: i) La portée erga omnes de la déclaration. ii) Les types d'ordres donnés par le tribunal de grande instance, à la différence des ordres spécifiques, et iii) La préservation de la juridiction du tribunal de grande instance pour vérifier la réalisation de ses concepts. On fait une analyse de la figure de ECI contre le principe de séparation des pouvoirs et des théories du minimalisme et de l'activisme judiciaire.

Mots clés

État inconstitutionnel, juridiction constitutionnelle, activisme judiciaire, minimalisme, séparation des pouvoirs, effets de défaillances des juges.

⁷⁵ Na parte resolutiva da sentença T-025 de 2004, a Corte enuncia como ordens específicas por exemplo, a incorporação no registro de deslocados dos tutelantes, informar no termino de 15 dias sobre a data na qual se responderam de fundo uma solicitação feita, informar ao tutelante sobre o cumprimento ou não dos requisitos de sua solicitação, adiantar tramites requeridos para atender solicitações que cumprem com os requisitos exigidos, porém não existem recursos orçamentários para sua atenção; caso existam recursos orçamentários e a solicitação cumpra com os requisitos, informar a data na qual o benefício será efetivo e evitar o uso da acción de tutela para cumprir seus deveres constitucionais e respeitar os direitos dos deslocados, indicando de maneira explícitas os processos judiciais com relação aos quais deve adotar cada medida.

específicas, senão resolver de fundo um problema estrutural que afeita vários direitos, um número indeterminado de pessoas e compete a diferentes autoridades públicas. As ordens gerais são emitidas pela Corte de ofício, não são produto de reclamações de *tutelantes* e pretendem estabelecer ações macro de solução da situação.⁷⁶ Pode ser considerado que a declaração do ECI é a medida de maior importância nesta classe de processos, pois a partir de sua declaração se sustentam todas as ordens de caráter geral que pretendem acabar com a situação estrutural de vulneração de direitos.

Na sentença T-025 de 2004, por exemplo, em seguida à declaração do ECI, a Corte notifica as diferentes autoridades que considera envolvidas na solução da situação e emite ordens para identificar a população deslocada; fixar a dimensão do esforço orçamentário que é necessário para conjurar a crise; definir a porcentagem da

participação orçamentaria do governo central, das entidades territoriais e da cooperação internacional; indicar o mecanismo de consecução de recursos e prever um plano de contingência de consecução dos recursos, caso os provenientes de cooperação internacional e das entidades territoriais não cheguem nos tempos e quantias planejadas. Agora, o ponto de reflexão é relacionado com as implicações das ordens emitidas e sua natureza, levando em conta, que as mesmas podem ter uma conotação de políticas públicas com implicações orçamentarias. De igual maneira é importante refletir sobre a ordem referente à vinculação tácita de organizações internacionais que *prima facie* não tem obrigações de encaminhar recursos para os fins que determina uma Corte Constitucional numa sentença.

Um terceiro aspecto determinante da declaração do ECI consiste no fato de que o alto tribunal conserva a competência para determinar o cumprimento da sentença, ou seja, a decisão não é uma mera declaração de vontade, gerando obrigações correlativas das autoridades involucradas com a solução do ECI. De tal maneira que a declaração do ECI inclui ordens concretas e claras sobre as medidas que devem ser aplicadas, indicando prazos e mecanismos de supervisão do cumprimento.

Na sentença SU-559 de 1997, a primeira onde é declarado o ECI, a Corte limitou-se a estabelecer que as autoridades deveriam resolver a situação num tempo razoável e notificou aos órgãos autônomos de controle para “os fins pertinentes”. Sem embargo, com a evolução da aplicação da teoria do ECI, a Corte começou a utilizar outras técnicas para garantir o cumprimento de suas sentenças com fundamento nos artigos 23 e 27 do Decreto 2591 de 1991⁷⁷, que regulamenta a *acción de tutela* instituída no artigo 86 da Constituição.

O caso mais relevante da aplicação da técnica de conservação da competência da Corte até o restabelecimento do direito é encontrado na sentença T-025 de 2004, que declarou o ECI com relação às condições dos deslocados pela violência na Colômbia. Na parte resolutiva a Corte deu ordens específicas e prazo para que as entidades vinculadas atuem na busca de atender os casos concretos tutelados e resolver o ECI em geral. De igual maneira, criou um núcleo de revisão da sentença encarregado de verificar o acatamento das ordens pelas diferentes instituições do

76 Na sentença T-025 de 2004 usada para exemplificar o tipo de ordens emitidas pela Corte, por exemplo, encontramos na parte resolutiva a ordem de declaratória do ECI nos seguintes termos:

Declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais na situação da população deslocada devido à falta de concordância entre a gravidade da afetação dos direitos reconhecidos constitucionalmente e desenvolvidos pela lei, de um lado, e o volume de recursos efetivamente destinados a garantir o desfrute efetivo de tais direitos e a capacidade institucional para implementar os correspondentes mandatos constitucionais e legais, de outro lado. (Tradução própria) (Corte Constitucional Colombiana, Sentença T-025 /04).

77 De maneira particular, o inciso final do artigo 27 do Decreto 2591 de 1991 estabelece que:“(…) Em tudo caso, o juiz estabeleceu os demais efeitos da sentença para o caso concreto e conservara a competência até que seja completamente restabelecido o direito ou eliminadas as causas da ameaça” (Presidência da República, 1991).

Estado.⁷⁸ Para o desenvolvimento do seguimento da sentença, a Corte implementou a realização de audiências públicas de cumprimento com a presença das instituições vinculadas, instituições de controle do Estado, Organizações não Governamentais e da sociedade civil de direitos humanos e proteção de direitos dos deslocados, assim como organizações internacionais. Nas audiências os convocados apresentam relatórios sobre os temas de sua competência e posteriormente remetem o respectivo escrito ao núcleo de revisão.

A técnica usada pela Corte tem evoluído durante os últimos anos: além dos autos gerais de seguimento, têm sido proferidos autos sobre assuntos específicos relacionados com a população deslocada. Por exemplo o Auto 009 de 2009 sobre a vida e segurança pessoal dos líderes da população deslocada; o Auto 011 de 2009 sobre as falências no registro das vítimas

⁷⁸ As instituições devem apresentar relatórios periódicos para revisão da Sala especial criada para o seguimento da sentença. De acordo com a informação da sessão de relatoria da Corte Constitucional Colombiana atualmente têm sido proferidos quanto menos 79 autos de seguimento de cumprimento da sentença T-025 de 2004. No auto A-177 de 2005, o primeiro onde a Corte se pronuncia sobre os relatórios apresentados pelas autoridades vinculadas, manifestou que "(...) A informação subministrada à Corte Constitucional sobre o cumprimento da ordem era em termos gerais incompleta, dispersa e fragmentada" (Corte Constitucional da Colômbia, 2005). Nesse sentido, o papel de seguimento da Corte não se trata de uma mera formalidade, e pelo contrário, procura revisar que efetivamente as instituições cumpram com as ordens emitidas.

do deslocamento; o Auto 099 de 2013 sobre a proteção de população afrodescendente deslocada pela violência; o Auto 028 de 2013 sobre violência sexual contra mulheres deslocadas.⁷⁹

De igual maneira, a Corte desde o começo do seguimento estabeleceu os critérios para determinar o cumprimento da sentença por parte das autoridades envolvidas. No Auto 185 de 2004, proferido no seguimento da sentença T-025 de 2004, a Corte desenhou alguns níveis de cumprimento da ordem na parte resolutiva da sentença referente à obrigação do Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada de adiantar atuações para garantir os direitos da população deslocada.

A Corte categorizou o cumprimento nos níveis de: descumprimento, cumprimento baixo, cumprimento médio, cumprimento alto, indicando os critérios para localizar cada ordem num nível específico. Posteriormente, mediante o Auto 116 de 2008 na revisão da mesma sentença, a Corte avançou no processo de qualificação do cumprimento das ordens ordenando ao governo nacional a criação de

⁷⁹ Os autos são decisões interlocutórias no direito processual colombiano. No caso particular, a Corte Constitucional adota autos para fazer seguimento ao cumprimento de sentenças referentes a declaratórias de Estados de Coisas Inconstitucional.

indicadores de seguimento e avaliação das ordens para superar o ECI.

É interessante no assunto a maneira como a Corte mediante autos de seguimento introduziu a utilização de elementos objetivos de medição do cumprimento das ordens emitidas numa sentença. É importante ressaltar que atualmente a Corte conserva as funções de seguimento, manifestando que o ECI declarado não foi superado e conseqüentemente conserva a competência para revisar o cumprimento de sua sentença.

Sobre o seguimento do cumprimento em geral, é pertinente analisar a extensão no tempo da competência dos tribunais constitucionais para a revisão de suas sentenças e suas implicações em matéria de política pública e separação de poderes. Destaca-se que no caso colombiano somente em uma oportunidade a Corte declarou a superação de um ECI, na sentença T-774 de 2015 referente ao assunto do *ISS e Colpensiones*.

Nesta parte anterior, pretendeu-se realizar uma apresentação geral das características do ECI a partir das decisões da Corte Constitucional declaratórias do ECI, nisso destacando-se os sujeitos vinculados, os tipos de ordens emitidas e as competências de revisão de cumprimento. Por outro lado,

as implicações das mencionadas características serão analisadas posteriormente no presente trabalho.

II. A teoria do estado de coisas inconstitucionais -eci- aplicada pelo supremo tribunal federal – stf- (órgão com funções de corte constitucional no brasil).

No Brasil, no recente julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF- 347 de 2015, o Supremo Tribunal Federal incorporou, nominalmente, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, já consolidada na jurisprudência colombiana. Porém, na jurisprudência Brasileira, podemos encontrar antecedentes de sentenças onde o Supremo Tribunal, sem usar a figura do ECI, estabelece ordens similares àquelas **proferidas** pela Corte Constitucional Colombiana em sentenças ECI.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº. 734.487-AgR, de 2010, por exemplo, o STF ordenou ao Estado do Paraná que disponibilizasse recursos financeiros para a ampliação de Hospital, intervindo, portanto, na realização de política pública referente à saúde. Em resposta à alegação do Estado do Paraná, ao afirmar que a implementação de políticas públicas é prerrogativa do Poder Executivo, o STF afirmou que:

Não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se releva possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas. Verifica-se que a jurisprudência tem evoluído e admitido, em casos excepcionais, a atuação do Poder Judiciário em tema de políticas públicas. Ressalte-se que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela Constituição Federal - artigos 6 e 196. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Do mesmo modo, no julgamento da Suspensão de Liminar nº. 47-AgR, de 2010, o Ministro Gilmar Mendes afirmou, respondendo ao pedido de suspensão de decisão realizado pelo Estado de Pernambuco em caso congênere, que:

Na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em

vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento das políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010).

Identicamente, o Ministro Celso de Mello decidiu, no Recurso Extraordinário 410.715/SP, de 2005, que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de

direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005).

Estas decisões ocorreram antes do recente julgado que incorporou à Jurisprudência do STF a Teoria do ECI, sem, porém, importar seus atributos, mas reconhecendo a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na realização das políticas públicas para ajustá-las e melhorá-las. No julgamento da ADPF 347, onde se incorpora de maneira expressa a figura do ECI e da qual é autor o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e réus a União e os Estados da Federação, o STF afirmou que o sistema penitenciário nacional apresenta superlotação carcerária, condições desumanas de custódia, violação massiva de direitos fundamentais e falhas estruturais, o que caracteriza o estado de coisas inconstitucional.

Disse, ainda, que, presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

De acordo com o anterior, nesta parte do trabalho e

com o propósito de realizar um estudo comparativo dos dois ordenamentos jurídicos com relação à figura do ECI, analisaremos o julgamento da ADPF 347 com relação às características do ECI desenvolvidas pela Corte Constitucional Colombiana: i) vulneração massiva e de um ou mais direitos constitucionais fundamentais. ii) vulneração sistemática de um ou mais direitos constitucionais fundamentais. iii) erros ou omissões das autoridades na implementação de políticas e programas públicos com relação à situação que origina o ECI.

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para determinar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.

Pela sua parte, com relação aos elementos característicos da declaração do ECI próprios

do ordenamento colombiano⁸⁰, podemos apontar que a decisão do STF atende a quase todos os requisitos referidos na Teoria do ECI. Inicialmente, a ADPF é um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Nestas ações, as decisões proferidas pelo STF possuem eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99). Todavia, não há divisão clara entre as ordens específicas e as ordens gerais, porque as partes afetadas pela precariedade das políticas públicas (indivíduos, de maneira ampla) não possuem legitimação para propor a ação, mas apenas o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado Federais, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas e a Mesa da Câmara Distrital, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Na ausência de mecanismo específico, os cidadãos deverão representar ao Procurador-Geral da

80 i) Alcance erga omnes da declaração. ii)

Os tipos de ordens dadas pelo alto tribunal. Podem se identificar claramente duas categorias de decisões: 1) ordens específicas: referentes aos petionários que deram origem à revisão. 2) ordens gerais: destinadas a superar o ECI. iii) O alto tribunal conserva a competência para determinar o cumprimento da sentença.

República, que, porém, não possui obrigação de encaminhar o pedido formulado.

Portanto, as ordens possuem, normalmente, natureza geral. Finalmente, o STF não possui poderes para fiscalizar o cumprimento da sentença próprios para a ADPF, mas possui instrumento processual consistente na Reclamação, que se destina a preservar a competência do STF ou a garantir a autoridade de suas decisões.

III. Casos relevantes da aplicação da teoria do estados de coisas inconstitucionais

Nesta segunda parte do trabalho, estudaremos casos relevantes da aplicação do ECI nos ordenamentos jurídicos colombiano e brasileiro. No que se refere à Colômbia, levando em conta a copiosa produção jurisprudencial na matéria, realizaremos um breve resumo dos casos selecionados, indicando o problema jurídico, e as ordens gerais e específicas adotadas pela Corte. Pela sua parte, no caso do Brasil, analisaremos de maneira detalhada a única Sentença declaratória do ECI proferida até o momento.

a. Casos relevantes no ordenamento colombiano

A Corte Constitucional Colombiana no desenvolvimento

da função de revisão da *acción de tutela* proferiu, desde o ano de 1997, 11 (onze) Estados de Coisas Inconstitucionais e pelo menos 129 (cento e vinte e nove) providências sobre o tema, em matéria de aposentadoria, direitos dos privados da liberdade, segurança social dos privados da liberdade, omissão de proteção de defensores de direitos humanos, omissão de convocatória a concurso público de notários, situação dos deslocados pela violência e política prisional. Para a seleção dos casos relevantes se levaram em conta os diferentes tópicos nos quais a Corte tem declarado o ECI:

ECI	SENTENÇAS ASOCIADAS	AUTOS ASOCIADOS
Omissão dos municípios na afiliação de professores no Fundo Nacional de Prestações Sociais	SU-559/1997	
“Caixa Nacional de Previsão”: Aposentadorias.	T-068/1998	
Situação de violência continua dos direitos das pessoas privadas da liberdade	T-153/1998	
Ausência de um sistema de segurança social das pessoas privadas da liberdade	T-606/1998;T-607/1998	
Mora no pago da aposentadoria no Departamento de Bolívar	T-525/1999	
Mora no pago da aposentadoria no Departamento de Chocó	SU-090/2000;T-547/2001	
Omissões na proteção de defensores de direitos humanos.	T-590/1998;T-558/2003	
Omissão na convocatória de concurso público de notários	SU-250/1998; C-373/2000;T-1695/2000; C-076/2006; C-421/2006; SU-913/2009	Auto 240;2009;Auto 027/2010;Auto 385/2010;Auto 0009/2011
Condições de vida da população deslocada pela violência	T- 025/2004,T-175/2005, T-312/2005;T-086/2006, T-585/2006,T-919/2006; T-137/2007, T-966/2007, T-156/2008;T-868/2008, T-317/2009;T-343/2009; T-344/2009,T-038/2006, T-068/2010;T-692/2011, T-349/2012,T-386/2012; T-454/2012,T-650/2012, T- 1039/2012;T-888/2013, T-414/2014,T-689/2014;	Auto 05/02004; Auto 177/2005; Auto 178/2005; Auto 218/2006; Auto 266/2006;Auto 333/2006; Auto 334/2006; Auto 335/2006; Auto 336/2006; Auto 337/2006;Auto 058/2007;Auto 081/2007; Auto 082/2007; Auto 027/2007; Auto 101/2007;Auto 102/2007, Auto 130/2007; Auto 131;2007; Auto 167/2007;Auto 169/2007; Auto 170/2007;Auto 171/2007;

Condições de vida da população deslocada pela violência	T- 025/2004, T-175/2005, T-312/2005; T-086/2006, T-585/2006, T-919/2006; T-137/2007, T-966/2007, T-156/2008; T-868/2008, T-317/2009, T-343/2009; T-344/2009, T-038/2006, T-068/2010; T-692/2011, T-349/2012, T-386/2012; T-454/2012, T-650/2012, T- 1039/2012; T-888/2013, T-414/2014, T-689/2014;	Auto 207/2007; Auto 208/2007; Auto 234/2007; Auto 236/2007; Auto 248/2007; Auto 249/2007; Auto 250/2007; Auto 251/2007; Auto 008/2009; Auto 053/2008; Auto 092/2008; Auto 117/2008; Auto 251/2008; Auto 335/2008; Auto 004/2009; Auto 005/2009; Auto 006/2009; Auto 007/2009; Auto 008/2009, Auto 009/2009; Auto 011/2009, Auto 222/2009; Auto 207/2010; Auto 382/2010; Auto 383/2010, Auto 384/2010; Auto 234/2013; Auto 235/2013; Auto 073/2014; Auto 009/2015 Auto 385/2010, Auto 100/2011; Auto 174/2011; Auto 219/2011; Auto 014/2012; Auto 037/2012; Auto 173/2012; Auto 008/2013; Auto 009/2013; Auto 012/2013; Auto 119/2013; Auto 038/2013; Auto 047/2013; Auto 052/2013; Auto 056/2013; Auto 057/2013; Auto 058/2013; Auto 096/2013; Auto 098/2013; Auto 099/2013; Auto 119/2013; Auto 145/2013; Auto 173/2013; Auto 201/2013;
		Auto 217/2013; Auto 226/2013; Auto 227/2013;
“Cajanal”: Aposentadorias.	T-300/2010; T-883/2010; T-891/2010; T-431/2011	
Política prisional	T-388/2013; T-815/2013; T-861/2013	
Transição Instituto de Seguros Sociais –ISS- - “Colpensiones”	Auto 110/2013	

Tabela I: Relação de Sentenças declaratórias do ECI na Colômbia⁸¹

i. **Sentença SU-559 do 1997: ECI “Omissão dos municípios na afiliação de professores no Fundo Nacional de Prestações Sociais”**

Na Sentença SU-559 do 1997 a Corte Constitucional decretou pela primeira vez o ECI a partir da revisão de diferentes *acciones de tutelas* apresentadas por professores contra os municípios de “*Maria la Baja*” e “*Zambrano*” no Departamento de Bolívar pela omissão dos prefeitos municipais de realizar sua afiliação ao sistema de segurança social, de acordo com o estabelecido no Decreto 196 do 1995, vulnerando seus direitos à vida, à saúde, à segurança social e ao trabalho.

Os *tutelantes* arguíram que tinham sido vinculados como professores há vários anos e não obstante o município realizasse descontos do 5% de seus salários por conceito de afiliação ao Sistema de Segurança Social, nunca foram afiliados ao Fundo de Prestações Sociais. Pela sua parte, os municípios demandados alegam que não

81 Fonte: Elaboração própria de acordo com informação da Relatoria da Corte Constitucional <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

contam com o orçamento para o pago ao Fundo.

Na *ratio decidendi* da Sentença, a Corte manifestou que o comportamento omissivo de não afiliação ao Fundo vulnera a Constituição, indicando ainda que a situação de violação de direitos se estende a pessoas diferentes aos *tutelantes*, pelo que em uso de suas faculdades emitiu ordens às autoridades públicas para que atuassem brevemente em procura de eliminar o ECI e evitar o uso da *acción de tutela* por parte de outros professores na mesma situação.

Como ordens gerais se encontram a declaratória do ECI com relação à matéria e a ordem às autoridades nacionais e territoriais para que resolvam o ECI no âmbito de suas competências. A ordem particular consistiu na revocatórias das Sentenças de *tutela* que negaram a proteção do direito com relação a professores determinados, em especial pela vulneração do direito à igualdade.

ii. **Sentença T-153 do 1998: ECI “Situação de violência continua dos direitos das pessoas privadas da liberdade”**

Na Sentença T-153 do 1998 a Corte decretou o ECI a partir da apresentação de

duas *acciones de tutela* contra o Ministério da Justiça e o Direito e o Instituto Nacional Penitenciário – INPEC. Na primeira *acción de tutela* o *tutelante* alegou a vulneração dos direitos humanos das pessoas privadas da liberdade por causa da superlotação na cadeia de “Bellavista” na cidade de Medellín. Relatou que num lugar com capacidade para 40 (quarenta) pessoas encontravam-se aproximadamente 180 (cento e oitenta) pessoas, que enfrentavam condições extremas de temperatura e em sua maioria careciam de um lugar para dormir dignamente. Pela sua parte, o diretor da cadeia reconheceu a situação, mas afirmou que o assunto desbordava de suas competências e que, existindo ordem de um juiz, não poderia negar o ingresso de novas pessoas. Disse ainda que a superlotação das cadeias na Colômbia é resultado da política penitenciária do Estado e não se poderia responsabilizar o INPEC pela situação. Por sua vez, o Ministério da Justiça alegou que o assunto não é de sua competência.

Com relação ao tema, os juízes de piso alegaram que a *acción de tutela* não é o mecanismo idôneo para resolver a situação, levando em conta que os juízes não são

competentes para ordenar as construções necessárias para garantir condições mínimas às pessoas privadas da liberdade. Do mesmo modo, manifestaram que não se pode usar o mecanismo da *acción de tutela* para ordenar ao Congresso legislar sobre a matéria.

A segunda *acción de tutela* foi apresentada pelos integrantes do Comité de Direitos Humanos da cadeia “Nacional Modelo” de Bogotá, alegando a vulneração dos direitos humanos e direitos fundamentais à salubridade, igualdade, privacidade e intimidade das pessoas privadas da liberdade localizadas nos pátios 3, 4 e 5 da cadeia, os quais, devido às obras de remodelação, foram realocados de maneira que 2500 prisioneiros passaram a ocupar o espaço que antes metade deles ocupava. De igual maneira, disseram ainda que os desenhos de remodelação não cumpriam com as normas internacionais sobre espaços mínimos para cada prisioneiro.

Por outro lado, a defesa da cadeia “Nacional Modelo” manifestou que o processo de remodelação procurava o melhoramento das condições atuais da população carcerária, pretendendo uma ampliação de vagas, passando de 1785 a 3825.

Para a resolução do caso a Corte realizou visitas às cadeias de “Bellavista” e “Nacional Modelo” relatando uma situação de superlotação, insalubridade, cheiros nauseabundos, desabastecimento de água, violência, insuficiência de pessoal de vigilância e espaços inadequados para recreação e realização de trabalhos manuais.

A Corte manifestou que a situação de superlotação carcerária na Colômbia não é exclusiva das cadeias de “Bellavista” e “Nacional Modelo”, resenhando os dados de população carcerária das diferentes cadeias do país frente ao número real de pessoas privadas da liberdade que permanecem nelas. Indicou ainda que a superlotação impede o propósito de ressocialização que inspira o sistema carcerário no país e gera vulnerações aos direitos humanos das pessoas privadas da liberdade, em especial levando em conta sua especial relação de sujeição.

Disse, demais disso, que o problema de superlotação carcerária é histórico e reconhecido pelo próprio Estado, concluindo que a política carcerária não ocupa um lugar destacado na agenda do Estado e as autoridades públicas não têm adotado

medidas suficientes para o logro do melhoramento da situação. Nesse sentido, o alto tribunal decidiu decretar o ECI e ditou ordens gerais para acabar com a vulneração sistemática de direitos de milhes de pessoas privadas da liberdade, ordenando que o INPEC, o Ministério da Justiça e o Departamento Nacional de Planejamento, com a supervisão da Procuradoria Geral da Nação e a Defensoria do Povo, no término de 3 meses elaborassem um plano para a construção de novos centros de reclusão e a remodelação dos existentes, para cumprir com requisitos mínimos para oferecer uma vida digna aos privados da liberdade e a realização total do plano no período máximo 4 anos.

Por outro lado, ordenou ao Ministério da Justiça e ao Ministério da Fazenda que adotassem medidas para solucionar a falta de pessoal especializado nas cadeias do país para acelerar o processo de ressocialização das pessoas privadas da liberdade. Como medidas específicas, a Corte ordenou a suspensão da remodelação da cadeia “Nacional Modelo” e o traslado dos presos no prazo de 3 (três) meses para dar cumprimento à normatividade referente à separação das pessoas

condenadas dos presos temporários.

iii. **Sentença T-590 do 1998: ECI “Omissões na proteção de defensores de direitos humanos”**

A sentença T-590 do 1998 se originou da apresentação de uma *acción de tutela* por parte de um cidadão preso pelo delito de rebelião. O peticionário solicitou a proteção de seu direito à vida, através da autorização de mudança do local de reclusão, por considerar que o mesmo não oferece garantias suficientes.

Antes da detenção, o demandante era reconhecido como defensor de direitos humanos, denunciando, entre outros fatos, os massacres de “Los Uvos” e “Trujillo – Valle”, cujos autores se encontravam no mesmo lugar de reclusão. Além da solicitação de mudança dirigida ao INPEC, no processo também se indicam escritos do Escritório do Alto Comissionado para os Direitos Humanos da ONU e da Conselheira Presidencial para os Direitos Humanos, onde solicitam que se autorize o traslado do *tutelante* em aras de proteger seu direito à vida. Todavia, o juiz de tutela negou a *acción* indicando que o *accionante* não cumpria com os requisitos estabelecidos na

normatividade vigente como causais de traslado.

A Corte Constitucional realizou na sua sentença uma análise do direito à vida e do dever de especial proteção a cargo do Estado com relação às pessoas privadas da liberdade. Por outro lado, estabeleceu a Corte que os defensores de direitos humanos surgem pelo descumprimento do dever de proteção dos direitos por parte do Estado. Da mesma maneira, afirmou que a situação de vulneração dos defensores na Colômbia é alarmante, citando diferentes relatórios onde se informa o alto número de mortes.

Na parte resolutiva da sentença a Corte institui como ordem específica o traslado de lugar de reclusão do *tutelante* no período de 48 (quarenta e oito) horas e como ordem geral declarou o ECI com relação ao direito à vida dos defensores de direitos humanos e realizou um chamado de prevenção a todas as autoridades para que cessassem a situação de vulneração.

iv. **Sentença SU-250 do 1998: ECI: Omissão na convocatória de concurso público de notários**

No 9 de julho do 1993 criou-se o Cartório 25 de Medellín

e no dia 3 de setembro de 1993 designou-se um notário, indicando-se no ato de posse que o mesmo vigeria até que se designasse um funcionário eleito por concurso público. No dia 20 de fevereiro do 1997 a funcionária notarial foi exonerada do cargo, mediante um ato administrativo do Presidente da República não motivado, antes mesmo da realização do concurso. A peticionaria apresentou *acción de tutela* pela violação dos direitos fundamentais à igualdade ao trabalho, e ao devido processo legal.

No juizado de primeira instância a *tutela* foi concedida, porém revogada pelo juiz de segunda instância, que considerou que a *tutela* é um recurso subsidiário que somente possui cabimento quando o prejuízo é irremediável, o que não teria sido provado pelo demandante.

A Corte Constitucional na função de revisão da *acción de tutela* declarou a vulneração do direito ao devido processo, indicando que os atos administrativos devem ser devidamente motivados. Por outro lado, declarou a Corte que a não realização de concurso público desde o ano do 1986 para notários violava a Constituição, porquanto o artigo 131 da Carta Magna contempla que “*a designação de notários em propiedad*

será mediante concurso”. Nesse sentido, identifica-se um caso de ECI pela omissão de convocar um concurso público para a designação de todos os notários do país.

A Corte afirmou que a acción de tutela somente possui cabimento quando houver prejuízo irremediável que afeita as condições de existências do demandante, situação que não foi provada no caso. Não obstante, declarou a vulneração do direito ao devido processo e ordenou ao Presidente da República a expedição de um ato administrativo motivando a exoneração da funcionária notarial dentro de cinco dias seguintes à notificação. Como ordem geral, declarou o ECI com relação à omissão de realização de concurso de notários e ordenou que dentro dos seis meses seguintes à notificação da sentença que se procedesse à realização de concurso público de notários.

v. **Sentença T- 025 do 2004: ECI “Condições de vida da população deslocada pela violência”**

Na Sentença T-025 do 2004, se acumularam 108 (cento e oito) expedientes, correspondentes a igual número de acciones de tutela, apresentadas por 1150 (mil, cento e

cinquenta) núcleos familiares, pertencentes à população deslocada pela violência, com uma porcentagem de 4 (quatro) pessoas por núcleo, compostos principalmente por mulheres, idosos e menores de idade, assim como alguns indígenas. Os peticionários interpuseram diferentes acciones de tutela contra diferentes instituições do Estado Colombiano pelo descumprimento da função de proteção da população deslocada pela violência e pela falta de respostas efetivas às solicitações em matéria de acesso a projetos produtivos, assistência à saúde, educação e ajuda humanitária.

Os demandantes obtiveram como respostas às solicitações efetuadas: incompetência da entidade para resolver o assunto, falta de orçamento, caducidade do prazo de adjudicação da ajuda solicitada, falta de cumprimento dos requisitos para receber a ajuda (não inscrição no Registro Único de Vítimas), ausência ou erro na postulação para receber uma ajuda determinada, liquidação da entidade, informação de que os requerimentos serão atendidos por ordem de apresentação e sempre que existirem os recursos orçamentários.

Naratio decidendi da sentença o alto tribunal manifestou

que as violações têm ocorrido de maneira massiva, prolongada e reiterada e não podem ser imputáveis a uma única autoridade, sendo um problema estrutural da política em matéria de atenção à população deslocada, devido principalmente à insuficiência de orçamento e a precariedade institucional. Como resultado, a Corte decretou o ECI com relação às condições de vida da população deslocada pela violência, estabelecendo ordens particulares com respeito às petições dos tutelantes e ordens de caráter geral, dirigidas a diferentes autoridades públicas para afrontar a crise humanitária dos deslocados pela violência no país, como se referiu previamente.

b. Caso de aplicação do ECI no ordenamento brasileiro

Na decisão em que reconheceu a aplicabilidade da Teoria do ECI no Brasil, o STF concedeu parcialmente medida cautelar formalizada pelo Partido Socialismo Liberdade (PSOL), por meio da qual fora requerida a implementação de urgentes providências para o enfrentamento da profunda crise prisional que se abate sobre os presídios do País. Na oportunidade, os ministros da Suprema Corte, entre outras medidas, decidiram que juízes

e tribunais passem a realizar audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento de presos perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão. Além disso, concordaram liberar, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Fupen), a fim de que seja cumprida a finalidade para a qual fora criado, proibindo-se, assim, a realização de novos contingenciamentos de recursos públicos.

Nos termos do Informativo No. 798, divulgado pelo próprio STF, o Plenário da Suprema Corte brasileira deliberou sobre a medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional”, no sentido de reconhecer que o sistema penitenciário brasileiro está marcado por uma grave e generalizada violação de direitos fundamentais, sendo necessárias medidas urgentes para a mudança do degradante cenário prisional. Nessa ADPF, debateu-se a adoção de medidas estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes Republicanos, isto é, da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Na Arguição, alegava-se estar caracterizado o denominado “estado de coisas inconstitucional”, diante de gravíssimo cenário em que presentes generalizada e sistêmica violação de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura e repetidas transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Por meio da ADPF, postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais as seguintes providências:

- i) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do CPP;
- ii) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão;
- iii) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema

penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

- iv) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- v) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;
- vi) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; e, por fim,
- vii) requeria-se, finalmente, que fosse determinado:
 - vii.a) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de

revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e vii.b) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstando-se de realizar novos contingenciamentos.

O Pleno do STF anotou que no sistema prisional brasileiro ocorria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. O cotidiano tem revelado que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios se convertem, na prática, em penas cruéis e desumanas, fato que agride frontalmente a Constituição Republicana⁸². Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e

82 Ilustrativamente, considere o artigo 5º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC n° 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas.

Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas e a melhoria das condições existentes, contribuindo, em razão dos escassos recursos, para o agravamento do quadro. Na decisão, foi destacado que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria para além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o pior: na reincidência, o agente cometera crimes ainda mais graves.

Consignou-se que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e insegurança social. Registrou-se que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo

Poder, mas aos três: Legislativo, Executivo e Judiciário, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e Distrito Federal. Na decisão da medida cautelar, assentou-se que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada de direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% (quarenta e um por cento) dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. Segundo a Corte, a violação de direitos fundamentais do preso afeta a dignidade da pessoa humana e repercute sobre o próprio mínimo existencial, justificando, diante desse degradante quadro, uma atuação mais assertiva do STF. Nesse sentido, caberia à Corte exercer o papel de protagonista, em ordem a estimular os demais Poderes Republicanos

a adotarem medidas corretivas, atuando, nesse sentido, como promotor de debates, agente catalisador de novas políticas públicas, coordenador de ações e supervisor de processos de monitoramento de resultados.

A intervenção judicial seria reclamada ante a inércia demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, reconhecia-se que o próprio STF não deveria substituir o Legislativo e o Executivo na consecução de tarefas próprias. Nesse aspecto, o Tribunal atuaria conjuntamente no equacionamento de bloqueios políticos e institucionais, sem que os demais Poderes fossem afastados dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Agiria em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade, não lhe cabendo, no entanto, nem a definição do conteúdo próprio dessas políticas públicas, nem a especificação dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos demais Poderes, atuaria como coordenador, a fim de afastar o estado de inércia e a deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas.

No que se refere aos pedidos “i”, “iii” e “iv”, o Tribunal ponderou se tratar de medidas que traduziriam mandamentos legais já impostos aos magistrados. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea “i”, por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como consequência, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria, então, mais recomendável atuar na formação do magistrado, a fim de reduzir a cultura do encarceramento. No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema.

IV. APLICACAO DO ECI, PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E A LEGITIMIDADE DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Na presente parte do trabalho, abordaremos de um ponto de vista analítico a figura do ECI, especialmente o questionamento

acerca se os tribunais constitucionais, incorrem numa extralimitação de funções quando declaram estados de coisas inconstitucionais, especialmente levando em conta os fundamentos do princípio de separação de poderes e da legitimidade democrática.

As cortes Constitucionais ou tribunais com funções constitucionais surgem principalmente com o propósito de defesa da supremacia da constituição. Nos Estados Unidos, sua formação se justifica em que “alguém” devia cuidar da constituição para que não fosse desconhecida por normas inferiores, sendo a partir da sentença do juiz Marshall que se começa a estruturar o conceito de *judicial review*. Pela sua parte, na Europa o debate sobre as cortes constitucionais como encarregadas de garantir a supremacia da constituição surge no período “*entre guerras*” coincidente com o auge e o fim da república de Weimar e a necessidade de proteção da constituição ante a possíveis regimes fascistas e a consequente vulneração de direitos (Belaunde, 2003, pp 95-96).

Desde o momento da criação dos tribunais, o debate se centrou sobre a possibilidade que um juiz ou um grupo de juízes tivessem faculdades jurisdicionais frente aos atos dos outros Poderes, especialmente do Poder Legislativo, considerado como a manifestação suprema da

vontade popular (Ibídem).

Posteriormente, o debate se acrescentou quando a partir das funções de defesa da constituição e dos direitos fundamentais, os tribunais começaram a revisar a atuação ou a omissão do Legislativo e do Executivo através de figuras como as omissões legislativas, a declaratória de estados de coisas inconstitucionais ou a violação generalizada de direitos, a revisão de declarações de estados de exceção, passando a uma atuação de legislador negativo.

Particularmente no que se refere aos estados de coisas inconstitucionais ou violação generalizada de direitos, na sentença T-1039 do 2003, a Corte Constitucional Colombiana manifestou que a figura tem origem nos anos cinquenta nos Estados Unidos, na confrontação entre os partidários da “*political question doctrine*” e os partidários dos “*structural remedies*”. De acordo com os primeiros, o poder judiciário não tem autorização de imiscuir-se nos assuntos do Poder Legislativo e Executivo de acordo com uma visão estrita do princípio de separação de poderes. De outro ponto de vista, os partidários dos “*structural remedies*”, cujo antecedente jurisprudencial é o caso Brown, sobre discriminação racial nas escolas, indicam que o juiz constitucional não pode ser indiferente ante vulnerações

gerais de direitos fundamentais, mesmo para situações referentes a políticas públicas.

Dessa maneira, a controvérsia sobre o rol dos tribunais constitucionais e o exercício de suas funções não é um tema novo no debate jurídico, pelo contrário, surgiu desde sua criação, agudizando-se nos últimos anos com a inclusão de novas formas de atuação cada vez mais longes da clássica atuação dos juízes de acordo com ao princípio de separação de poderes.

Com relação à separação de poderes indica Montesquieu que o legislativo, o executivo e o judiciário são independentes, porém, harmônicos entre si,⁸³ princípio que foi adotado de maneira expressa pelas constituições Brasileira e Colombiana. O artigo 2º da Constituição Federal do Brasil contempla “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; por sua parte, o artigo 113 da Constituição Colombiana estabelece “são ramos do poder

público, o legislativo, o executivo e o judiciário. Além dos órgãos que as integram existem outros, autônomos e independentes para o cumprimento das outras funções do Estado. Os diferentes órgãos do Estado têm funções separadas, porém colaboram harmonicamente para a realização de seus fins”. Dessa maneira, os dois ordenamentos jurídicos reconhecem como fundamento da organização do Estado a separação das funções entre as diferentes ramas do poder público, o qual em términos de Montesquieu, garante a liberdade dos cidadãos.

Assim sendo, o princípio de separação de poderes e sua relação com a aplicação do ECI pode-se interpretar desde dois teses principais: 1) A que manifesta que a declaratória do ECI é uma função própria de tribunais constitucionais com fundamento na competência de proteção de direitos fundamentais, pelo qual não se apresenta vulneração ao princípio de separação de poderes. 2) A que indica que a declaratória do ECI configura uma vulneração ao princípio de separação de poderes na medida que as cortes constitucionais do Brasil e da Colômbia exercem funções próprias de outros ramos do poder do Estado. **A continuação apresentaremos os argumentos que sustentam cada uma das posturas previamente enunciadas.**

A primeira postura, defendida especialmente pelos tribunais constitucionais, indicaria que a declaratória do ECI tem como propósito proteger os direitos fundamentais como consequência de uma omissão generalizada de sua proteção por parte das outras ramas do poder público, nesse sentido, em decorrência da função de proteção da supremacia da constituição e de maneira especial dos direitos consagrados no texto constitucional, a atuação das cortes constitucionais não implica uma extralimitação no exercício das funções, sendo a declaratória do ECI um meio para cumprir com o propósito encarregado às cortes constitucionais.

No caso colombiano, a introdução do matiz social na fórmula clássica do Estado tem produzido uma modificação em matéria de proteção de direitos. A fórmula do “Estado Social de Direito” do artigo primeiro da Constituição como indicou a Corte Colombiana não é um “simples bordão retórico”⁸⁴, pelo contrário indica a primazia efetiva dos direitos como sustento do Estado, produzindo uma modificação na concepção do sistema jurídico de tradição romana.⁸⁵

83 Estabelece Montesquieu (1689) no capítulo VI do livro XI do “O Espírito das Leis” que: Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

84 Sobre o assunto revisar a sentença T-406 de 1992 da Corte Constitucional Colombiana.

85 “A Corte Constitucional colombiana, parafraseando ao juiz Charles Evans Hughes da Suprema Corte dos Estados Unidos tem afirmado que “Hoje com a nova Constituição, os direitos são aquilo que os juízes manifestam a través de suas sentenças de tutela”. Essa oração bate frontalmente

De igual maneira, e associado com a proteção de direitos se localiza à dignidade humana como um dos fundamentos do Estado “*o princípio do Estado Social de Direito está ligado ao princípio da dignidade humana. A missão do Estado com seus três poderes e com o sistema jurídico que é a superestrutura e com o sistema econômico que é a infraestrutura é fazer efetiva a dignidade humana*” (Tarazona, 2007, pp. 17). Como resultado do anterior, o Estado perderia sentido tolerando-se vulnerações massivas de direitos, sendo necessária a adoção das medidas para evitar sua ocorrência.

Pela sua parte, no ordenamento brasileiro, a Constituição de 1988 consagrou no Preâmbulo o estabelecimento de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. De igual maneira, o artigo primeiro reiterou que um dos fundamentos do Estado é a dignidade humana. Nesse sentido, a Constituição Brasileira adotou os direitos

como um dos fundamentos da existência do Estado, dando um valor prevalente dentro do ordenamento e, por conseguinte assinando-lhe ao juiz constitucional a função de defesa própria dos regimes desse tipo.

A respeito, manifestou o Supremo Tribunal Federal do Brasil que é admissível a intervenção do Supremo ante a inoperância das outras ramas do poder, ao afirmar que “ (...) *No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes*”.⁸⁶

Sobre o assunto, a Corte Colombiana perguntou-se na sentença SU-559 do 1997, se era admissível, ante o comportamento omissivo que gerava vulneração da Constituição Política, emitir ordens às autoridades públicas competentes para eliminar o ECI. Respondeu afirmativamente usando como argumentos que: i) A Corte tem o dever de colaborar harmonicamente com os outros ramos do Estado no cumprimento de seus fins; ii) O dever de colaboração da Corte é imperativo levando em conta que a declaração e a superação

do ECI geram diminuição no uso da *acción de tutela* e, por conseguinte, diminui a congestão judiciária do país; iii) É dever da Corte proteger direitos e produzir as ordens necessárias para eliminar a vulneração.

Dessa maneira o Supremo Tribunal Federal do Brasil, justifica sua atuação ante a inoperâncias dos outros ramos indicando que não é pertinente levar em conta o princípio de separação no caso estudado; ao contrário, a Corte Constitucional Colombiana fundamenta sua postura no princípio de colaboração harmônica dos ramos e a proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, é importante apontar que ambas corporações se consideram legitimadas para emitir sentenças declarativas do ECI, mas sobre esse ponto é importante refletir, especialmente no referente à postura do Tribunal Supremo do Brasil, se a inoperância de outros dois Poderes justifica a atuação num campo que poderia ultrapassar as funções próprias de outro poder.

A tese que defende a atuação dos tribunais constitucionais com relação à declaração de ECI pode ser justificada também com os seguintes argumentos: as ações usadas: (i) ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - no Brasil e *acción de tutela* na Colômbia, servem precisamente

com a maneira tradicional de entender as fontes de direito num sistema jurídico neoromanista como o nosso. O sistema jurídico colombiano, neoromanista e positivista por filiação têm assumido tradicionalmente que i) Os juízes meramente aplicam a lei, sem cria-la. ii) os pronunciamentos judiciais são importantes para ilustrar as normas positivas somente quando elas são obscuras e ambíguas. iii) a obrigação judicial de emitir sentenças conforme ao direito se cumpre preferentemente ou exclusivamente mediante a obediência às regras estabelecidas por o órgão constituinte ou o legislador e iv) como consequência do anterior que os juízes estão “atados” à lei, mas são independentes frente as sentenças judiciais com as quais tem resolutivo assuntos anteriores” (López, 2006, pp 1). (Tradução própria).

86 Supremo Tribunal Federal do Brasil, ADPF 347 MC / DF.

para proteger direitos fundamentais; (ii) os tribunais constitucionais cumprem funções contramajoritárias; (iii) o ativismo judiciário é uma forma legítima de interpretação do direito que favorece a proteção de direitos *in concreto*; (iv) as posturas minimalistas dos tribunais constitucionais podem ocasionar vulneração de direitos.

(i) A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi estabelecida pela Lei Federal 9.882/99 e consiste em uma ação ajuizada exclusivamente no Supremo Tribunal Federal e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público ou questionar a constitucionalidade de uma norma anterior à constituição de 1988. Por outro lado, a *acción de tutela*, como se mencionou previamente, se encontra estipulada no artigo 86 da Constituição Colombiana e procura a proteção de direitos fundamentais quando têm sido vulnerados ou ameaçados pela ação ou omissão de autoridades públicas ou particulares que atuam em exercício de funções públicas. Nesse sentido, apesar que as duas ações apresentam elementos distintivos, coincidem em o propósito referente a proteção de direitos ou preceitos fundamentais.

Sendo assim, poderia se afirmar que é dever dos tribunais constitucionais proteger os direitos das pessoas, e apresentando-se uma vulneração massiva, devem tomar-se decisões gerais para a proteção dos direitos, sendo insuficiente medidas particulares. De tal maneira, que resulta completamente válido que os tribunais declarem um ECI que tem como fim último a proteção de direitos.

(ii) Um dos fundamentos para a criação das cortes constitucionais depois da segunda guerra mundial foi a atroz violação de direitos humanos das minorias dos países Europeus vítimas dos regimes do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália. A história havia mostrado que era necessário o estabelecimento de contrapesos aos poderes majoritários.

Atualmente as cortes constitucionais seguem cumprindo funções *contramajoritárias*. Geralmente, a declaratória do ECI se refere a grupos tradicionalmente esquecidos e historicamente desprotegidos, os quais resultam beneficiados como sujeitos passivos gerais da declaratória do ECI. O caso mais emblemático se refere aos sujeitos privados da

liberdade. De igual maneira, podem se mencionar pessoas deslocadas pela violência, defensores de direitos humanos e idosos (aposentados), grupos minoritários, sujeitos de especial proteção constitucional que têm sido beneficiados pelas declaratórias de ECI por parte da Corte Colombiana.

Como o manifestou o Supremo Tribunal Federal do Brasil, existem pontos cegos legislativos, ou seja, matérias sobre as quais os legisladores não têm interesse em legislar devido aos temores pelos custos políticos que podem levar, por exemplo, trâmites de leis que beneficiem minorias que não são aceitas pela maioria dos votantes, como no caso dos privados da liberdade.

Em conclusão, os defensores desta postura indicam que levando em conta as funções contramajoritárias das cortes constitucionais e os pontos cegos legislativos, a atuação do judiciário nessa matéria não só é legítima senão também desejada para a proteção de direitos de grupos historicamente discriminados e titulares de especial proteção constitucional.

(iii) A teoria do ativismo judiciário esboçada pela

primeira vez por Arthur M. Schlesinger, a propósito da atuação da Suprema Corte Norte-americana⁸⁷, manifesta que os juizes em suas decisões levem em conta suas opiniões pessoais ou políticas. De acordo com Barroso, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (Barroso, 2012, pp. 936-937).

O conceito de ativismo judiciário pode ser interpretado em sentido positivo ou negativo, para alguns, é natural que os tribunais constitucionais atuem de maneira ativa ou levados por opiniões políticas, devido a que são órgãos naturalmente políticos, pois sua função é a proteção da supremacia da

Constituição, que é uma norma de natureza política. Nessa medida, seria um contrassenso que as decisões não tenham essa conotação. Por outro lado, os críticos do ativismo judiciário manifestam que as decisões políticas correspondem aos órgãos de natureza política em sentido estrito, ou seja; ao Executivo e ao Legislativo, e o judiciário não pode suprimir a legitimidade dos órgãos de eleição direta.

Despito deste contexto, a declaratória do ECI é uma das formas de atuação “ativista” das cortes constitucionais, que para os defensores do ativismo favorece a proteção de direitos, já que, ante a inoperância dos outros ramos de Poder, o judiciário atua de maneira proativa para a proteção de direitos fundamentais, fazendo valer a supremacia da Constituição no referente à proteção de direitos.

(iv) O minimalismo judiciário, cujo principal expoente é Cass Sunstein,⁸⁸ denomina uma

forma de atuação dos juizes que teve como base o análise das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. O minimalismo judiciário “consiste em falar o menos possível para justificar uma decisão, em deixar sem decidir o mais que se puder” (Cajas, 2007, PP. 1-25). Sustain estabelece nos casos nos quais considera ser benéfica a adoção de posturas minimalistas e em quais não.⁸⁹ Nessa medida, alguns dos casos onde o autor não recomenda a adoção de posturas minimalista são quando o juiz tem clareza sobre as regras profundas e amplas que vai fixar, quando o juiz tem confiança na decisão, e quando o planejamento futuro é importante.

Um dos elementos determinantes da declaratória de ECI é o estabelecimento de regras gerais e amplas que possam ser aplicadas a sujeitos indeterminados afetados pela vulneração massiva de direitos. De tal maneira que uma postura maximalista se justifica para permitir a proteção dos direitos de um maior número de pessoas. De igual maneira, em presença de violações reiteradas, massivas e estruturais de direitos humanos é necessário um esforço considerável de planejamento

87 “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Tratasse, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo... Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais” (Barroso, L.R. 2010). Sobre o assunto: Hirschl (2008).

88 “In law, narrow and shallow decisions have real advantages insofar as they reduce both decision costs and error costs; make space for democratic engagement on fundamental questions; and reflect a norm of civic respect. In many cases, however, minimalism is hard to justify in these ways. Sometimes small steps increase the aggregate costs of decisions; sometimes they produce large errors, especially when they export decision-making burdens to fallible people. Predictability is an important variable, and minimalist decisions can compromise predictability. Sometimes large, nonminimalist steps serve democratic values and do not compromise the norm of civic respect. It follows that the justifications for minimalism are unconvincing in many contexts” Sunstein (2008, pp. 1).

89 Sobre o assunto Cajas Sarria realiza uma enunciação das circunstancias nas quais Sustain considera é benéfico a adoção de posturas minimalistas e em quais não. Para maior informação pode se consultar “Minimalismo Judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? em https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/Cajas_Sarria.pdf (Consultada em maio de 2016).

entre as diferentes autoridades envolvidas na superação do ECI. Disso decorre que a situação que origina a declaratória do ECI poderia ser considerada um cenário que justificaria a adoção de decisões maximalista para acabar de maneira efetiva com as circunstâncias violadoras de direitos.

A segunda postura com relação à aplicação de ECI assevera que os tribunais constitucionais, e de maneira particular, o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Constitucional Colombiana, incorrem numa extralimitação de suas funções como órgãos judiciários, na medida em que a declaratória do ECI involucra aspetos de política pública com implicações orçamentarias.

A criação de políticas públicas por parte de um órgão judiciário é a principal crítica com relação ao ECI. O assunto objeto de debate, radica principalmente na estrutura clássica de separação de poderes, onde a criação e execução de políticas se atribui ao executivo, órgão de eleição popular direta que segue programas de governo apresentados no momento de eleição, os quais posteriormente, são aprovados pelo órgão legislativo, também de representação direta. Por isso parece estranho na tradição do funcionamento do Estado que um órgão de poucos membros, de eleição indireta e

sem conhecimentos técnicos sobre a matéria da política pública ordene ao Executivo a criação ou reparação de uma política pública, sobretudo sem levar em conta as implicações orçamentárias.

Nos casos do ECI estudados, a intervenção nas políticas públicas por parte do Judiciário se evidencia em alguns assuntos mais abrangente do que em outros. Por exemplo, na Sentença T-153 de 1998 da Corte Colombiana, ordenou-se a construção de novos centros de reclusão e a remodelação dos existentes para cumprir com requisitos mínimos para oferecer uma vida digna aos privados da liberdade. Nesse assunto é inegável que a Corte ordenou a criação de uma política com relação à construção de centros de reclusão. Do mesmo modo, no acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil na ADPF 347, ordenou-se à União que *“libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”*. É manifesta assim, a intervenção dos tribunais constitucionais em assuntos de política pública com efeitos no orçamento.

De maneira geral, os defensores do segundo posicionamento indicam que as cortes incorrem numa extralimitação de funções, assim, independentemente do propósito de proteção de

direitos ou inoperância dos outros órgãos. O desrespeito das funções estabelecidas configuraria um desvirtuamento da estrutura do Estado. Não pode esquecer-se que o objetivo da separação de poderes é evitar a concentração do poder num único indivíduo ou órgão, pois a concentração gera comumente opressão de parte do poderoso.⁹⁰ Portanto, as Cortes Constitucionais ante um poder de criação de políticas e revisão judicial das mesmas políticas criadas por suas decisões apresentam uma concentração do poder, que eventualmente poderia gerar opressão e perda da liberdade dos indivíduos.

As prerrogativas de que dispõem as Cortes Constitucionais para proteção de direitos podem ser frustradas por juízes que não atuem conforme os preceitos constitucionais, mas motivados por interesses políticos que não acompanhem a proteção de direitos. Nessa medida, não se pode usar como argumento válido que até o momento as Cortes têm atuado inspiradas na proteção de direitos, justificando-se a usurpação das funções próprias de outros poderes, pois poderíamos estar justificando um eventual abuso.

Além do argumento referente ao princípio de

90 Sobre o assunto: Montesquieu (1689) no capítulo VI do livro XI do “O Espírito das Leis”.

separação de poderes, pode-se apontar que Tribunais, ao aplicar a Teoria do ECI, normalmente (i) carecem de legitimidade democrática; (ii) não possuem suficientes capacidades institucionais e são incapazes de prever adequadamente os efeitos sistêmicos decorrentes da decisão; e (iii) atentam à máxima *nemo iudex in sua causa*.

(i) A democracia representa a forma de governo de acordo com a qual os cidadãos elegem majoritariamente os representantes que adotam as decisões que repercutem sobre os membros da sociedade, os quais conservando o poder de controle sobre os eleitos. Dessa maneira, a legitimidade democrática dos representantes é maior na medida que sejam eleitos diretamente pelos cidadãos. O órgão democrático por excelência é o legislativo na medida que é um corpo colegiado eleito de maneira direta e que representa a diferentes grupos da sociedade.

O questionamento acerca dos tribunais constitucionais em matéria de legitimidade se centra em que representantes indiretos ordenam aos representantes diretos a atuação num assunto que é competência do representante direto, sendo muito questionável a

possibilidade de um órgão com uma legitimidade democrática reduzida atuar dessa maneira.

(ii) Demais disso, não possuem suficientes capacidades institucionais e são incapazes de prever adequadamente os efeitos sistêmicos decorrentes da decisão: pode-se indicar que os juízes não são expertos em política pública e durante a discussão do caso não tem os estudos relevantes para ordenar a criação de uma política dirigida ao Executivo em determinado assunto. Como consequência, é possível que a ordem de criação da política sem os estudos pertinentes e levando em conta as implicações orçamentárias possa gerar problemas de tipo econômico para implementar as ações ordenadas pelo judiciário.

Em relação ao último ponto, mostra-se patente, a propósito, a ausência de parâmetros jurisprudenciais quanto às matérias orçamentárias, normalmente adota argumentos *consencionalistas*, desprezadas nos julgamentos relacionadas a políticas públicas: por meio desta Teoria, permite-se que Tribunais, após reconhecerem “Estados de Coisas Inconstitucionais” por mera prática retórica, orientem a

realização de programas de ação para políticas públicas. As consequências disso são principalmente que o juiz possa adotar uma decisão sem os estudos pertinentes que não responda posteriormente às necessidades reais dos cidadãos e que sua materialização seja impossível pela sua inviabilidade econômica de acordo as finanças do respectivo Estado.

(iii) Finalmente, segundo a máxima *nemo iudex in causa*, é proibido que os “juízes possuíssem a palavra final sobre os limites dos seus poderes judicantes, prerrogativas e jurisdição” (Vermeule, 2012, pp. 1-37). Introduzir a teoria do ECI parece ser recurso retórico para se ampliar os poderes políticos dos Tribunais Constitucionais. As funções e competências dos órgãos do poder estão estabelecidos na Constituição. Nessa medida, não é admissível que o mesmo órgão determine até onde tem competência numa matéria específica desconhecendo a distribuição criada pelo constituinte. A Corte Constitucional Colombiana manifestou na sentença C-113 de 1993 que:

“(…) A faculdade de sinalar os efeitos de suas próprias

sentenças, de acordo com a constituição, nasce para a Corte Constitucional da missão que lhe encomenda o inciso primeiro do artigo 241 de conservar a integridade e supremacia da Constituição”, acrescentando que “entre a Constituição e a Corte Constitucional quando a segunda interpreta à primeira não se pode interromper nem uma folha de papel”. (CORTE CONSTITUCIONAL, 1993).

Portanto, é a mesma Corte Colombiana quem estabelece os efeitos de suas sentenças, ou seja, pode determinar que uma sentença de tutela com efeitos *inter partes* tenha efeitos *erga omnes* como no caso do ECI. A interpretação da Corte, somente têm um limite: a Constituição mesma. O problema do argumento da Corte consiste em que, com fundamento na sua função de conservar a integridade e supremacia da Constituição, se auto estabelece limites e funções, o qual pode gerar problemas de abuso de poder e conseqüentemente arbitrariedades e vulneração de direitos.

V. CONCLUSÕES

Demonstrou-se que a Teoria do ECI surgiu por razão do processo moderno de ampliação e potencialização

da jurisdição constitucional, mormente para o propósito de assegurar direitos. Essa Teoria propõe-se a sanar e superar situações complexas nas quais se apresenta uma vulneração sistemática e massiva de direitos fundamentais por erros ou omissões das autoridades na implementação de políticas e programas públicos, que provocam problemas sociais quanto aos quais o Estado deve adotar ações complexas e coordenadas de várias instituições.

Por isso, recebe críticas de primeiro nível, idênticas àquelas oponíveis à judicialização da política, e críticas de segundo nível, afetas ao ECI, propriamente. Naquele primeiro nível, argui-se que o Judiciário não possui legitimidade ou representatividade bastantes para interferir nas atribuições dos outros Poderes e que, ao realizá-lo, atua *ultra vires* atentando à sistemática da Separação dos Poderes e às proteções que a mesma pretende impor. Na segunda ordem, afirma-se que o Judiciário atua de modo imprudente, pois interfere no orçamento público sem, porém, possuir atributos institucionais para definir apropriadamente o alcance e desdobramentos de suas decisões.

Disso decorre que a Teoria do ECI não oferece uma adequada doutrina jurisprudencial para orientar a atuação de cortes

constitucionais, porque Tribunais constitucionais (i) carecem de larga legitimidade democrática; (ii) não possuem suficientes capacidades institucionais e são incapazes de prever adequadamente os efeitos sistêmicos decorrentes de suas decisões; e (iii) atentam, ao reconhecer o ECI, à máxima *nemo iudex in sua causa*. Todavia, a profunda e sistemática precariedade na orientação e implementação das políticas públicas tornam imprescindível a intervenção judicial, que se revela opção *segundo-melhor* para a realização dos direitos.

Referencias bibliográficas

- Barroso, L. R. (2010). “Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 2 (21), pp1-pp50.
- Barroso, L. R. (2012). “O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência”. São Paulo: Saraiva.
- Cajas Sarria, M. (2007). “Minimalismo Judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?”, re-elaboración do trabalho de palestra “Minimalismo y Adjudicación” apresentada no Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, realizado no Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma de México, UNAM, 28 - 31 de marzo de 2006.
- Eastman, J.M. (1992). “Constituciones Políticas Comparadas de América del Sur, Colección Fondo de Publicaciones”. 2ª Edición. Bogotá: Parlamento Andino, Secretaría General Ejecutiva.
- García Belaunde, D. (2003). “De la Jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”. 4ª edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

- Hirschl, R. (Ed). (2008). "The Judicialization of Politics". In: Caldeira, G.; Kelemen, D.; Whittington, K. (eds.). The Oxford Handbook of Law and Politics. New York: Oxford University Press.
- López Medina, D.E. (2006). "El Derecho de los Jueces". 2ª Edición. Bogotá: Editorial Legis.
- Montesquieu, C.S.B. (Ed) (1689 – 1755). "O Espírito das Leis". Brasil: Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
- Quinche Ramírez, M.F. (2015). "La acción de tutela, el amparo en Colombia". 2ª Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- Sunstein, C. (Septiembre 2008). "Beyond Judicial Minimalism". University of Chicago Public Law and Legal Theory, (237), pp1-pp25.
- Tarazona Navas, J.A. (2007). "El imperio de la Constitución y del Precedente Constitucional". Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Vermeule, A. (2012). "Contra Nemo Iudex in Sua Causa: The limits of Impartiality". The Yale Law Journal, 122 (384), pp1-pp37.
- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF- 347 de 2015 - Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Colombiana

- C- 113 de 1993, T-406 de 1992, SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-525 de 1999, SU-090 de 2000, T-547 de 2001, T-590 de 1998, T-558 de 2003, SU-250 de 1998, C-373 de 2000, T-1695 de 2000, C-076 de 2006, C-421 de 2006, SU-913 de 2009, T-025 de 2004, T-175 de 2005, T-312 de 2005, T-086 de 2006, T-585 de 2006, T-919 de 2006, T-137 de 2007, T-966 de 2007, T-156 de 2008, T-868 de 2008, T-317 de 2009, T-343 de 2009, T-344 de 2009, T-038 de 2006, T-068 de 2010, T-692 de 2011, T-349 de 2012, T-386 de 2012, T-454 de 2012, T-650 de 2012, T- 1039 de 2012, T-888 de 2013, T-414 de 2014, T-689 de 2014, T-300 de 2010, T-883 de 2010, T-891 de 2010, T-431 de 2011, T-388 de 2013, T-815 de 2013, T-861 de 2013, T-774 de 2015.
- Auto 240 de 2009, Auto 027 de 2010, Auto 385 de 2010, Auto 0009 de 2011, Auto 050 de 2004, Auto 177 de 2005, Auto 178 de 2005, Auto 218 de 2006, Auto 266 de 2006, Auto 333 de 2006, Auto 334 de 2006, Auto 335 de 2006, Auto 336 de 2006, Auto 337 de 2006, Auto 058 de 2007, Auto 081 de 2007, Auto 082 de 2007, Auto 027 de 2007, Auto 101 de 2007, Auto 102 de 2007, Auto 130 de 2007, Auto 131 de 2007, Auto 167 de 2007, Auto 169 de 2007, Auto 170 de 2007, Auto 171 de 2007, Auto 207 de 2007, Auto 208 de 2007, Auto 234 de 2007, Auto 236 de 2007, Auto 248 de 2007, Auto 249 de 2007, Auto 250 de 2007, Auto 251 de 2007, Auto 008 de 2009, Auto 053 de 2008, Auto 092 de 2008, Auto 117 de 2008, Auto 251 de 2008, Auto 335 de 2008, Auto 004 de 2009, Auto 005 de 2009, Auto 006 de 2009, Auto 007 de 2009, Auto 008 de 2009, Auto 009 de 2009, Auto 011 de 2009, Auto 222 de 2009, Auto 207 de 2010, Auto 382 de 2010, Auto 383 de 2010, Auto 384 de 2010, Auto 385 de 2010, Auto 100 de 2011, Auto 174 de 2011, Auto 219 de 2011, Auto 014 de 2012, Auto 037 de 2012, Auto 173 de 2012, Auto 008 de 2013, Auto 009 de 2013, Auto 110 de 2013, Auto 012 de 2013, Auto 119 de 2013, Auto 038 de 2013, Auto 047 de 2013, Auto 052 de 2013, Auto 056 de 2013, Auto 057 de 2013, Auto 058 de 2013, Auto 096 de 2013, Auto 098 de 2013, Auto 099 de 2013, Auto 119 de 2013, Auto 145 de 2013, Auto 173 de 2013, Auto 201 de 2013, Auto 217 de 2013, Auto 226 de 2013, Auto 227 de 2013, Auto 234 de 2013, Auto 235 de 2013, Auto 073 de 2014, Auto 009 de 2015.

Normatividade

- Constituição Política Colombiana de 1991
- Constituição da República Federativa do Brasil
- Decreto 2591 de 1991 (Colômbia)

Jurisprudência Brasileira

- Recurso Extraordinário 410.715/SP de 2005 - Supremo Tribunal Federal
- Julgamento da Suspensão de Liminar No. 47-AgR de 2010 - Supremo Tribunal Federal
- Julgamento do Agravo de Instrumento No.734.487-AgR, de 2010 - Supremo Tribunal Federal

Wálter Azula⁹¹

“En la piel de una gota Mis alas volvieron rotas”

Héroes del silencio

Tal vez sin que lo adviertas,
sin que notes el desconcierto
y mi perplejidad,
sigo intentando descifrar tus voces,
tus íntimas señales.

De nuevo tu perfume invadiendo la fruta,
la delgada sombra;
la piel
y mi desarraigada soledad.

Volver a cubrir tu cuerpo de otros cuerpos,
tus ríos con nuevos naufragios,
tus valles con otros tantos menguantes,
y tus húmedas melodías con lácteos ruiseñores.

Pareces estar mirando un oscuro sol,
Una extraviada página de la memoria.

Con ese rostro esperas que te nombren,
que desnuden tu presencia,
tu frágil jardín tras la derrota;
con esa música esperas mi llegada,
pero he olvidado la canción,
como también el ciclo de las horas tatuándome los versos.

Aquí me detengo;
cansado,
como un pesado viejo a quien le sobran sus huesos,
sus manos;
como un albatros que persiste en suprimir los vientos,
su más compleja partitura.
Palpo la noche sin encontrar tus señales,
tus amados perfumes,
tus vacilantes notas.

Tal vez detrás de este verso
agonice una canción,
mi canción.

91 Sociólogo Universidad Nacional, maestría Sociología de la Educación, Universidad Pedagógica, investigador IEMP en temática de discapacidad.

Indicaciones para la presentación de artículos y parámetros de evaluación

Los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros* pueden ser de tres tipos: artículo científico, artículo tipo ensayo y cuento. Considerando que la publicación conforma por excelencia un espacio académico, se permite cualquier debate siempre y cuando esté sustentado en cada una de sus ediciones semestrales, las cuales están dirigidas al sector académico institucional, así como a los integrantes de la comunidad en términos generales que tengan interés en los temas aquí tratados.

Requisitos técnicos de los textos de la revista *Rostros & Rastros*

- Tamaño máximo 20 páginas, letra arial 12 puntos, con espacios de tres centímetros sobre los cuatro costados.
- El texto puede ser de cualquier disciplina, en un lenguaje claro, sin excesos técnicos, que permita una fácil comprensión, elaborando siempre el proceso relacional entre los aspectos en desarrollo y su interacción práctica con lo social.

- En el caso del *artículo tipo ensayo* debe plantearse un tema concreto de discusión, alrededor del cual se teje una argumentación estructurada. El desarrollo puede sustentarse en referentes académicos, en la experiencia profesional, en información de prensa o en cualquier otra fuente que se preste a un debate serio, novedoso e instructivo.

- Los artículos propuestos deben ser inéditos, para que la publicación sea aceptada en la revista *Rostros y Rastros*.

- En el caso del *artículo científico* se busca que el o los autores presenten resultados de un proceso investigativo como adelantos de un proyecto en curso o el desarrollo de un aspecto concreto de una investigación concluida, clarificando su alcance y su propósito.

- Puede incluir gráficos, tablas, mapas, diagramas o similares.

- La bibliografía debe ser referenciada al final del texto, y no en pie de página. Para explicitar la fuente

en el documento se enunciará a continuación del acápite de interés entre paréntesis el o los autores, el año de publicación y de ser pertinente la página; ejemplo: (Rozo P. ,1999:21).

- Todo artículo debe tener un título e incluir un resumen donde se resalten los principales aspectos trabajados en el documento. Se sugiere agregar el sumario en fines perseguidos, contexto y principales resultados

- Debe incluir un perfil de la hoja de vida de el o de los autores.

- Los resúmenes no podrán exceder el total de 120 palabras.

- *En el caso de los cuentos*, se incluirán de uno a dos por edición, de acuerdo con el espacio disponible y la pertinencia. Deben tener la misma extensión que las demás modalidades e incluir implícitamente un mensaje o una reflexión desde lo social.

El 50% del espacio de la revista es reservado a la Procuraduría General

de la Nación y/o a las demás entidades del sector público, mientras que el otro 50% se dirige al sector privado universitario, a la comunidad o a los independientes, tanto a nivel nacional como internacional.

Las personas interesadas en participar deben dirigirse al director de la revista, quien recibirá los artículos, realizará una primera selección para posteriormente por medio de acta de entrega suministra copia de estos al comité, cuyo papel será determinar la aceptación, rechazo o solicitud de modificaciones de los

textos. Dicha instancia está conformada por profesionales de distintas áreas y amplia experiencia, pretendiendo desde la interdisciplinariedad generar un debate integral.

Criterios de selección de los textos presentados a la revista *Rostros & Rastros*

- Redacción fluida, comprensible, con concentración clara y pertinente de ideas que cumpla con los parámetros de la revista.
- Aportar elementos novedosos y/o de actualidad.
- En el caso de los documentos científicos, debe quedar evidente la seriedad y fundamentos de los trabajos realizados.
- En el caso de los ensayos el aporte debe ser evidente con reflexiones oportunas

