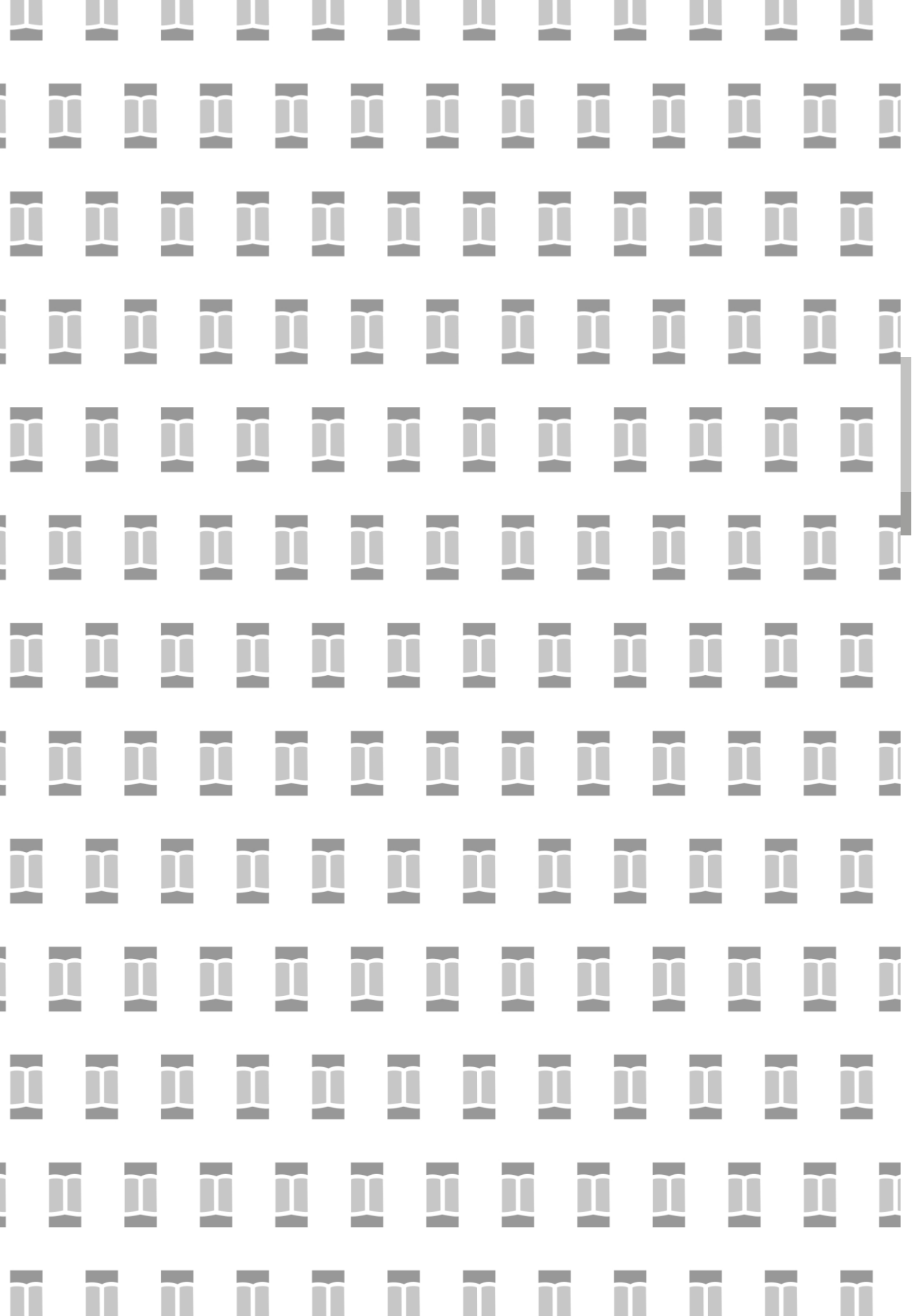


Revista
INDISCIPLINAS



Revista **INDISCIPLINAS**

Facultad de Derecho • Vol. 5 núm. 10 • Julio-diciembre • 2019 • ISSN: 2463-0098

Revista **INDISCIPLINAS**

Facultad de Derecho • Vol. 5 núm. 10 • Julio-diciembre • 2019 • ISSN: 2463-0098



INDISCIPLINAS • UNAULA
FACULTAD DE DERECHO
VoL. 5 núm. 10 • Julio - diciembre de
2019 ISSN: 2463-0098

JOSÉ RODRIGO FLÓREZ RUIZ

Rector

RAMÓN ELEJALDE ARBELÁEZ

Vicerrector Académico

DIANA RESTREPO RUIZ RAMÓN ELEJALDE ARBELÁEZ

Decana

JAIRO OSORIO GÓMEZ

Director del Fondo Editorial

MARÍA MURIEL RÍOS

Editora

ANA AGUDELO DE MARÍN

Corrección de estilo

EDICIÓN: Fondo editorial UNAULA

EDITORIAL ARTES Y LETRAS S.A.S.

Diseño, diagramación y carátula

Hecho en Medellín - Colombia

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no compromete en nada a la institución ni a la Revista.

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para efectuar reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

UNAULA - Carrera 55 No. 49-51 Medellín

PBX 511 2199 - Apartado 3455 - Fax: 512 3418

Revista **INDISCIPLINAS**, indexada en:



COMITÉ EDITORIAL

María Muriel Ríos (editora). Periodista y Magíster en Ciencias de la Información, Universidad de Antioquia. Doctoranda en Derecho de la Universidad de Antioquia. Coordinadora del Observatorio de Paz y Memoria de UNAULA. Investigadora de la novela *El mundo de afuera* de Jorge Franco, ganadora del premio Alfaguara 2014.

Bibiana Catalina Cano Arango. Abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Mediación - Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Universidad Católica de Córdoba (Argentina). Especialista en Política Pública, Derechos Humanos, Refugio y Migraciones Internacionales, Universidad Fundación Henry Dunant (Chile).

Alejandro Uribe Zapata. Doctor en Educación, Magíster en Educación y Filósofo de la Universidad de Antioquia. Docente Universidad Pontificia Bolivariana.

Martha Isabel Gómez Vélez. Abogada y Magíster de la Universidad de Antioquia. Especialista en Derecho Penal, Universidad EAFIT.

COMITÉ CIENTÍFICO

Sandra Patricia Moreno. Médica. Magíster en Estudios de Familia. Docente de la Universidad CES.

César Guzmán Tovar. Doctor de Investigación en Ciencias Sociales con mención en Sociología, Flacso-México. Magíster en Investigación en Problemas Sociales Contemporáneos, Universidad Central. Sociólogo, Universidad Nacional de Colombia con experiencia en investigación social como asistente de investigación y como investigador principal en diferentes entidades y universidades públicas y privadas. Cuenta con publicaciones sobre los temas de la producción de conocimientos científicos y la educación.

Samuel Andrés Arias Valencia. Médico, Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá) Magíster en Epidemiología, Universidad de Antioquia. Doctor en Salud Pública de la Universidad de Antioquia.

SECCIONES

Indisciplinas cuenta con cuatro secciones pensadas con el propósito de acoger lo académico e investigativo, como también las diversas experiencias de los estudiantes y docentes de la UNAULA y otras instituciones académicas.

Artículos: Textos escritos con el fin de abordar una problemática o tema de interés.

Reseñas: Ejercicios de evaluación y crítica de un texto desde diferentes aspectos. Pueden ser textos jurídicos, de las ciencias sociales, de las humanidades, de la literatura o del cine.

Profesor invitado: Un texto de corte analítico, reflexivo o metodológico realizado por un docente. Busca mostrar herramientas para pensar el derecho.

Otras narrativas: Sección que integra las diversas formas de comunicación del conocimiento y la cultura, en cualquier tipo de formato. Crónicas, reportajes gráficos, experiencias, entrevistas, transcripciones, entre otros aportes que pueden generar los estudiantes.

ENFOQUE Y ALCANCE

La revista *Indisciplinas* (ISSN 2463-0098) brinda un espacio para socializar los acercamientos, exploraciones y análisis que hacen los estudiantes del claustro universitario de la UNAULA. Esta publicación seriada es un órgano difusor de las diferentes actividades relacionadas con la investigación formativa en el programa de Derecho (semilleros, observatorios, clínicas jurídicas, Liga del consumidor, Notaría Académica y Consultorio Jurídico).

Indisciplinas se convierte en un espacio de apropiación para que los estudiantes puedan informarse y discutir abiertamente sobre el Derecho y otros saberes. *Indisciplinas* es necesaria para reaprender y construir, desde la transversalidad e identidad de la Universidad. La Revista, en sus versiones impresa y digital, presenta, en cada número, un tema de interés jurídico desde diferentes ópticas que responden a la formación en el saber, el ser, el hacer, el convivir y en el conocimiento científico y humanístico, para el desarrollo político, cultural, social y económico en un contexto globalizado.

Comité Editorial

CONTENIDO

EDITORIAL

María Muriel Ríos 11

**RETOS DE LAS CLÍNICAS JURÍDICAS FRENTE A LA ATENCIÓN DE
MIGRANTES CON ENFOQUE DIFERENCIAL DE GÉNERO**
Ana Patricia Pabón Mantilla, Karen Estefanni Pérez Álvarez..... 13

**DESPLAZAMIENTO INTRAURBANO EN MEDELLÍN POR PROYECTOS
DE DESARROLLO: RETOS DE INTERVENCIÓN PARA LA CLÍNICA
JURÍDICA DE INTERÉS PÚBLICO UNAULA**
Luis Felipe Alzate Ramírez, Valentina Nohavá Rojas 31

**GENERAR UNA CULTURA MIGRATORIA: EL RETO DE LA CLÍNICA
JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA**
Cathalina Sánchez-Escobar, Verónica Cadavid González..... 49

**LITIGIO EN RED PARA LA DEFENSA DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN
MIGRANTE Y REFUGIADA EN COLOMBIA**
Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad
de Protección Internacional - PNPI Consultorio Jurídico,
Universidad del Rosario 69

**IDENTIFICACIÓN Y DIFUSIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES
EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES**
Juan Camilo Restrepo Ordoñez 87

**EL LITIGIO ESTRATÉGICO DE CARA A LOS NUEVOS DESAFÍOS
JURÍDICOS DE LA MIGRACIÓN**
Valentina Carvajal Henao, Natalia Rodríguez Álvarez,
Luisa Fernanda Villarraga Zschommler 109

Editorial

El extranjero no es solo el otro, nosotros mismos lo fuimos o lo somos, ayer o mañana, al albur de un destino incierto: cada uno de nosotros es un extranjero en potencia.

Tzvetan Teodorov (1939 – 2017)

Este nuevo número de *Indisciplinas* podría musicalizarse con la canción de Faundo Cabral *No Soy de aquí, ni soy se allá*, la misma que habla de la felicidad como color de identidad. En esta entrega los artículos invitan a pensar en la vulneración de los derechos de las personas migrantes y el trabajo que, desde las clínicas jurídicas, se puede implementar para que se garanticen condiciones justas.

El desprecio a quien no se ve como los demás, la exclusión a quienes vienen de otra parte, el rechazo a quienes tienen otras creencias, la estigmatización hacia quienes no tienen nada porque lo han perdido todo, conforman una realidad social o, más exactamente, una patología que la filósofa española Adela Cortina ha llamado “aporofobia”. ¿Cómo puede el derecho contribuir a solucionar los problemas que deben afrontar los migrantes, los desplazados o los afectados por las construcciones e imposiciones neoliberales? Más aun, ¿de qué manera el Derecho puede ofrecer garantías para combatir la aporofobia?

Para encontrar respuestas a estas realidades y preguntas, se puede reflexionar en el impacto que tienen las clínicas jurídicas de las facultades de Derecho, porque desde dichos espacios la formación de los estudiantes se expande en la comprensión de los fenómenos sociales. Como diría el profesor Sergio Iván Estrada Vélez (2015): “desde

una perspectiva metodológica, el modelo clínico es una oportunidad para buscar el equilibrio, tan esquivo en la historia del derecho, entre bien común, seguridad y justicia".

Los artículos compilados en esta edición dan cuenta de experiencias de participación de las Clínicas Jurídicas de varios programas de Derecho de Universidades del país, ante los desafíos jurídicos asociados a la migración y los retos para superar la aporofobia con los que *no son de aquí ni son de allá, no tienen edad ni porVENIR*.

María Muriel Ríos
Editora

Retos de las clínicas jurídicas frente a la atención de migrantes con enfoque diferencial de género

Ana Patricia Pabón Mantilla¹, Karen Estefanni Pérez Álvarez²

Recibido: mayo 6 de 2019 - Aprobado: junio 21 de 2019

Resumen

La educación legal clínica ha permitido integrar, de manera transversal, a la reflexión, problematización y atención de distintas situaciones sociales de la época, saberes y enfoques que enriquecen el proceso de formación. El abordaje de problemas, desde el enfoque diferencial de género, ha permitido, según la experiencia de la Clínica Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, transformar la visión acerca de cómo se vive un fenómeno dependiendo de la construcción de género de los afectados. Esta experiencia nos permite justificar la necesidad de promover un abordaje transversal con enfoque diferencial de género para brindar una mejor atención a la población que migra, lo cual constituye un reto de cara a sus múltiples necesidades y de la falta de formación de los distintos agentes que intervienen en el proceso de atención temprana. El objeto de este artículo será justificar, desde la perspectiva teórica, la necesidad práctica de incorporar el enfoque diferencial de género en la atención de migrantes. Para ello se desarrollará, en primer lugar, una ubicación conceptual, posteriormente se caracterizarán algunas situaciones susceptibles de aplicación del enfoque y finalmente se formularán algunas recomendaciones.

Palabras clave: Derechos humanos, clínicas jurídicas, migrantes, género

- 1 Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Especialista en Docencia Universitaria, Abogada y Filósofa de la Universidad Industrial de Santander. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), líder del grupo de investigación Teoría del Derecho y Formación Jurídica. Correo electrónico: apabon742@unab.edu.co
- 2 Estudiante de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), coordinadora de la línea de Género y Derecho de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos e Interés Público, vinculada al semillero de Investigación Género y Diversidad. Correo electrónico: kperez244@unab.edu.co

Abstract

Clinical legal education has allowed integrating in a transversal way the reflection, problematization and attention of different social problems of the time, knowledge and approaches that enrich the formation process. The approach of problems from the gender differential approach has allowed, from the experience of the clinic of the Autonomous University of Bucaramanga, to transform the vision about how a phenomenon is lived depending on the gender construction of the participants. This experience allows us to justify the need to promote a transversal approach with a gender differential approach to provide better care to the population that migrates, which constitutes a challenge in the face of the multiple needs of the population and the lack of training of the population, different agents that intervene in the early care process. The purpose of the paper will be to justify, from a theoretical perspective, the practical need to incorporate the differential gender approach in the attention of migrants. For this, a conceptual location will be developed first, later some situations susceptible of application of the approach will be characterized and finally some recommendations will be formulated.

Key words: Human rights, legal clinics, migrants, gender.

Introducción

La Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Bucaramanga ha desarrollado cuatro líneas de trabajo, entre las que se encuentran la línea de Género y Derecho y la línea de Migración. Este último eje de trabajo se ha desarrollado a partir de la realidad que se vive en el municipio de Bucaramanga, localidad que ha sido receptora y lugar de tránsito de un número significativo de migrantes provenientes de Venezuela, en razón de su posición geográfica, que lo convierte en uno de los corredores entre la frontera con Villa del Rosario en Norte de Santander y San Antonio en el Estado de Táchira.

Fuentes periodísticas estiman que cerca de cuatrocientos ciudadanos venezolanos llegan diariamente al municipio de Bucaramanga³, una movilidad humana sin precedentes en un municipio que no cuenta con infraestructura, presupuesto, ni for-

3 Puede consultarse sobre el tema distintas notas de prensa del Diario Vanguardia Liberal. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/area-metropolitana/bucaramanga/442774-cerca-de-400-venezolanos-llegan-diariamente-a-bucaramanga>

mación de personal para atender de manera digna a esta población, pese a que vivimos en un mundo globalizado y que se trata de una población que migra por razones humanitarias.

Desde la línea de Género y Derecho valoramos los esfuerzos de la Clínica al brindar asesoría legal a la población que migra, pero queremos advertir el reto que supone para nuestra Clínica Jurídica y en general para todos los centros de asesoría legal, la necesidad brindar atención integral a migrantes, lo que implica incorporar el enfoque diferencial de género.

El presente artículo aborda algunos aspectos de la relación migración–género, con el fin de justificar, desde una perspectiva teórica, la necesidad práctica de incorporar el enfoque diferencial de género en la atención de migrantes. Para desarrollar este objetivo general primero se analizarán algunos elementos que, según el enfoque de género, permiten orientar la discusión propuesta y, en esa medida, reconstruir una ubicación conceptual. El segundo objetivo busca caracterizar algunas situaciones susceptibles de aplicación del enfoque en la atención a migrantes a partir de la revisión de algunos casos, para de ahí pasar al tercer objetivo, que busca formular algunas recomendaciones para afrontar el reto de atención a la población migrante. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones.

Este texto se construyó a partir de la búsqueda y revisión de fuentes de tipo documental pertinentes para el abordaje del problema propuesto, y de la información recogida producto las entrevistas realizadas a algunos líderes que prestan atención temprana varios de los casos analizados en la Clínica. Las fuentes documentales se analizan desde la perspectiva de la hermenéutica crítica. El resultado de la indagación es de tipo descriptivo y propositivo.

1. Enfoque diferencial de género su pertinencia y escenarios de aplicación

Los estudios de género han sido abordados desde múltiples dimensiones. En general se puede afirmar que desde 1950, cuando se publica *El segundo sexo*, texto que formula de manera sistemática la pregunta ¿Qué es una mujer? (Beauvoir, 2010), se abre un nuevo escenario para las discusiones sobre lo femenino y masculino, la forma de construcción de roles y expectativas de rol frente a la distinción binaria hombre–mujer, con el objetivo de poner en evidencia “formas de discriminación enraizadas en las sociedades” (Ancitil, 2016, p. 25) asociadas a esta distinción.

Cuando se incorpora esta perspectiva de análisis y se distingue el sexo (como condición biológica) del género (como elemento social y cultural) se abren nuevas preguntas para mejorar la comprensión no sólo de la discriminación histórica hacia las mujeres sino hacia personas con una construcción de género no heteronormativa⁴ o de masculinidades o feminidades que no correspondían al canon esperado.

Desde esta perspectiva muchos autores sostienen que "ninguna de las cuestiones relativas a las ciencias sociales pueden ser abordadas sin una perspectiva de género ya que sus mismas relaciones son moldeadas y moldean el corpus social constantemente" (Ancil, 2016, p. 26). Hoy incluso, se puede afirmar que ninguna disciplina puede ser abordada sin esta perspectiva. Es lo que ha vivido la medicina, por ejemplo, cuando se hace conciencia de la existencia del cuerpo femenino como un cuerpo no reconocido en el universal masculino, lo cual hace pertinente pensar la salud en clave de género.

Desde los feminismos y los estudios de género se han formulado importantes críticas al derecho, que se pueden agrupar en tres grandes categorías:

- A la producción de normas
- A la forma en que se interpreta el derecho y
- A la forma en que se enseña del derecho

Develar en estos tres componentes las relaciones de poder y discriminación por razones de género, permite concluir que, en muchos casos, las normas se construyen para favorecer las expectativas de rol y se interpretan a favor de quienes gozan de más poder, a su vez, que este sistema se reproduce gracias a modelos de enseñanza tradicionales.

La crítica feminista a la teoría del derecho permite visibilizar cómo "incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres" (Jaramillo, 2000, p.52).

Consientes de estos elementos consideramos que uno de los retos que debe asumir la enseñanza del derecho parte de proponer escenarios de aprendizaje en los que se analice la forma en que las personas, a partir de sus distintas construcciones

4 Nancy Fraser (1997) lo problematiza en términos de "sexualidades despreciadas".

de género, son afectadas de manera diferencial por los distintos fenómenos sociales y con base en esto construir rutas de atención más pertinentes, adecuadas, respetuosas y justas.

La enseñanza clínica legal permite articular las necesidades descritas, "las clínicas jurídicas iberoamericanas tienen un sello característico por su novedoso y creativo trabajo en temas de justicia social" (Londoño, 2016, p. 123). Se ha reconocido que el derecho de interés público, como uno de los pilares adoptados por las clínicas jurídicas, ha propiciado una transformación en la enseñanza, interpretación y uso del derecho, esto es posible por cuanto:

Parte de la premisa de que el derecho es un instrumento de transformación social. El derecho, se asume, es una herramienta que debe utilizarse para tender puentes entre las promesas que hace el sistema jurídico y la realidad social, particularmente la de aquellos individuos y grupos vulnerables o históricamente discriminados (Bonilla, 2018, p. 27).

En lo que sigue, se describirán algunas situaciones en las que la atención a migrantes amerita un enfoque diferencial por razones de género y, a partir de estos casos, sugerir criterios a incorporar en la atención a esta población.

2. Atención a población migrante: situaciones en las que el género importa

Las situaciones que se analizarán a continuación, con relación a los problemas que enfrenta la población migrante, permiten visibilizar los retos que representa en la cotidianidad la atención y asesoría legal para este grupo poblacional, y la necesidad de incorporar el enfoque diferencial de género. Ante todo, se debe advertir es que, por lo menos, se han caracterizado tres grandes retos que deben enfrentarse cuando la población que migra necesita asesoría de los consultorios jurídicos y clínicas jurídicas:

El primero tiene que ver con el temor frente a la consulta, lo cual supone la necesidad de proporcionar una atención adecuada e integral que ofrezca un ambiente de reconocimiento y confianza. Ante la marcada tendencia a discriminar a la población que migra, se ha generado cierto temor de esta población a ser detenida o devuelta a sus lugares de origen, lo que termina de por sí desestimulando la búsqueda de asesoría frente a la violación de sus derechos, esto refuerza la necesidad de que los centros de atención puedan ser vistos como lugares seguros para los usuarios.

El segundo reto está ligado al desconocimiento del ordenamiento jurídico y de los derechos de la población que migra, lo que genera ambientes de mayor desprotección, ya que en muchas oportunidades las personas migrantes no cuentan con información ni una red de apoyo que la suministre. Esto refuerza la necesidad, de los consultorios y clínicas, de articularse con las distintas organizaciones de ayuda humanitaria para contribuir con la educación legal. El tercer reto tiene que ver con la diversidad de la población que migra. Es fundamental reconocer la diversidad de quienes migran, puesto que los riesgos y las necesidades son diferentes en razón de su género, etnia, condición socio económica, entre otros factores. Con relación a este último elemento se han podido identificar algunos riesgos frecuentes: violencia de género y discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género.

2.1 Violencia de género

La violencia de género es una realidad social innegable. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer la ha referido como: "cualquier acto de violencia basado en la diferencia de género, que resulte en sufrimientos y daños físicos, sexuales y psicológicos de la mujer, inclusive amenazas de esos actos, coerción y privación de la libertad en la vida pública o privada"⁵.

Esta violencia "se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos" (Amorós, 1990, 113). También se identifica violencia de género contra personas con orientación sexual diversa o no heteronormativa.

En el ordenamiento jurídico colombiano la Ley 1719 de 2014 define violencia⁶ como:

- El uso de la fuerza
- La amenaza del uso de la fuerza
- La coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación
- La detención ilegal

5 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

6 Para los efectos de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales descritas en el Título IV.

- La opresión psicológica
- El abuso de poder
- La utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento

Para atender estas realidades es necesario tener una perspectiva género-sensitiva, que no es otra que reconocer la desigualdad entre géneros. Históricamente, las expresiones del desarrollo del género femenino han sido dominadas y oprimidas por el género masculino. Sin embargo, esta realidad ha sido normalizada e invisibilizada. Es por eso que el Derecho está reformándose para eliminar los componentes patriarcales dentro del ordenamiento jurídico y es necesario garantizar la construcción, interpretación y aplicabilidad de las normas con enfoque de género que muchas veces no se cumplen por prejuicios o desconocimiento de quienes tienen o tendrán la responsabilidad de hacerlo. Es importante comprender que además de los administradores de justicia y en general de los funcionarios del Estado, también los profesores y estudiantes de Derecho deben reconocer el género como un enfoque fundamental en la aplicabilidad del Derecho para la idónea atención a las personas usuarias de los consultorios y las clínicas jurídicas de las instituciones educativas.

Las víctimas de la violencia de género son en su mayoría mujeres y niñas y la población LGBT. En el caso de la migración, las cifras muestran que también las personas que migran son en su mayoría las mujeres y las niñas. Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados "los estudios demuestran que, aunque esto varía en función de las situaciones de crisis y de la región, prácticamente la mitad de los refugiados, desplazados internos o apátridas son mujeres y niñas" (como se citó en OIM, 2015).

Esto ha significado un reto para las instituciones en relación con el ordenamiento y atención a este fenómeno, puesto que también las mujeres y las niñas migrantes, por el hecho de ser parte del género femenino, tienen riesgos muy altos de ser víctimas de violencia de género.

Ese es el caso de Yolanda, una ciudadana venezolana que se encuentra radicada en el municipio de Bucaramanga en condición irregular. Yolanda fue víctima de violencia de género por parte de un hombre con el que sostuvo una relación sentimental. Su excompañero sentimental intentó asesinarla en dos ocasiones, causándole heridas corto-punzantes y quemaduras en distintas partes del cuerpo. Sin embargo, ella no

denunció por temor a ser deportada a su país de origen y por la intimidación por parte de su expareja. El 15 de junio de 2018, después de una discusión, Yolanda fue víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte de su pareja y fue golpeada con un mecanismo contundente, según certificó Medicina Legal. Las autoridades competentes se hicieron presentes en la escena gracias a una vecina que denunció luego de escuchar gritos y golpes. La policía llegó al lugar de los hechos y capturó a Yolanda y al agresor, pues el hombre también presentó heridas en la cabeza. Más adelante se pudo establecer que ella actuó en legítima defensa. Las agresiones que ella le causó al victimario constituyen una conducta atípica, ya que fueron causadas con el fin de salvaguardar su vida. Sin embargo, la conducta del sujeto fue tipificada apenas como “violencia intrafamiliar”.

En este caso es pertinente tener en cuenta, para el posterior análisis, que el escenario más común en el que se comete un feminicidio o un feminicidio agravado en grado de tentativa, se da entre cónyuges, ex- cónyuges o en el contexto de relaciones familiares. Esto se ha podido determinar según la información del Instituto de Medicina Legal:

En Colombia entre los años 2006 y 2014 se valoraron 324.757 casos de violencia de pareja, de los cuales 284.900 (87.7%) fueron mujeres, lo que equivale a 7.14 mujeres por un hombre. El 75,37% de los casos se presentó en mujeres entre los 20 y 39 años lo que representó un 46% de todos los casos (128.739) y en un 70.81% el escenario fue la vivienda y el mecanismo contundente fue seis veces mayor a los otros mecanismos utilizados para la agresión, seguido del corto-contundente. (Citado en Agatón, 2017, p. 32).

La decisión entre tipificar los hechos como violencia intrafamiliar o feminicidio agravado en grado de tentativa muestra distintos niveles de análisis y de tensión. La descripción de la tipificación de feminicidio se encuentra en la Ley 1761 de 2015:

Artículo 104A: Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta meses a quinientos meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de

un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o instrumentalización sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Cometer el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

f) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima.

g) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella (Resaltados extra texto).

En el caso de Yolanda se puede ver que la conducta se encuentra enmarcada en los apartados a, c y f (resaltados), y si bien no se consumó el feminicidio, sí existió una tentativa de este. Este caso merece una especial consideración pues debe tenerse en cuenta que ella venía siendo amenazada de muerte por parte de su pareja. No obstante, no denunció por razones ligadas a su situación como migrante, asociadas al miedo y al desconocimiento de sus derechos.

La Ley 599 del 2000 define la tentativa de la siguiente manera:

Artículo 27. Tentativa. **El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad**, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada (Resaltado extra texto).

Podemos analizar que el sujeto inició la ejecución de la conducta punible al propinarle golpes contundentes a Yolanda mientras le manifestaba que “de ahí no iba a salir viva”, pero por circunstancias ajenas a su voluntad, como fue la captura no pudo consumar el hecho que constituiría el delito de feminicidio.

Por tanto, consideramos que, en este caso, el tipo penal escogido no permite visibilizar la violencia y las amenazas de muerte a las que fue sometida la víctima y tampoco corresponden al hecho delictivo, lo que puede dar lugar a causales eximentes de responsabilidad.

Además, no se tienen en cuenta la situación de migrante de la víctima, pues la Fiscalía manifestó no tipificar feminicidio agravado en grado de tentativa, puesto que las características de los hechos no aplicaban para imputar este delito y porque la víctima no había denunciado las agresiones anteriores. Si bien es cierto que no todas las situaciones constituyen una tentativa de feminicidio, es necesario reconocer la diferencia entre esta y la violencia intrafamiliar, que en el caso de parejas debería constituirse como un delito distinto y autónomo, con el fin de aplicar el enfoque de género y no caer en vulneraciones por parte de las autoridades hacia las víctimas poniendo en muchas ocasiones en riesgo sus vidas.

¿Qué se puede tener en cuenta para establecer la diferencia entre los tipos penales violencia de género y feminicidio en grado de tentativa? El bien jurídico tutelado que busca proteger cada delito. En el caso de la violencia de género busca proteger la armonía familiar y la familia, mientras que la tentativa de feminicidio o el feminicidio busca proteger la vida y la integridad de la persona. De acuerdo con esto, tendríamos que preguntarnos ¿Qué bien jurídico tutelado se afectó en este caso? Con el fin de prevenir las interpretaciones subjetivas de quienes administran justicia. Adicionalmente, es necesario:

Identificar cada forma específica de violencia para que a partir de ese análisis se creen políticas públicas de igualdad y se disponga de tipos penales con el objetivo de desactivar eficazmente los distintos tipos de agresiones, tipos penales y políticas públicas que contengan enfoque de género y reconozcan los riesgos especiales de cada persona (Agatón, 2017, p. 33).

2.2

Discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género

Históricamente, las personas transgénero, gay, lesbianas y bisexuales (población LGBT) se han construido en unas condiciones de exclusión al no cumplir con las exi-

gencias normativas de la identidad binaria del género. Sin embargo, los movimientos sociales han propuesto debates legales y luchas políticas y sociales por el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos de la población LGBT, logrando avances recientes, tales como el derecho a la adopción y el matrimonio igualitario, así como la sanción a la discriminación. Esta sanción está contemplada en la Ley 1482 de 2011, que adhiere el capítulo IX al Título I del Libro II del Código Penal, específicamente el siguiente artículo:

Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce a treinta y seis meses y multa de diez a quince salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-1090 de 2005, ha definido la discriminación como:

Un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica.

Además, la Corte señala en el mismo fallo:

Que el acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende consciente o inconscientemente anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, existe una brecha entre las normas y su aplicación. El reconocimiento de los derechos de esta población ha llevado a la necesidad de que aquellas entidades, con poder socio jurídico, adelanten estrategias que les permitan garantizarla aplicación de la ley que protege y reconoce estos derechos. No obstante, siguen existiendo grupos más vulnerables que otros, como es el caso de las personas transgénero.

En nuestro contexto social observamos que las personas de la población LGBT migrante afrontan algunas problemáticas particulares relacionadas con su situación. En entrevista con el activista Diego Ruiz, se identificaron las siguientes: personas con VIH; personas que llegaron después del censo que se realizó y tienen el deseo de formalizar su situación para permanecer en el territorio; hombres gay y población transgénero que se dedican a la prostitución; mujeres cisgénero y transgénero que sufren explotación laboral y que ejercen trabajo sexual y quienes enfrentan las mismas situaciones que enfrentan las mujeres trans trabajadoras sexuales colombianas y con menos oportunidades por el hecho de ser migrantes.

Cuando se habla de violencia institucional hacia personas transgénero, principalmente contra quienes ejercen el trabajo sexual, con regularidad se refiere al abuso policial. Según la Ley 1801 de 2016, por medio de la cual se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia, en sus arts. 40, 42 y 93, se hace un avance en materia de reconocimiento de derechos de la población trans y de lesbianas, gay y bisexuales.

Además, este es el primer código de policía en la historia de Colombia que busca dar protección a esta población. Sin embargo, es una protección incompleta, ya que la policía no ofrece una orientación adecuada acerca de qué pueden hacer las personas transgénero cuando son víctimas de violencia por parte de los miembros de su propia institución. A cambio, esta paupérrima protección se da por la imposición de sanciones pecuniarias a particulares que agredan física o verbalmente a personas LGBT, limiten o veten su acceso a lugares públicos por su orientación sexual o limiten o veten su acceso a un centro de educación, dejando del lado las actuaciones violentas de sus propios agentes hacia las poblaciones que estarían sometidas al ámbito disciplinario.

Las multas a la sociedad civil que vulneren los derechos de la población LGBT no representan una transformación de peso, ya que se enmarcan en una cultura sancionatoria que descuida el componente pedagógico, el cual es el que realmente conseguirá el cambio cultural al que se apunta.

3. Recomendaciones para afrontar el reto de la atención a la población migrante con perspectiva de género

En Colombia, las clínicas jurídicas de varias universidades han incorporado el enfoque de género en sus actividades de formación, atención y litigio⁷. Consideramos que esta decisión constituye un avance significativo en el reconocimiento de la necesidad de brindar atención diferencial a la población beneficiaria.

Las personas que migran y las razones de la migración son diversas, eso amplía la multiplicidad de situaciones en las que las clínicas pueden investigar e intervenir. Teniendo en cuenta estas particularidades, se puede identificar que las mujeres y la población LGTB que migran viven un mayor grado de vulnerabilidad cuando transitan o se establecen en una población, pues no solamente viven las condiciones de vulnerabilidad propias de su situación como migrantes (en muchos casos sin situación regular en los países de recepción) sino que son víctimas de estereotipos y violencia de género. Con base en estas consideraciones se recomienda:

3.1 Formación de profesores y estudiantes en enfoque de género

La educación en nuestro país está muy influenciada por una cultura permeada por los estereotipos en cuanto a lo que se considera propio de lo que es masculino y femenino. La escuela no escapa de las normas sociales que son impuestas en cuanto al género. Según Tomé y Rambla “los estudios de género en relación con la educación constituyen un campo de investigación muy importante porque en el contexto educativo se transmiten y difunden los códigos de género que cada sociedad o grupo cultural impone” (citado en Díaz, 2005).

En el contexto latinoamericano, la falta de formación en cuanto a los estudios de género se refleja en el desconocimiento del concepto de “género” como tal y en la tergiversación que hacen algunos sectores de la sociedad que consideran dichos estudios como una ideología. Estas posturas han obstaculizado la enseñanza con enfoque de género, tanto para los estudiantes como para la formación de profesores.

⁷ Algunos ejemplos son la Clínica Jurídica de Interés Público de la UNAULA, la Clínica de la Universidad de Nariño que además trabaja en asocio con el Proyecto de Acceso a la Justicia de USAID en Tumaco y tienen una clínica jurídica virtual, la Clínica Jurídica en Género y Derechos Humanos de la Universidad de Medellín.

En 1938, Virginia Woolf describe en su ensayo "Tres Guineas" el importante rol de la educación en la vida humana y en la influencia que tiene para dar respuesta a las problemáticas sociales de su época. Woolf aborda la discriminación de la que es víctima la mujer y la necesidad de reivindicar su derecho a la educación y a la igualdad de oportunidades (Woolf, 2013, p. 40).

Consideramos que en la actualidad la educación sigue desempeñando un rol fundamental en la construcción social y que estudiantes y maestros de Derecho somos titulares de obligaciones frente a la aplicación normativa y la atención a usuarios con enfoque diferencial y de género.

La importancia de la formación de los maestros en temas de género radica en que propicien escenarios de formación más igualitaria, integradora y de conformidad con los derechos constitucionales reconocidos en nuestro Estado y en el ámbito universal de los Derechos Humanos, es decir, que no se repliquen en las instituciones educativas modelos discriminatorios por razones de género.

La necesidad de que los estudiantes se formen con una perspectiva que carezca de la ideología patriarcal radica en que en el ejercicio de su profesión no re-victimicen a quienes son discriminados o sufren violencia de género, sino que, por el contrario, brinden asesorías que tengan en cuenta en el enfoque de género.

3.2 Diseño de protocolos con enfoque diferencial de género

La recepción de las consultas sobre casos concretos o el estudio del caso constituyen el primer orden de atención, si en este primer acercamiento no se cuenta con un protocolo que incluya de manera transversal el enfoque de género y de derechos, podría correrse el riesgo de no garantizar una atención integral.

Debe diseñarse un sistema de captura de información y de diseño de respuestas que evite la doble victimización, que garantice la recepción y atención por parte de personas sensibles al tema y rutas de atención simplificadas para evitar el desgaste de los usuarios y que desincentive la consulta.

La atención diferencial supone equipos interdisciplinarios que puedan canalizar las distintas necesidades sin que los usuarios tengan que dirigirse a distintas instituciones. Las clínicas jurídicas tienen una naturaleza interdisciplinaria, sus protocolos de atención deben incorporar la visión del problema desde distintos saberes.

3.3 Trabajo en red con otras clínicas y organizaciones que conocen o son receptoras de población migrante

Aunque es evidente que el Estado está empezando a abordar estrategias en materia de garantías y reconocimiento de los derechos de la población LGBT, se hace necesario que inicie procesos que tengan en cuenta el contexto de la población, específicamente de quienes presentan problemáticas sociales más complejas, como es el caso de las mujeres transgénero que ejercen trabajo sexual o el riesgo frente a la trata de personas.

Es vital establecer alianzas entre las clínicas jurídicas, los líderes sociales y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que trabajan el tema de migrantes para establecer acuerdos, generar diagnósticos, compartir información, proporcionar una atención jurídica especializada con enfoque de género, así como promover la realización de brigadas jurídicas con los grupos con alto riesgo de vulneración por razones de su orientación o identidad de género. Y, lo más importante, ampliar las estrategias para prevenir y erradicar la violencia y la discriminación hacia las personas migrantes y garantizar una atención pertinente.

Los movimientos sociales también desempeñan un rol fundamental en los cambios culturales y jurídicos, y por esto es conveniente participar de los mismos. "Un Movimiento puede agrupar múltiples organizaciones que se identifiquen y apoyen una causa común, aunque utilicen diferentes mecanismos de acción. El Movimiento las incluye, pero son las organizaciones las que se constituyen en interlocutoras en el escenario social" (Susen, 2010, pp. 154–155).

En consecuencia, es vital que entre los grupos e instituciones antes mencionados se establezca una red que permita la atención oportuna de población vulnerable tanto por su orientación sexual e identidad de género diversa como por su situación migrante y que, a su vez, posibilite un cambio cultural y social que favorezca el reconocimiento y respeto de los derechos de esta población.

4. Conclusiones

La reflexión propuesta busca destacar la necesidad de asumir un reto frente a la atención de población migrante: que las clínicas como espacios de enseñanza y aprendizaje del derecho desde una perspectiva interdisciplinaria con altos criterios de

responsabilidad social, reconozcan la forma en que las personas, a partir de sus distintas construcciones de género, son afectadas de manera diferencial por los fenómenos sociales y de acuerdo con esta consideración se construyan rutas de atención más pertinentes, adecuadas, respetuosas y justas.

En el caso de la población migrante existen muchas situaciones en que mujeres, niñas y población LGBT son víctimas de discriminación por estereotipos y prejuicios asociados al género. Esta discriminación no sólo se da en el contexto cultural y social, sino que logra trascender a las instituciones encargadas de la atención básica para la garantía de sus derechos. En ocasiones los funcionarios del Estado no brindan una asesoría adecuada lo que genera que se termine invisibilizando aún más a la población, re-victimizando y aumentando su situación de vulnerabilidad. Esta realidad se ha detectado con base en los casos que han llegado al conocimiento de la clínica y del trabajo de distintas organizaciones sociales.

La experiencia de otras clínicas ha mostrado que la enseñanza y atención desde el enfoque de género no es una tarea fácil, pues “las y los estudiantes participantes llevan consigo construcciones patriarcales y posiciones esquemática de ver e ir por el mundo” (Goyez & Izquierdo, 2015, p. 75) y, por supuesto, de interpretar y aplicar el derecho.

Parte del reto de las clínicas consiste en incidir en el cambio de estos imaginarios, de ahí que las clínicas con enfoque de enseñanza clínica legal deben continuar incidiendo en la transformación de espacios como la escuela, las instituciones de educación superior y la propia judicatura.

Pese a las dificultades que se identifican, las necesidades del contexto obligan a asumir el reto, pues mientras el género siga siendo una categoría que determine situaciones de violencia, discriminación y desigualdad, las clínicas jurídicas deben apropiarse de su papel transformador de prácticas y asumir una enseñanza y aprendizaje del derecho que permitan mitigar hasta eliminar estos desequilibrios y realizar los fines de un Estado que propende por la justicia material.

Referencias

Agatón, I. (2017). *Si Adelita se fuera con otro*. Del feminicidio y otros asuntos. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Amorós, C. (1990). Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales. En: V. Maquieira y C. Sánchez (Comps.), *Violencia y sociedad patriarcal*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias

Antick, P. (2016). Despertar la responsabilidad colectiva: el género como herramienta de análisis. En: *Género y Sociedad*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, pp. 21–34.

Beauvoir, (2010). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Debolsillo.

Bonilla, D. (2018). Consultorios jurídicos: Educación para la democracia. En: *Abogados y justicia social. Derecho de interés público y clínicas jurídicas*, pp. 17–110.

Colombia, Corte Constitucional (26 de octubre de 2005) Sentencia T-1090/2005 [M.P Clara Inés Vargas Hernández].

Díaz, M. T. La perspectiva de género en la formación del profesorado de música REICE. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 570–577

Fraser, Nancy. (1997). *Iustitia interrupta*. Reflexiones críticas desde la posición post socialista, Bogotá: Siglo del Hombre.

Jaramillo, I. (2000). Estudio preliminar. En West, R. *Género y teoría del Derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo de Hombre Editores, 51–52.

Londoño, B. (2016). Los cambios que requieren las clínicas jurídicas iberoamericanas. Estudio de caso en seis países de la región. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, año XLIX, núm. 146, mayo-agosto de 2016, pp. 119–148

Goyez, I. e Izquierdo, Z. (2015). La clínica jurídica con perspectiva de género. Una estrategia para la equidad de género y la humanización del derecho. En: *El interés público en América Latina. Reflexiones desde la educación legal clínica y el trabajo pro bono*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Centro de Enseñanza y Aprendizaje – CEA-.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Naciones Unidas, *Tendencias Globales 2013* (2014). Puede consultarse en: www.unhcr.org/5399a14f9.html.

Susen, S. (2010). Los Movimientos sociales en las sociedades complejas. En C. Basconzuelo, T. Morel, & S. Susen, *Ciudadanía territorial y movimientos sociales. Historia y nuevas problemáticas en el escenario latinoamericano y mundial* (pp. 149-226). Río Cuarto Ediciones del ICALA.

Woolf, V. (2013). *Tres Guineas*. Barcelona, España: Lumen.

Desplazamiento intraurbano en Medellín por proyectos de desarrollo: retos de intervención para la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA

Luis Felipe Alzate Ramírez⁸, Valentina Nohavá Rojas⁹

Recibido: junio 9 de 2019 - Aprobado: junio 29 de 2019

Resumen

La creación de modelos de ciudad, a partir de intervenciones urbanísticas acordes con estándares del neoliberalismo global, ha generado un sinnúmero de problemáticas sociales, enfocadas a la ausencia de participación de las comunidades afectadas en el desarrollo de la ciudad, y al desplazamiento intraurbano de las mismas, desconociendo, consecuentemente, los derechos que le son propios al ciudadano y olvidando las prerrogativas a favor de las colectividades afectadas, que son el deber ser de la actuación pública y, por ello, deben ser resarcidas por los mismos causantes implementando un plan de migración pleno que dé garantía de las facultades reconocidas al ciudadano en el arquetipo de un Estado Social de Derecho. En el contexto de esta vulneración masiva de derechos con ropaje de legalidad y fundamentalmente del derecho a la ciudad, la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA, ha adoptado un rol de acompañante socio jurídico mediante la interposición de acciones constitucionales respecto a dos casos esenciales que permiten la comprensión de dicho fenómeno, justificado a partir de las estrategias clínicas ofrecidas para la mitigación de los efectos nocivos producidos por el paulatino crecimiento socioeconómico y urbano. Nuestra intención será la de vislumbrar los componentes que emergen de tal situación.

8 Estudiante de sexto semestre de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana, integrante de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA desde febrero de 2018. Correo electrónico: luisalzate4@gmail.com

9 Estudiante de sexto semestre de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana, integrante de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA desde febrero de 2018. Correo electrónico: valito-1998@hotmail.com

Palabras clave: Neoliberalismo, desplazamiento intraurbano, participación, reasentamiento, globalización.

Abstract

The creation of city models starting from urbanistic interventions chords with standards from global neoliberalism have generated endless social issues focused on the absence of participation of the communities affected by the development of the city, and the intraurban displacement of these. In this problematic the main actor is presented as a conjugation of public and private entities in charge of the design of the city, generating a diffuse panorama regarding the possibility of determination of the main actor, unknowing consequently the rights that are own to the citizen and forgetting the prerogatives in favor of the affected collectivities wich are the must be of the public performance and therefore must be compensated by the same causers implementing a plenary migration plan that guarantees the faculties recognized in the archetype of Rule of Law, paradoxical to this, the State presents itself to the particular as a facilitator of the socioeconomic development. In this context of massive vulneration of rights with clothing of legality, and fundamentally of the right to the city, the Juridic Clinic of Public Interest UNAULA, has adopted a role of companion socio juridic through the interposition of constitutional actions regarding two esential cases that allow the understanding of this phenomenon, justified from the clinical strategies offered for the mitigation of the harmful effects produced by the gradual urban and socioeconomic growth. Our intention will be to glimpse the components that emerge from such situation.

Keywords: Neoliberalism, intraurban displacement, participation, resettlement, globalization.

Introducción

Este escrito expone cómo el desplazamiento intraurbano por la ejecución de mega proyectos privados o de interés social, se presenta en los actuales modelos de ciudad formal como consecuencia del expansionismo histórico de los modelos económicos y urbanos neoliberales, que, adaptados a las políticas globales de desarrollo, conllevan a la configuración de directrices de planeación de ciudad excluyentes de la participación real de las comunidades potencialmente afectadas, contribuyendo así a la creación de nuevos espacios periféricos, informales, y precarios de hábitat humano. En este sentido, las ciudades latinoamericanas resaltan como exponentes

del impacto negativo producido por los procesos desorganizados de migración que, aunadas a la implementación actual de las políticas neoliberales por medio de la ordenación territorial realizada por los entes administrativos de las mismas, ha conllevado a que diferentes comunidades sean desplazadas de su hábitat de interacción social y cultural, bajo condiciones que desconocen sus prerrogativas como colectividad.

De este escenario, surge el imperativo de análisis del contexto fáctico en el cual se enmarca en la ciudad de Medellín, para lo cual se realizará un recorrido sobre las consecuencias que han derivado de los megaproyectos privados y de interés social, resaltando la necesidad de integración de políticas participativas y democráticas, dando también vigencia al derecho de los habitantes a la ciudad y lo que esta tiene para ofrecer a ellos como espacio para el efectivo ejercicio de sus derechos.

En este contexto, el rol participativo adoptado por la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA se encuentra dirigido a la mitigación y pormenorización de los impactos devenidos de este expansionismo, por lo cual, las estrategias han sido claves para la asistencia de las colectividades que se encuentran vulneradas y carentes de amparo administrativo, jurídico y social, creando en la actualidad retos que se encuentran en contravía a las decisiones que la administración considera pertinentes, y en virtud del cual, es indispensable su presencia como constructor socio jurídico del Estado Social de Derecho, mediante la reestructuración y formulación de nuevas estrategias de litigio adaptables al dinamismo de las problemáticas sociales surgidas con el transcurso del tiempo, que, en principio, han sido considerados individualmente y posteriormente como colectividad, pero que a pesar de la consagración de una amplia gama de derechos en la Carta Política a su favor, carecen de garantías de cumplimiento inmediato, requiriendo además de la interposición de reiteradas acciones judiciales que en razón de circunstancias de forma o de fondo pueden resultar desfavorables para la protección de los derechos, necesitando entonces de una participación activa que materialice una protección efectiva de aquellos que carecen de los medios de conocimiento jurídicos.

1. Antecedentes históricos del desplazamiento intraurbano

Para abordar una de las problemáticas más considerables de la actualidad, como es el proceso migratorio desde el panorama del desplazamiento intraurbano, es

necesario presentar una serie de antecedentes que pueden ser considerados los principales causantes de que las personas migren de su lugar de morada, de su origen y cultura. Como ciudadanos pertenecientes a una población determinada por el lugar donde desarrollan sus proyectos de vida y evolucionan en su integridad social, se ven afectados constantemente por la creación de megaproyectos alentados por el afán de la globalización y el neoliberalismo, estos últimos como uno de los principales intérpretes para la producción de dichos fenómenos. Por ende, resulta relevante y procedente sostener el origen, concepto y desempeño que tienen estos modelos adoptados por la mayoría de los países occidentales para la justificación de su avance e innovación. El Estado colombiano y específicamente la ciudad de Medellín han acogido estos modelos de forma afable y hospitalaria, incluso como un principio fundante de sus políticas y directrices.

Es menester comprender el origen del neoliberalismo como "teoría política y económica que tiende a reducir al mínimo la intervención del Estado" (Real Academia Española). Sus orígenes se remiten principalmente a la década del cuarenta del siglo xx en la cual el filósofo, jurista y economista Von Hayek fundamenta el modelo capitalista con tintes neoliberales en el libro denominado *El camino de la servidumbre* el cual indica los beneficios de tener libertades individuales y económicas, alejando al Estado de la administración de recursos, reconociendo que, para que exista la seguridad económica se requiere de aquellos derechos individuales netamente efectivos que garanticen una economía sostenible y progresiva.

Más adelante, se da una evolución de la concepción del neoliberalismo llevada a cabo por Ludwig Erhard que se desempeñó como canciller federal de Alemania. Sus inicios en la política se dieron principalmente en 1939 cuando se desarrollaba la Segunda Guerra Mundial, su participación no tuvo un éxito contundente debido a que sus ideales liberales económicos iban en contra de la Alemania nazi, por lo que su modelo de economía se tornó eficaz y suficiente para implementarlo y nombrarlo como consejero económico del gobierno militar de Estados Unidos debido a que se encontraba en pleno auge el surgimiento capitalista; posterior a esto, y a finales de la Segunda Guerra Mundial, Erhard logró su participación en su país Alemania ejecutando sus prototipos económicos, llevando a cabo la ideología neoliberal no determinándose de forma precisa con este término.

Luego de estas primicias del neoliberalismo y de la decaída que produjo la posguerra en la economía, los principales países capitalistas se encontraron en una profunda necesidad de buscar, con urgencia, la cura al modelo tradicional que los llevaba abatidos y debido a esto se implementaron y se fortalecieron, cada vez más, las ideas neoliberales logrando una gran cabida dentro de los países, determinando la dosis necesaria para la enfermedad que atravesaban. No quedándose muy atrás, Inglaterra con la ayuda de Margaret Thatcher. Allí se empezaron a implementar una serie de políticas que iban en pro de una economía que tenía como objetivo principal la privatización de las empresas e instituciones, así como la educación y reducir al máximo la participación de los sindicatos en aras de garantizar el surgimiento y afianzamiento de una nueva y radical economía liberal.

Avanzando en el panorama del despliegue del neoliberalismo, es propio decir que Latinoamérica no se queda estancado en poner en funcionamiento dicho modelo, y uno de los primeros países en implementarlo fue Chile en 1973, con la llegada de la dictadura de Augusto Pinochet, quien planteaba los cimientos de lo que sería su modelo económico basado en un documento denominado "El Ladrillo", según el cual se refundaría el modelo económico del Estado chileno. Dicho texto realizado por economistas y empresarios originarios de Chile que efectuaron sus estudios y especializaciones en la Universidad de Chicago en Estados Unidos, razón por la que los denominaron como los "Chicago boys" (Molina, 2013), tenía plasmado todo el desarrollo económico que se implantaría. Pinochet logró instaurar una mentalidad de privatización fuerte. De "El Ladrillo" se deben resaltar algunos extractos que denotan los fundamentos neoliberales que produjo uno de los mayores cambios en Chile: "Sin embargo, el desarrollo económico de este período es lento, y el cambio en las aspiraciones de todos los sectores que genera el desarrollo cultural, social y político no encuentra los medios suficientes para satisfacerlos" (Boys, 1992).

El sistema de mercados implica mecanismos claros, automáticos e impersonales de premios y castigos, a la vez que proporciona incentivos suficientes que se avienen a una característica central del ser humano: su capacidad y voluntad de obtener para sí y su familia un destino mejor (Boys, 1992).

Se puede observar cómo se conjuga lo que se promete en la modernización estatal y económica, y las adversas consecuencias que se pueden obtener. El neoliberalismo fue atractivo en países como Argentina, Bolivia, Brasil, entre otros. Porsu

parte, Colombia en el artículo 58 de su Constitución Política de 1991, empieza a filtrar y garantizar dentro del desarrollo de su economía, la protección de la propiedad privada:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio (Colombia, 1991).

Es esta una de las formas de apertura que brinda el Estado colombiano al neoliberalismo, que más adelante se vislumbrará: la injerencia de los nuevos modelos de economía y globalización perturban de forma tajante a la persona, obligándola a desplazarse de su entorno de ciudad y recurrir a otros lugares.

Pero el neoliberalismo no llega hasta ahí, ya que más adelante surge un fenómeno prometedor de trabajar juntos como hermanos y lograr que todos tengan las mismas condiciones, mismas culturas y mismas formas de crecimiento jurídico, económico y social por lo cual, le damos paso al fenómeno de la globalización.

La globalización propone unos mismos requisitos para todos y cada uno de los países para que éstos usen unos métodos de desarrollo que les permitan entrar en un crecimiento de carácter general que, en su conjunto, presente las mismas características económicas, urbanísticas y culturales sin que se presente diferenciación alguna entre los países y, antes que nada, ofrecer una igualdad-desigual que si bien, de cara al mercado, es una idea innovadora e incluyente, ante los ojos de la realidad es el impulso para la creación de desplazamiento social y económico de las más grandes potencias a las otras que mercantilmente se denominan como medianas y pequeñas potencias, que al tratar de alcanzar el modelo de globalización y neoliberalismo a

la par (Globalización Neoliberal) se desentienden en su totalidad de las formas de mercado interno, de las formas arquitectónicas pertenecientes a cada desarrollo por pertenecer a un continente y lugar determinado, y sobretodo olvidan al componente principal de toda sociedad que es el ser humano, que en este escrito y por el entorno a tratar se denominará como ciudadano.

Es evidente que la sumatoria entre neoliberalismo y globalización presenta una cultura de la exclusión que, por los factores que estos modelos llevan innatos en su teoría, permiten que el individuo busque la salida a lo que es contrario a su naturaleza o mejor, innatural de donde se desempeñó, por lo cual cada vez que el ciudadano migre, es posible que los sitios a los que vaya, estén permeados de este modelo de desarrollo tan "igual" y generalizado, por lo que de forma inmediata van a ser objeto de huida en búsqueda de lugares que posean características similares a las oriundas, donde la persona no encontrará una satisfacción que le permita funcionar diariamente conforme a sus costumbres y tradiciones. Además, el ciudadano de la actualidad se encuentra en la constante migración de cultura y de ciudad por parte de las políticas que impone específicamente el neoliberalismo global, como lo es el acceso de entes privados extranjeros en el modelo de construcción de la ciudad, agente que ha sido uno de los principales actores en el desplazamiento intraurbano en la búsqueda de lograr la simetría de las grandes potencias con las medianas y mínimas, específicamente en los países latinoamericanos.

2. Problemática de desarrollo urbano en Latinoamérica

Dentro del contexto anterior, es importante resaltar la problemática de urbanización poblacional que padecen las ciudades latinoamericanas, bajo el paradigma de un mundo neoliberal, globalizado, y como producto de los procesos migratorios de las zonas rurales impactadas por los acontecimientos políticos, económicos y sociales que acompañaron su innatural desarrollo. Los grandes cambios territoriales que tuvieron lugar en las urbes latinoamericanas desembocaron de dicho proceso brusco de migración, que se asocia esencialmente a los movimientos revolucionarios que se produjeron dentro de cada país y se extendieron por todo el siglo XX hasta la actualidad (Gatica, 1975).

Lo anterior, trajo consigo una situación de sobrepoblación urbana por el cual los asentamientos humanos se ubicaron en las zonas limítrofes y periféricas de las

ciudades, en perjuicio de condiciones de hábitat dignas, existiendo, en la mayoría de casos, contextos de informalidad urbana que imposibilitaban la configuración de un espacio efectivo para el ejercicio pleno de derechos y deberes, desbordando en este sentido las facultades de la institucionalidad, y presentando retos económicos, sociales, políticos, culturales e, inclusive, democráticos para comunidades específicas dentro de las urbes. Esta problemática, exige la imperante necesidad de ser atendida por todos los actores que han intervenido en ella, tanto públicos como privados, que en razón al incremento de las deficiencias cualitativas y cuantitativas de vivienda, transporte, vías, equipamiento, infraestructura, espacio público y prestación de servicios públicos esenciales, que ponen en cuestión el estado de bienestar de las poblaciones (Mazo & Tamayo, 2014), requieren de la construcción de una ciudad participativa y democrática, en la cual se garantice el equitativo usufructo de los bienes y recursos que ella ofrece.

Medellín, sin ser la excepción a esta situación, ha presentado históricamente un desordenado crecimiento urbano por los procesos de migración desarrollados desde el siglo XIX hasta la actualidad, con especial auge en la mitad del siglo XX, y que en conjunto con las dinámicas económicas y políticas que han confluído en el interior de la ciudad y el paulatino incremento poblacional por los altos índices de asentamientos humanos, han resultado en la materialización de situaciones de hábitat precarias en condiciones de informalidad urbana, que, aunadas a las condiciones geográficas inherentes al suelo urbano de la ciudad, reportan estados de alerta ambiental por encontrarse ubicadas su mayoría en zonas de alto riesgo.

El inicio del fenómeno migratorio en la ciudad data de aproximadamente el año 1840 con la conformación del barrio "El Salado" por un grupo de esclavos emancipados, pero no sería sino hasta el siglo XX cuando la ciudad se convertiría en un real atractivo económico para las poblaciones rurales y extranjeras, debido principalmente al auge de las actividades comerciales, industriales y neoliberales que se desarrollarían en su interior (Mazo & Tamayo, 2014), y configuraron la expansión de las laderas, zonas limítrofes y periféricas en las cuales se ubicarían las poblaciones inmigrantes.

Sumado a esto, Medellín en los últimos años por la gestión de sus autoridades administrativas y de planeación e independiente a éstos, particulares y empresarios, han desarrollado actividades de adopción, promoción e implementación de las políticas globales y neoliberales de construcción de ciudad como los expuestos previa-

mente, agravando únicamente el problema de hábitat, vivienda y asentamiento urbano ya latente en la ciudad debido a la inexistencia de planes de reasentamiento plenos, previos y concertados que puedan ser implementados durante la ejecución de proyectos urbanos, ya sean estos de interés social y desarrollados por la municipalidad, o megaproyectos de carácter privado, que den garantía efectiva de la preservación de los derechos de las comunidades próximas a ser intervenidas durante el desarrollo de los mismos mediante su reacomodación urbana, y que aminoren los impactos negativos que ellas puedan padecer en razón de su eminente desplazamiento y reubicación. Dichos impactos implicarían transformaciones socioculturales de las colectividades afectadas, materializado por perjuicios relativos al rompimiento de los vínculos que ellas hayan construido respecto a su entorno; a la alteración de sus oportunidades y desarrollos económicos, generando posibles situaciones de subsistencia precaria; al goce de servicios públicos esenciales, cuya afectación derivaría del reasentamiento en zonas de riesgo, periféricas, o de difícil acceso para la prestación de ellos; a su derecho fundamental a una vivienda digna en todos sus ejes, en cumplimiento de la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional y tratados internacionales sobre la materia; y en lo sumo, representando un deterioro manifiesto de la calidad de vida de los habitantes.

En este sentido, es particularmente importante el papel de la administración, pues le corresponde el deber de vigilancia y salvaguarda de las prerrogativas reconocidas constitucionalmente a las colectividades, y participa activamente en el diseño de ciudad de acuerdo con sus proyectos de interés social, los cuales a simple vista aparentan operaciones administrativas dirigidas a la materialización de un interés superior, cuyo propósito consiste en la satisfacción de una necesidad actualmente insatisfecha de un sector de la población, pero que tras un examen minucioso del mismo se evidencian las falencias estructurales que conllevan a los costos sociales de un desarrollo urbano irresponsable.

La construcción de proyectos de interés social implica sacrificios y deberes para las personas que se ven obligadas a trasladar sus viviendas para dar paso al progreso de la región, y cómo han argumentado sus promotores, se debe a la complejidad de la operación que se debe adelantar, pues ella exige una cuantificación de los individuos a ser intervenidos y una cualificación de los impactos negativos que se producirá a aquellos, sin olvidar también, la necesaria consideración del espacio y la población

urbana que será posteriormente receptora de dichas colectividades (Botero, 2006). Aun así, los retos técnicos que se presentan en materia de reasentamiento urbano durante el desarrollo e implementación de obras de interés social, corresponde a la administración ejecutar las actividades, operaciones, y tareas de forma diligente y responsable, en cumplimiento de los objetivos y principios previstos por la normatividad colombiana y los tratados internacionales sobre desarrollo territorial y urbano, dando siempre prevalencia a las condiciones de hábitat dignas, tanto presentes como futuras, de las comunidades objeto de intervención.

De esta forma, se hace menester la integración de políticas democráticas y participativas que permitan la materialización de los principios de equidad, justicia social, y den garantía de la participación activa de la población impactada por la realización de obras de interés social mediante la construcción mutua entre ellas, promotores públicos y privados, de un plan de reasentamiento pleno y previo y así, alcanzar un modelo de ciudad equitativo, participativo y ordenado, que facilite el aprovechamiento igualitario de los bienes que la ciudad pueda reportar a los ciudadanos. Para ello, dicha problemática debe ser abordada a profundidad desde dos momentos esenciales: el primero, compuesto por la conceptualización y exposición del derecho a la ciudad y la participación ciudadana, siendo ellos esenciales para la adopción de políticas urbanas y públicas que reporten soluciones efectivas y definitivas para estas poblaciones; el segundo, por la presentación y análisis de dos casos concretos, en los cuales la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA adoptó un rol de acompañante socio jurídico mediante la interposición de acciones constitucionales, y que otorgan una mayor comprensión fáctica.

3. La participación ciudadana en la ejecución de megaproyectos privados y de interés social

Las dinámicas contemporáneas de desarrollo urbano, adscritas a las políticas neoliberales de construcción de ciudad, conllevan naturalmente a contextos de reasentamiento involuntario de poblaciones debido a las transformaciones territoriales de las cuales es objeto su lugar de asentamiento. Lo anterior, aplicado en el contexto de un Estado Social de Derecho, implica la obligación inexorable de las autoridades territoriales de velar por la materialización de los intereses supremos previstos en la

Constitución Política, garantizando un espacio de legitimidad administrativa encaminada a la satisfacción de derechos fundamentales y colectivos de las comunidades que serán reasentadas, buscando atenuar las cargas excesivas que estas puedan soportar, y constituyendo condiciones dignas de hábitat que correspondan a espacios plenos para el ejercicio de sus facultades y la realización de sus proyectos individuales.

Estos procesos de reasentamiento exigen de condiciones especiales para la creación efectiva de un contexto de hábitat propicio, pues su desarrollo, para ser pleno, exige la consideración y aplicación de los principios de participación, concertación y orientación del proceso, pero además, requieren de una visión interdisciplinaria que integre todas las áreas que deben ser tenidas en cuenta para la concreción de escenarios de hábitat plenos (Botero, 2006). Lo anterior no es en vano, pues la jurisprudencia constitucional y la normatividad internacional, en conjunto con los lineamientos internacionales sobre desarrollo urbano y territorial, contemplan la participación ciudadana y democrática como derecho y deber político, por el cual el ciudadano asume de forma autónoma las oportunidades que puedan crear para sí o para otros en el giro ordinario de sus actividades.

En este sentido, la Carta Democrática, en su artículo 6, reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23, reconoce el derecho político por el cual todos los ciudadanos se encuentran facultados a participar en los asuntos de interés público. En nuestra Carta Política, la participación ciudadana se encuentra prevista como principio en su preámbulo, al asegurar un marco democrático y participativo en miras a garantizar un orden político, económico y social justo, y como derecho fundamental en el artículo 40, al facultar a los ciudadanos a participar en las diferentes formas de participación democrática previstas por la misma o por la ley.

La participación ciudadana es por tanto, principio fundante del Estado Social de Derecho, pues considera al ciudadano como elemento esencial e indispensable para la estructura del mismo, y lo faculta, para hacer parte de las actividades públicas, fundamentado desde la óptica del ejercicio democrático en la composición política de la sociedad. No obstante, la Corte Constitucional ha planteado que el derecho fundamental a la participación ciudadana no se agota en las instancias electorales y políticas, pues este abarca inclusive aquellos contextos decisorios que puedan tener

repercusiones en la vida de la ciudadanía (C-351, 2013). Por ello, la participación ciudadana se compone íntegramente de dos visiones: la primera de ellas, eminentemente política, y ejercida por medio de los agentes participativos como representantes cívicos; y por otra, de intervención directa de la ciudadanía, mediante los diversos mecanismos democráticos y participativos. Por lo cual, no es extraño que la Ley 388 de 1997 en su artículo 4, enfatice de forma reiterativa, el derecho fundamental a la participación ciudadana, y que, además, los POT hagan referencia a ellos en su composición estructural, como sucede con el del año 2005 de Medellín al señalar como propósito del mismo la construcción de una ciudad participativa.

Lo anterior, exige entonces de las administraciones territoriales como promotoras de aquellos proyectos de interés social, que al ser ejecutados potencialmente podrían desencadenar procesos de reasentamiento y reubicación poblacional, que se dé la participación efectiva, real y oportuna de las colectividades afectadas por las obras, de forma tal, que se dé garantía de la conservación de las condiciones cualitativas y cuantitativas de vida digna de dichas comunidades. Lo anterior, en concordancia con la protección del entorno del individuo, comprendido desde lo social, familiar, y personal, hasta aquellas construcciones culturales con sus conciudadanos, en virtud de la preservación de los vínculos consuetudinarios de ellos con relación a su lugar de asentamiento. Pero la participación ciudadana en la ejecución de proyectos de interés social no puede ser meramente informativa, las administraciones no pueden apelar exclusivamente a la promoción de actividades de divulgación, en perjuicio de la calidad de vida de los habitantes, que son excluyentes del querer y de la voluntad de las comunidades por tratarse de planes de reasentamiento que no atienden a sus necesidades materiales, mediatas e inmediatas.

La planeación de ciudad debe de ser óptima, ordenada, equitativa, y esencialmente participativa, por medio de acciones democráticas reales y efectivas, no meramente informativas, que presenten puentes comunicativos entre las pretensiones de la institucionalidad, manifestados mediante el ejercicio de competencias administrativas, y de las comunidades objeto de reasentamiento, por medio de medidas concretas y sustanciales que permitan el ejercicio de su derecho a la participación ciudadana. Dichos puentes deben de culminar en la creación de planes de reasentamientos plenos, previos y concertados, que integren las necesidades mediatas e inmediatas de las comunidades con las potestades administrativas de los entes e

statales, y dando siempre prevalencia al bienestar de la calidad de vida y dinámicas propias de los grupos a reasentar.

Por lo anterior, se debe ir más allá de los modelos de urbanización y planeación territorial impuestos por los modelos neoliberales, pues los costos sociales por la consecución, creación y materialización de la ciudad modelo presentada por la globalización son irreparables. En este sentido, la creación de planes de reasentamiento plenos, previos y concertados en atención a las condiciones socioculturales de sus receptores, y de sus necesidades mediatas e inmediatas, se reporta como una solución a la planeación desordenada y torpe de las urbes, y constituye el deber ser de la administración partiendo de los lineamientos internacionales, políticos y constitucionales sobre participación ciudadana. En la planificación de la urbe deben participar todos aquellos potencialmente afectados, de forma tal, que se les reporten correlativamente nuevas oportunidades y medidas que faciliten su desplazamiento territorial, y compensen los impactos negativos, daños y perjuicios que puedan padecer por el mismo.

4. Reconocimiento e integración del derecho a la ciudad en las políticas de reasentamiento urbano

Entonces, producto de todos los fenómenos y modelos que han sido desarrollados en este escrito, fue necesario acudir a una figura jurídica que apenas tiene sus comienzos en el año 1967 definida por Henri Lefebvre como **el derecho de los habitantes urbanos a construir, decidir y crear la ciudad, y hacer de esta un espacio anticipado de la lucha anticapitalista** (Camargo, 2016).

Este derecho se presenta como un derecho colectivo, que se debe desarrollar jurídicamente de tres formas. Primero como un equitativo usufructo de lo que la ciudad tiene para brindar a sus habitantes; segundo como el mandato de construcción colectiva y participativa de asuntos de ciudad; y tercero, como el goce efectivo de los derechos humanos en contextos urbanos. Por lo que se hace necesaria una relación entre lo que el ciudadano tiene como derecho y deber, y lo que tiene la ciudad para ofrecer a este como perteneciente a un desarrollo urbano local que le brinde unas políticas públicas para garantizar y hacer efectivo ese derecho, puesto que como lo ha expresado Lefebvre, el ciudadano debe dejar de distinguirse por su nombre, familia, y

en cambio debe definirse por la forma en que el sujeto pertenece a una red de prácticas sociales determinadas conforme a su hábitat, ciudad y región (Camargo, 2016).

Este derecho es visible en la Carta mundial por el derecho a la ciudad en 2005, este derecho es un derecho que por su naturaleza internacional que consagran los derechos humanos y fundamentales dentro de los derechos civiles y políticos, de los cuales son titulares todas las personas de forma individual, son exigibles por todos los ciudadanos de forma colectiva y de responsabilidad de todos los gobernantes y administradores. Esta Carta señala en su primer artículo que: "el derecho a la ciudad se establece como el derecho colectivo de todos los habitantes de la ciudad, en particular de los grupos vulnerables o marginados, que los legitima para lograr el completo ejercicio de la libre determinación y un adelantado nivel de vida". Por lo tanto los titulares del derecho son todos los ciudadanos que pretendan y quieran beneficiarse de todo aquel usufructo que la ciudad tenga para ellos, pero es necesario resaltar que este derecho es de especial protección para las poblaciones que se encuentren en un estado de vulneración, desventaja o desavenencia, es por esto necesario que estas poblaciones deben contar con una igualdad respecto de los demás lugares de ciudad, y distribución de recursos y servicios para la población y ciudadanía.

5. Retos clínicos

5.1 Retos en la ejecución del plan parcial de renovación urbana del sector de Naranjal – Medellín

En el primer semestre del año 2015, el señor Federico Aguilar presentó a la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA una carta mediante la cual, solicitaba a esta, acompañamiento socio jurídico debido a la situación de afectación que padecían los habitantes del barrio Naranjal de Medellín por la ejecución del Plan Parcial de Renovación Urbana del Sector.

Dicha problemática nació con la expedición del Decreto 1284 de 2000, por el cual se formula y adopta el Plan Parcial, que no fue objeto de revisión y ajustes sino hasta el año 2009 con la expedición del Decreto 1309, y con la particularidad de haber sido elaborado sin la participación del Concejo de Medellín y de las autoridades ambientales.

Posterior, a la Empresa de Desarrollo Urbano se le encomienda el rol de operador social del proyecto, encargada de realizar los censos poblacionales exigidos por la ley

para dar inicio al proceso de enajenación voluntario y reasentamiento poblacional. No obstante, la comunidad prontamente se percató de la comisión de actos irregulares por parte de la administración y el operador social, como por ejemplo, la exclusión en su realización de determinados pobladores, y en perjuicio de propietarios, moradores, poseedores, y tenedores que habitaban la zona. En este sentido, resaltó también la falta de participación real de la comunidad en las actividades de implementación, situación que se evidenciaba en su omisión al realizar modificaciones unilaterales al plan en lo relativo a la ubicación *in situ* de las VIS y VIP.

Con fundamento en los hechos anteriores fue interpuesta una acción popular que tenía por objeto la protección de los derechos colectivos de los habitantes del barrio el Naranjal. A partir de ello, la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA interviene en el proceso, mediante el desarrollo y presentación de un *amicus curiae*, el cual, contó con una estructura dividida en tres partes: La primera, que expuso el objetivo del *amicus curiae* en un proceso, y su incidencia en el caso concreto; segundo, abordando los argumentos de apoyo sobre el derecho colectivo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, y como en el caso concreto, la modificación unilateral de las disposiciones previstas en el Decreto 1309 de 2009 representaban una potencial vulneración del derecho colectivo en mención.

5.2 Retos en la ejecución del metrocable El Picacho

Otro de los retos importantes y actuales que han enriquecido la experiencia de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA, es la ampliación de las líneas de transporte Sistema Integrado Metro de Medellín en convenio con el municipio de Medellín titulado "Metrocable El Picacho" que, como procedimiento de expansión de transporte y urbanización, ha creado una serie de inconvenientes que justificándose en el interés social y la utilidad pública, han dejado en el olvido el derecho de los ciudadanos y un grupo de personas en específico, pertenecientes a los Barrios La Paralela y Doce de Octubre. La problemática radica en que los espacios habitados por los integrantes de La Paralela y el Doce de Octubre se necesitan para la realización de la línea del Metro de Medellín, acto seguido, el reasentamiento y el avalúo de las viviendas no cuentan con una planificación y estructuración juiciosa sobre el futuro de las personas que

van a ser desalojadas. Además, solicitan que éstos se despojen de sus lugares de vivienda, desconociendo su rumbo siguiente de la implementación de este megaproyecto generando en ellos una zozobra, debido a que a estos individuos se les pretende deshabitar de sus hogares sin tener un reasentamiento previo, pleno y concertado que dé cuentas de que van a quedar nuevamente en una vivienda sin que las alteraciones o modificaciones que se presenten sean inferiores a las condiciones de vida como se encontraban inicialmente.

Producto de esta puesta en peligro de los derechos fundamentales y constitucionales de estos ciudadanos y conforme a la Ley 472 de 1998 se logró instaurar por parte de la CJIP de la Universidad Autónoma Latinoamericana, una acción popular contra el Metro de Medellín, municipio de Medellín y el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín (ISVIMED) por violar flagrantemente los literales b y m del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, en la cual se pretende declarar la responsabilidad por parte de estos actores debido a que si bien, no garantizan un acceso a una vivienda digna y estas personas están siendo desplazadas, tampoco cuentan con un plan de reasentamiento que sea garante de los intereses constitucionales, patrimoniales y culturales de estas personas, burlándose de la capacidad y goce que éstos tienen de sus derechos por ser pertenecientes a la ciudad, y pormenorizando sus lugares de techo al realizar un avalúo por menos del valor correspondido con el interés y el afán de avanzar en sus obras, ya que se justifica como un crecimiento masivo en transporte y economía que aporta a la ciudad de Medellín, para no desligar su categoría de la más innovadora conforme a las demás ciudades y como se ha venido dando en los últimos tiempos. Otras de las pretensiones se basan en la correcta implementación de un nuevo plan de reasentamiento que cuente con unos fines patrocinadores del debido proceso y la correcta aplicación donde se implemente la participación ciudadana. Además, es inevitable la presentación de vulneración o puesta en peligro del derecho colectivo de la realización de construcciones, edificaciones y desarrollo urbano respetando las disposiciones jurídicas, porque a pesar de que exista una motivación o fin urbanístico e innovador por parte de la administración, éstos deben reconocer que existen unas disposiciones legales que son susceptibles de ser respetadas, debido a que si bien se viene hablando de una serie de políticas exigibles para entrar en el modelo de la globalización, por fortuna y aún las disposiciones legales no cuentan con ese carácter global de tener las mismas normas y reglamentaciones jurídicas para la urbanización

y edificación. Por ende, aquellos están llamados a asegurar el beneficio y la calidad de vida a los que están por intervenir o se van a intervenir.

A estos ciudadanos no se les ha garantizado un reasentamiento pleno, previo y concertado que dé cuentas de un resarcimiento producto de las expansiones urbanas; hoy por hoy estas personas tienen la calidad de desplazados por obras urbanas y megaproyectos. Se ha puesto el máximo empeño en lograr que se afiancen unos derechos que les son inherentes a la persona, con acciones judiciales que coetáneamente siguen en marcha luego de haber sido admitida la acción popular.

6. Conclusiones

- La negligencia administrativa, respecto a la obligación de implementar políticas públicas participativas, ha generado como consecuencia, la migración poblacional de las comunidades impactadas, debido a que se ven obligadas a soportar injustamente la carga de avanzar no conforme al desarrollo cultural y social de su entorno, si no a los lineamientos neoliberales de urbanización; Lo anterior, ha conllevado al diseño de una ciudad excluyente, desigual y periférica, obstaculizando el desarrollo de las facultades individuales de las comunidades y el de sus proyectos de vida, configurándose un espacio inequitativo para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos afectados por el desarrollo de la ciudad en beneficio del supuesto "interés general", y en el caso de Medellín, haciéndola merecedora del distintivo de "La Ciudad más Innovadora", obviando claramente, las condiciones de debilidad manifiesta en las cuales la Administración municipal abandona a las comunidades por ese interés general.
- El gran reto migratorio para la Clínica Jurídica UNAULA ha consistido en el desarrollo de un litigio estratégico que tenga por objeto el reconocimiento de las prerrogativas participativas y democráticas de las comunidades en el desarrollo de las políticas urbanas y en la construcción de ciudad. Teniendo como principal problemática la inexistencia de la positivización de las consecuencias derivadas de la migración, de las garantías colectivas que cada vez se encuentran disminuidas por la adaptación de modelos estatales que impiden el amparo del individuo como factor principal social, siendo reemplazado este por la economía como sector central de protección.

Referencias

Botero, J. D. (2006). El Reasentamiento Poblacional: Fenomeno Social, Político y de Progreso. *Estudios Socio-Juridicos*, Bogotá, 157-160.

Boys, C. (1992). *“El Ladrillo”, Base de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos Monseñor Sótero Sanz.

C-351 , C-351 DE 2013 (Corte Constitucional 19 de junio de 2013).

Camargo, F.M. (2016). El Derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea.

Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia.

Gatica, F. (Diciembre de 1975). *Cepal (Comisión Económica Para América Latina Y El Caribe)*. Obtenido de Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, Repositorio Digital: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/12563>

Martínez, H., Gómez, V., Vásquez, S., Rendón, O., Pulgarín, E., & González, B. (2017). Amicus Curiae de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA. *Indisciplinas*, 117-136.

Mazo, S., & Tamayo, G. (2014). Potencialidades de la participación en la construcción de ciudad desde intervenciones urbanas en asentamientos precarios. *América Latina Hoy*, 120-134.

Molina, P. (2013). ¿Qué queda del modelo económico de Augusto Pinochet? BBC.Com, 1.

Real Academia Española. (S.F.). España.

Generar una cultura migratoria: el reto de la Clínica Jurídica de la Universidad Pontificia Bolivariana

Migratory culture, the challenge of the Legal Clinic of the Universidad Pontificia Bolivariana

Cathalina Sánchez-Escobar, PhD¹⁰, Verónica Cadavid González¹¹

Recibido: abril 22 de 2019 - Aprobado: junio 4 de 2019

Resumen

Desde el año 2015, el Semillero de Investigación en Estudios Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (SEI) ha venido estudiando el tema de migración desde la perspectiva de los flujos de los trabajadores migrantes en Colombia, presentando hallazgos y reflexiones en diferentes eventos académicos nacionales e internacionales. Por su parte, la Clínica Jurídica en Derechos Humanos (CJDH) de la misma Facultad ha realizado procesos de intervención en comunidades en educación jurídica popular en materia de Derechos Humanos, adquiriendo una experiencia importante en este campo. En este sentido, frente a la actual coyuntura mi-

10 Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Historia de la ideas y de las instituciones políticas y Doctora en Derecho de la Universidad de Aix-Marsella, Francia. Investigadora del Grupo de investigaciones en Derecho. Coordinadora del Semillero de Investigación en Estudios Internacionales, Derecho Internacional y Derechos Humanos, y la Clínica Jurídica en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del Comité académico del Instituto de Estudios Metropolitanos y Regionales de la misma universidad. Correo electrónico: cathalina.sanchez@upb.edu.co.

11 Egresada del programa de Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas y miembro de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos, del Semillero en Estudios Internacionales y del Grupo de Litigio Estratégico de la Clínica Jurídica, de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Auxiliar de investigación en el proyecto de investigación "Enseñanza y aprendizaje clínico del derecho en la Universidad Pontificia Bolivariana". Correo electrónico: veronicadavidgonzal@gmail.com

gratoria surge la posibilidad de originar un proceso educativo en el que se unan esas competencias e impactar la comunidad, creando un espacio de formación tendiente a la comprensión del fenómeno migratorio, reconociendo la historia, los diferentes procesos migratorios, las necesidades que de allí se derivan, los aportes de los migrantes a la sociedad y la cultura, entre otros. Conscientes de que de nada serviría realizar ese proceso afuera, cuando percibimos que dentro de nuestra Facultad existe poco conocimiento e interés por el tema migratorio, incluso, rechazo por el mismo entre algunos estudiantes, la CJDH se plantea el reto de iniciar el proceso impactando la Facultad, con la idea de replicarlo más adelante en la ciudad de Medellín, caracterizada por ser una cultura endógena, poco consciente de su configuración por procesos migratorios.

Palabras clave: Cultura migratoria, educación popular, método clínico, formación investigativa.

Abstract

Since 2015, the student research group in International Studies from the Universidad Pontificia Bolivariana Law School (SEI), has been studying migration from the Colombian migrant workers flows perspective, presenting its results and reflections on different national and international academic events. On the other hand, the Legal Clinic in Human Rights (CJDH) from the same law school, has carried out intervention processes with communities by giving popular legal education in Human Rights, acquiring an important experience in this field. In this sense, facing the current migratory situation in Colombia and unifying the competences achieved by our students, a possibility of beginning an educational process influencing the community arises, by offering a formation tending to create a migratory culture that allows a transformation process about the understanding of migration, recognizing its history, the different migratory processes, the needs resulting from it, the contributions of migrants to society and culture, among others. Aware that it would be useless to perform this process outside when we realize that within our law school there is little knowledge and interest about the migration issue, even rejection by some students, the CJDH take on the challenge of starting the process influencing the law school community, with the idea of reproducing it later in Medellín, a city characterized by being an endogenous culture, little aware of its configuration through migratory processes.

Key words: Migratory culture, popular education, clinic method, research training.

Introducción

A partir de la exposición del trabajo y los resultados de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos (CJDH) y del Semillero de Estudios Internacionales, Derecho Internacional y Derechos Humanos (SEI) en educación jurídica popular y, en la reflexión académica acerca del fenómeno de la migración; se buscará describir cuáles son los fenómenos migratorios actuales en Colombia, con qué contexto concerniente se encuentran al llegar al país, y cómo han sido tratados los migrantes; para así, presentar cuáles son los retos de las clínicas jurídicas, como espacios alternativos de enseñanza del derecho (Molina-Saldarriaga, 2008), en el ejercicio de crear una cultura migratoria que ayude a expandir la protección de los derechos de las personas migrantes y, sobre todo, que permita generar una transformación material en los espacios sociales y en las instituciones jurídico-políticas que se relacionan con dichas poblaciones.

Lo anterior toma relevancia para las Facultades de Derecho y, en especial para las Clínicas Jurídicas, en tanto estas se constituyen como el espacio propicio para establecer nuevos tipos de aproximaciones a problemas sociales que cuentan con implicaciones jurídicas; esto gracias a la flexibilidad de los estrategias que pueden ser implementadas en sus espacios: como es el estudio de casos desde distintas perspectivas al enfoque clásico de litigio, el estudio sociológico que a partir la recolección de elementos cuantitativos: datos, cifras, variables, realiza análisis y debate combinándolos con elementos cualitativos que da lugar a resultados que sobrepasan las soluciones clásicas y netamente judiciales, como lo es el litigio de alto impacto y de interés público que trae un componente importante de difusión y concientización del problema social (Molina-Saldarriaga, 2008).

La necesidad de proponer y demostrar medidas mediante estrategias de litigio de interés público o de alto impacto, no presuponen en principio acciones judiciales, sino un cambio material en el sistema jurídico; tanto en su estructura y normas como en la forma y para quién es aplicada e interpretadas, hallando así una armonía con los migrantes se encuentran en Colombia, extranjeros con miras a establecerse o simplemente de paso y además, migrantes internos. Para que éstos puedan adaptarse e, incluso, se puedan lograr avances importantes en el desarrollo social y económico del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que no es posible hablar de acciones judiciales en un país en donde el sistema de migraciones es incompleto y, donde, la sociedad

civil no cuenta con la consciencia respectiva de la migración que ha existido y existirá en el territorio y, sobre todo, de la desprotección en la que se encuentra el migrante.

Lo anterior se traduce, más allá de las obligaciones que el Derecho Internacional le impone a los Estados de garantizar respeto y protección de derechos a todas las personas que se encuentran en su territorio, una búsqueda de una especie de legitimación de la apertura de fronteras; debido a que como lo establece Žižek (2016) los "ciudadanos" de quienes nace el poder del ordenamiento jurídico deben sentirse representados ante las políticas o medidas que se asuman ante los flujos migratorios, para que así puedan tener la misma legitimidad y, en el plano sociológico se perciba mejor acogida y entendimiento hacia la situación en que se encuentra el individuo "foráneo" y, ello no cause por el contrario, un rechazo o incompreensión sistemático que dé lugar a violencias fundadas en impulsos de frustración que no cuentan con ningún tipo de reflexión (Lacan citado Žižek, 2016, p. 48).

La solidaridad por la situación del otro, que llega al país en búsqueda protección de sus derechos, gracias al conocimiento de las causas del fenómeno que causó movilidad y, la ayuda a que haya materialización a esa búsqueda; entendiendo que la migración cuenta con factores positivos como el desarrollo social y económico y, la ponderación de los efectos negativos ante un fin mediano próximo, a acogida y protección del otro: es Cultura Migratoria.

Más aún, cuando se entiende la magnitud del fenómeno en el mundo, según datos de las Naciones Unidas: el número de migrantes ha crecido en los tiempos recientes, a 2017 se estimaba que el número de migrantes era próximo a doscientos cincuenta y ocho millones de personas; de los cuales unos diez millones viven en Latinoamérica y el Caribe (Department of Economic and Social Affairs, 2017, p. 1). Siendo Colombia uno de los países que contribuyen a la migración internacional como país expulsor, mayormente como consecuencia del conflicto armado interno, tal como lo establece Irazo-Dosdad & Edson-Luidor (2018) "esta diáspora, compuesta de alrededor de medio millón de personas obligadas directa o indirectamente a huir del país a causa de la violencia no es un actor uniforme. Por el contrario se caracteriza por una gran diversidad sociodemográfica, económica, política e ideológica [...] (p. 12).

Para entender los fenómenos de flujos migratorios en Latinoamérica y en Colombia, es necesario conocer sus causas y cómo se han presentado y desarrollado en los territorios; sobre todo para poder entender cuando se piense en nuestro país

como receptor. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016) existen algunos factores que propician de forma directa el auge de la migración, en tanto producen situaciones de vulnerabilidad que conllevan a una búsqueda de soluciones para prevenir mayores afectaciones a sus condiciones vitales por parte de los individuos; entendiéndolo el Organismo de la siguiente forma:

Durante las últimas décadas se ha evidenciado a nivel [sic] mundial un incremento gradual de la movilidad humana, ya sea como migración internacional o migración interna. Como consecuencia de diversos factores se prevé que la migración seguirá en aumento en el continente americano, entre estos factores se encuentran: 1) las crecientes disparidades socio-económicas, particularmente en términos de desigualdad, pobreza y necesidades básicas insatisfechas; 2) el auge de la flexibilización y disminución de garantías y derechos laborales principalmente respecto de trabajadores de sectores económicos de baja cualificación; 3) el aumento de la violencia criminal en algunos países del continente y el consecuente deterioro progresivo de los niveles de seguridad humana; 4) el deterioro de la situación económica, social y política de diversos países; 5) el impacto generado por la violencia generada por guerras, conflictos armados y el terrorismo; 6) la fragilidad y/o corrupción de instituciones políticas en algunos países de la región; 7) las necesidades de reunificación familiar; 8) el impacto del accionar de empresas nacionales y transnacionales; 9) el cambio climático y los desastres naturales y 10) el auge de la urbanización a partir de la mejora de las condiciones de vida en las ciudades (p. 18).

Muchos detractores de la realidad migratoria podrán incluso aseverar que es posible que muchas de las causas anteriormente descritas se podrían convertir en consecuencias para los países receptores al abrir las fronteras, al menos en los factores que tienen control del humano. Sin embargo, bajo el impacto de la cultura migratoria, podría pensarse en escenarios donde acciones o incluso políticas realizadas en su marco, pueden ayudar a prevenir o aliviar dichas situaciones en el país receptor, tal como se explicará a continuación mostrando, en primer lugar, los avances realizados y descubiertos por la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y el SEI en el marco de divulgación de conocimiento y de migraciones; en segundo lugar, el fundamento y las variables de la cultura migratoria y, por último, las propuestas para propender y fomentar la misma.

1. Congruencia de experiencias y logros identificados

El Proyecto Educativo Institucional de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), particularmente el macroproceso docencia-aprendizaje, le apuesta al desarrollo humano, la formación y transformación por medio del enfoque de las capacidades humanas y competencias y asume, entre otras, la investigación-innovación como la dupla relacional que permite búsquedas articuladas del conocimiento (Universidad Pontificia Bolivariana, 2018, p. 4), en nuevas comprensiones.

En esta primera parte presentaremos dos experiencias y espacios particulares de formación en investigación e innovación, que han desarrollado competencias transversales y específicas en los estudiantes de la Facultad de Derecho, buscando nuevas formas de poner en escena el currículo, respondiendo a los principios de flexibilización, integración, internacionalización, interculturalidad, interdisciplinariedad y contexto: la clínica jurídica en Derechos Humanos (CJDH) y el Semillero de Investigación en Estudios Internacionales (SEI).

1.1 Clínica Jurídica en Derechos Humanos

La Clínica Jurídica es un programa de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, que busca promover las competencias de intervención desde la investigación, donde los estudiantes participan en el análisis de casos en diversas ramas, por medio de la metodología Clínica. Además de que se constituye en un escenario de enseñanza y aprendizaje del Derecho (práctica alternativa), presta un servicio social a las comunidades más vulnerables y, asimismo, aprovecha sus resultados en función de la investigación socio jurídico.

La Clínica Jurídica, en su línea de Derechos Humanos (CJDH), formuló un proyecto de investigación y trabajo clínico llamado "Formación en Derechos Humanos a los miembros de la Institución Educativa Hermana Josefina Serrano, de la Comunidad San José del Pinar – Vereda Granizal, Municipio de Bello" (2015), cuyo objetivo general era el de diseñar un programa de formación en DDHH, especialmente en derechos de los niños, niñas y adolescentes, partiendo de su historia, definición, instrumentos de protección y de algunos casos hipotéticos que permitan poner en práctica las líneas de acción.

Para llevar a cabo el objetivo, se realizaron diferentes actividades tendientes a la identificación y categorización de la comunidad, a la formulación del proyecto y la ejecución del mismo. Inicialmente, se realizan las primeras exploraciones y contactos con las directivas de la I.E. Josefina Serrano (2014) y se contextualiza a la CJDH sobre el barrio, la institución, su injerencia en la comunidad y algunos de los casos que debían enfrentar día a día, implicando vulnerabilidad y/o violación de los derechos de los niños y niñas, estudiantes del colegio.

Un aspecto importante a destacar y que sería determinante para la realización del proyecto, es que el barrio concentra el más grande número de desplazados (por el conflicto) en Antioquia y uno de los más grandes del país; que las condiciones de acceso y prestación de servicios públicos (domiciliarios) era limitada por ser un barrio de “invasión”; que el reclutamiento de menores era una de las principales problemáticas del barrio y que la constante en las familias era el desempleo o el empleo ocasional.

Una vez elaborado este diagnóstico, la CJDH formula el proyecto de formación en DDHH, a partir del modelo de la educación popular, que le permita al grupo de trabajo, un conocimiento y empoderamiento de los derechos; realizar cursos y talleres que les proporcione la información necesaria y les permita ser guardianas y promotoras de los DDHH, para que sean capaces de activar las rutas de atención y evitar o frenar las vulneraciones que estén presentado los estudiantes del colegio y/o sus familias.

Los ejecutores principales de este proyecto, serían los estudiantes de la CJDH, quienes con la asesoría de las coordinadoras de la Clínica, estarían a cargo de dar la capacitación¹² y el acompañamiento. Para ello, (i) se creó un manual como herramienta de enseñanza para estudiantes (personal del establecimiento educativo) y para los formadores (estudiantes de la CJDH); (ii) se estableció un cronograma y un programa (contenidos y metodología) para capacitar a la comunidad educativa (directivos, docentes, niños, niñas y padres de familia), desde una metodología activa a partir de lecturas, videos, cuentos, juegos que permitieran la comprensión de los temas a exponer, y también se destinó un tiempo de trabajo autónomo, con material

12 Cada uno de los estudiantes de la CJDH, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, se hace responsable de un tema, el cual prepara con el acompañamiento de las docentes coordinadoras, así como la metodología y el material que va a utilizar en su sesión, para apoyar su trabajo.

previamente distribuido por los capacitadores, para que las docentes de la institución, pudieran aplicar los conceptos y casos aprendidos en las sesiones; y, (iii), se elaboró una cartilla en Derechos Humanos como resultado del proceso de formación.

Durante todo el año 2015, la CJDH realizó esta formación, la cual permitió desarrollar un aprendizaje en ambos sentidos, pues tanto facilitadores como alumnos generaron un espacio de estudio, análisis y reflexión en torno a los DDHH, a partir de las vivencias, la realidad del barrio, las necesidades que se evidencian en el contexto, las experiencias y saberes de las docentes, que brindó claridad a la comunidad acerca de la manera cómo se puede dar solución, por lo menos, a los problemas primarios identificados.

Los estudiantes de la CJDH, lograron integrar las problemáticas del barrio a los conceptos que conocían y de esta manera, enseñaron a la comunidad académica, la teoría de los DDHH aplicada a la realidad cotidiana, pudiendo identificar las rutas de atención adecuadas para las diferentes vulneraciones detectadas. Es así como, a partir de mesas de diálogo, del intercambio democrático del conocimiento y la reflexión acerca del empoderamiento como sujetos activos, titulares de derechos, y poseedores de medios para promoverlos y defenderlos, la CJDH pretende generar un cambio en la comunidad.

1.2 Semillero de investigación

El Semillero de Estudios Internacionales, Derecho Internacional y Derechos Humanos (SEI) nace en 2014, bajo la necesidad de algunos estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, de buscar y compartir nuevos espacios donde se pudiesen analizar y discutir aquellas realidades que veían en la práctica social y que, aunque existía una clínica jurídica en Derechos Humanos (CJDH), querían crear un espacio académico en donde se problematizara no solo sobre las consecuencias y alivio, sino sobre las causas y los factores de ciertos fenómenos socio-jurídicos que impactaban de alguna forma el contexto y el territorio, marco de estudio o vivencia de los estudiantes de Derecho.

Y es así como sensibilizando a los estudiantes sobre la problemática internacional contemporánea, logrando identificar aspectos relevantes en el desarrollo de la política internacional y de DDHH en Colombia, en 2015, el SEI es invitado a participar como ejecutor del proyecto de investigación "Colombia como país receptor de flujos

migratorios laborales: preparándonos para el presente", proyecto institucional con perspectiva interdisciplinar, que vinculaba a estudiantes de todos los niveles de formación y a docentes investigadores de diferentes escuelas.

Este proyecto se proponía fortalecer el conocimiento sobre las migraciones laborales hacia y de paso por transitando el territorio de Colombia, a efectos de poder mejorar la protección de los migrantes trabajadores sobre la base de una gestión de la migración laboral con un enfoque de derechos. De esta manera, contribuir a solucionar los vacíos existentes y los problemas que se han intensificado como consecuencia de la escasez de políticas públicas integrales específicas para el abordaje de las migraciones y, en particular, de las migraciones laborales.

Para lograr este objetivo, el SEI debía generar información actualizada y pertinente, desde fuentes directas, que caracterice el fenómeno migratorio en general y laboral transnacional en particular y el tipo de respuesta que se ha dado desde el gobierno colombiano para gestionarlo en el ámbito de las políticas públicas, así como difundir los resultados de la investigación por medio de ponencias y/o artículos publicables.

Partiendo de un estado del arte que nos presentaba a Colombia en 2015 como un país que tradicionalmente se concebía como "emisor" de flujos migratorios, pero que para la época se empezaba a configurar como un país "receptor", según un estudio adelantado por Migración Colombia (2013), con el auspicio de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), se mostraba pertinente adelantar investigaciones para hacer una evaluación de la adecuación de nuestro sistema jurídico para atender un fenómeno de esta naturaleza, de conformidad con lineamientos internacionales en materia de DDHH, así como con los principios constitucionales en nuestro marco de Estado Social de Derecho y la realidad socioeconómica del país.

El SEI logra distinguir, definir y delimitar algunas categorías esenciales para el entendimiento del fenómeno migratorio y a partir de allí, permitir el estudio específico de la migración laboral en Colombia, perspectiva del proyecto de investigación. Partiendo de las leyes de la migración establecidas por Ernest George Ravenstein en "la primera reflexión científica sobre las migraciones" (Arango, 2003, p. 3), se precisan los elementos de la migración (Semillero de Investigación en Estudios Internacionales - Universidad Pontificia Bolivariana, 2016, pp. 5-7), y se analiza el tema desde una perspectiva general y de las particularidades que presenta el fenómeno en Colombia,

ya que la migración en el país no se ha dado de manera uniforme, sino que ha variado de acuerdo con el contexto político, económico y socio-cultural del país.

Con un interés particular en el concepto de política migratoria, entendido como el "conjunto de normas, planes, programas y proyectos de la política pública de un país relativos a regular los flujos migratorios del mismo, en tanto en cuanto son considerados como potenciales vectores de desarrollo" (Acosta, A. y G. Villavicencio, 2006, p. 48 citado en Ministerio de Finanzas de Ecuador, 2013), el SEI comenzó a estudiar la normativa colombiana y se evidenció que existían vacíos legales y una necesidad inminente de crear de políticas migratorias que consagrarán y regularán el tema.

Tal y como lo expuso el SEI en el Primer Congreso Internacional de Estudios Jurídicos: El Derecho en el contexto de la Globalización (2016), la conclusión de su investigación era que la normativa colombiana que pretenda regular la migración deberá ser completada y corregida para poder así tener el efecto deseado y generar obligatoriedad en la sociedad colombiana. Adicionalmente, recomendaba que el Estado colombiano pensara y estructurara verdaderas políticas públicas migratorias y desarrollara una "cultura migratoria"¹³ que consagren los derechos y obligaciones de migrantes y extranjeros radicados en Colombia, en aras de superar y evitar futuras crisis como la actual, en el sentido de reconocer, respetar y proteger los Derechos Humanos de los migrantes.

Es con este insumo, entonces, y con la idea de que la adaptación del migrante a la nueva sociedad que lo acoge, tal vez es el proceso más complicado de todo el fenómeno migratorio, puesto que no solo debe estar preparado el migrante para adaptarse, sino que también la sociedad receptora debe estar preparada para adaptarse al migrante; que el SEI emprende una tarea de comunicar sus reflexiones con participaciones en diversos eventos académicos, en los que sugiere la creación de políticas, campañas y diálogos de sensibilización frente al fenómeno migratorio, de modo que pueda darse un punto de encuentro entre el migrante y el país receptor, para así llegar a una colaboración mutua, que represente un beneficio tanto para el migrante como para el país de acogida.

Pero esta iniciativa no debe quedarse simplemente en una propuesta teórica-académica, sino que debe llevarse a la práctica mediante acciones concretas. De allí se

13 Sobre este concepto se vendrá más adelante en este texto, para definirlo, darle alcance y contenido.

nos ocurre que la experiencia de la CJDH y el conocimiento temático del SEI, deben integrarse y cumplir mancomunadamente el objetivo de sensibilizar a la comunidad sobre la problemática migratoria actual y para ello, la aplicación del método clínico nos parece la más acertada.

2. Hacia el entendimiento del fenómeno migratorio en Colombia: convergencia entre experiencia y academia

Si consideramos que la innovación en los procesos de formación se manifiesta en el pensamiento crítico y creativo, respaldado en el conocimiento científico y tecnológico así como en la experiencia de la vida y del trabajo, para transformar de manera pertinente y novedosa su entorno social y humano (Universidad Pontificia Bolivariana (3), 2018, p. 4); desconocer los procesos de enseñanza-aprendizaje anteriormente descritos o, no tomar provecho de los aprendizajes y experiencias con ellos alcanzados, sería ir en contra no solo de los presupuestos institucionales, sino también de las tendencias innovadoras en educación, que propugnan por una interacción, comunicación o articulación de contenidos y potenciar otras formas de relación entre los sujetos y entre éstos y los objetos de enseñanza y aprendizaje, con miras a impactar la sociedad.

Es por ello que cuando nos invitaron a “reflexionar sobre el rol que tienen o pueden tener las clínicas jurídicas frente al fenómeno de la migración en Colombia”, entendimos que lo nuestro era un reto, en tanto que debíamos poner en conversación los dos espacios que se habían creado para desarrollar competencias investigativas (el semillero) a partir de la aplicación del método clínico de enseñanza/aprendizaje del derecho (la clínica), en torno al tema de migraciones, y ponerlo al servicio de la comunidad, ya que hasta el momento se habían desarrollado como dos procesos independientes, sin articulación alguna, y que la CJDH se convertiría en el medio idóneo para concretar o materializar algunos de los hallazgos o conclusiones que había planteado el SEI en sus diversas intervenciones, a saber, la creación de campañas y diálogos de sensibilización frente al fenómeno migratorio, tendientes a desarrollar una “cultura migratoria”.

Esta idea se torna completamente relevante cuando verificamos que en nuestra propia comunidad académica, (algunos) estudiantes y profesores de la Facultad

de Derecho, se muestran apáticos o ignorantes frente al fenómeno de la migración. Esa indiferencia o desinterés manifiesta, incluso, un desconocimiento de los orígenes de la cultura paísa, que surge de la mezcla de culturas que provienen de diferentes lugares de Colombia (migración interna) y de algunos extranjeros. No entender que la migración es la referencia a la movilidad humana en su sentido más amplio, es desconocer y vulnerar una serie de derechos, que nosotros mismos, en calidad de juristas y abogados en formación, estamos supuestos reconocer, proteger y respetar.

Surge entonces una necesidad real de crear una estrategia que ponga en conjunción tres elementos: (i) un nuevo conocimiento (sobre la migración), desde el cual se crea una novedad (cultura migratoria) que, llevada al contexto, logra impactar o transformar; (ii) impacto, por su parte requiere de evidencias de la transformación social (aceptación y adaptación del migrante); (iii) nuevas tendencias pedagógicas, que se concretan en las formas de organización del currículo, las didácticas la relación entre los agentes educativos y entre éstos y los sectores externos (mirada dialógica entre enseñanza y aprendizaje - sujetos que enseñan y que aprenden y ambos son activos en estos procesos).

3. Sobre el conocimiento de los contextos de los fenómenos migratorios actuales y el propósito de la cultura migratoria

Gracias a los últimos esfuerzos de la comunidad internacional y de los defensores de los derechos de los migrantes y de los refugiados, se ha empezado a visualizar los puntos del encuentro entre las poblaciones migrantes: refugiados, migrantes internos, inmigrantes y emigrantes. Es por ello que en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes del año 2017 se establecieron compromisos comunes respecto de los diferentes fenómenos, sobre todo en la prevención del racismo, xenofobia y trata de personas.

Debe tenerse en cuenta que esta Declaración, realizada por ciento treinta y tres países que forman la Organización de Naciones Unidas, se basó en la solidaridad mundial y el entendimiento de la necesidad de proteger a aquellas personas que se han visto forzadas –entiéndase esta no solo por causas violentas– a dejar su lugar de origen y de compartir responsabilidades con aquellos países que los acogen, para que las medidas sean más previsibles y más sostenibles (ACNUR, p. 2).

Colombia ha afrontado en particular varios fenómenos migratorios a lo largo de su historia, la mayoría de ellos sobrepasan la institucionalidad, y algunos de ellos constituyen elementos significativos del contexto colombiano actual. Entre ellos podemos enunciar: el desplazamiento forzado interno y externo (refugiados) consecuencia del conflicto armado, la emigración producto de la falta de oportunidades (en donde se encuentra la mal llamada fuga de cerebros) y, en los últimos tiempos, la recepción de migrantes con intención de estadía y el tránsito de migrantes que buscan establecerse en otro país.

Lamentablemente, la respuesta estatal no ha sido suficiente para proteger y garantizar los derechos de estas poblaciones. A 2016, según datos del ACNUR, la cifra de personas desplazadas internas en el país (refugiados internos) se acercaba a los 7.410.816, mientras que el número de personas expulsadas del país por hechos conexos al conflicto, era alrededor 350.000; lo cual demuestra que el país no solo incumplió con el deber esencial de protección de los habitantes de su territorio, sino que además, no abogó por el segmento que huyó del país ni reconoció el conflicto, lo que trajo como consecuencia un manto de silencio y poca ayuda también por los países receptores (Sánchez-Mojica, 2018, p. 49); además Colombia sigue incumpliendo con el deber de reparación pleno de las víctimas del conflicto interno, en tanto muchos de los individuos carecen de los medios y la seguridad para retornar a sus lugares de origen.

Respecto a la recepción de migrantes con intención de estadía, es necesario dar cuenta de que en la actualidad existe un gran número de migrantes venezolanos que se encuentran llegando a nuestro país como consecuencia de la crisis que existe en el territorio vecino, los cuales gracias a la transmigración, han podido encontrar redes que ayuden a sobrellevar la vulnerabilidad de llegar sin nada a un territorio que no es el suyo.

Esto, según Medina y Vedia-Del Castillo & Hernández-Muñoz, se debe a que existen "sectores en la sociedad global que padecen los efectos de la crisis más que otros y en algunos de ellos se han encontrado soluciones temporales que aligeran su impacto: el de los migrantes que, a lo largo de los últimos años, ha tenido redes comunicativas que los conectan en todo el mundo y ha configurado una red transmigratoria o transmigración. Sin embargo, la diversidad y las transformaciones de cada migración son tan profundas, considerada como un conglomerado de sistemas

emergentes" (2016, p. 19), que van más allá del control hegemónico y que necesitan programas flexibles a las particularidades (Gosh, 2012 citado en Medina y Vedia-Del Castillo & Hernández-Muñoz, 2016, p. 39).

En el caso de los venezolanos, el Estado colombiano sigue sin poder controlar dicho fenómeno, ejemplo de ello es la vigencia del Permiso Especial de Permanencia que ha sido extendida por normas como el Decreto 1288 de 2018, debido a que la crisis venezolana continúa y varias personas llegan cada día a nuestro país, número que "superó el millón de personas en los últimos años, de los que 820.000 regularizaron su situación" (Eduardo Stein, preocupado por "número alarmante" de migrantes venezolanos, 2018). No obstante, dicha normativa sigue estableciendo lapsos y documentos como pasaporte para acceder a dicho permiso, lo que desconoce la realidad del migrante o refugiado que llega en búsqueda de protección. Así dichas personas quedan indocumentadas y por fuera de la legalidad necesaria para acceder a derechos, a pesar de ellos, en tanto son seres humanos tienen la necesidad de ser atendidos, por lo que habría que pensar incluso en una eficacia restringida de los requisitos o de la jurisdicción con aplicación disjuntiva (Noll, 2010, p. 248).

"La diáspora es una herramienta de análisis crítico que permite estudiar los procesos de formación política de identidades en espacios transnacionales y translocales, así como establecer vínculos conceptuales entre procesos desterritorializados y el ejercicio diario del poder estatal moderno (Adamson & Demetrious, 2007, p. 495 citado en Iranzo-Dosdad & Edson-Luidor, 2018, p. 16)". Colombia país de diásporas y ahora receptor de una, tiene la oportunidad de afianzar su estructura estatal, su eficacia de derechos humanos y fomentar espacios para que sus propios migrantes y los migrantes que recibe puedan aportar al sistema económico y social de su país, encontrando las similitudes en el ámbito de amparo que requieren y enfocando el margen de acción a propender espacios, en donde puedan incluir y ayudar en el marco de la reparación integral y transformado que busca el fin al conflicto armado.

Solo es posible una cultura migratoria en un Estado que entienda el valor del migrante en la esfera social, económica y política y, ello solo es posible si la población de dicho Estado los acoge y mejora su dinámica para aprovechar dichos recursos humanos y económicos; en palabras de Canterbury (2010): "como una fuente potencial de inversiones de capital y de estrategias de subsistencia, con las que se busca superar las limitaciones que impone al mercado a las familias comunes (citado en

Méndez-Rodríguez, 2016, p. 99). Como consencuencia de lo anterior, es necesario que se cambie "la persistencia de un gran número de políticas, leyes y prácticas estatales, así como de acciones y omisiones de actores no estatales y personas individuales, que desconocen las personas en el contexto de la migración como sujetos de derecho y que violan sus derechos humanos" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 13). Y, para ello, las facultades de Derecho y las Clínicas Jurídicas deben buscar estrategias como la cultura migratoria, expresada a continuación.

4. La creación de una cultura migratoria "plena"

Hay que considerar la emigración internacional como un problema grave. En los países receptores suele originar importantes conflictos sociales y resurgimiento de ideologías racistas y fascistas. Para los países emisores implica frecuentemente la pérdida de mano de obra cualificada. Pero el mayor coste lo sufren los propios desplazados ya que supone habitualmente un desgarró familiar y cultural muy doloroso. Aún más traumática es la emigración ilegal en la que el individuo se ve despojado de los derechos más elementales, sometido a la explotación de mafias y delincuentes sin escrúpulos. La tragedia alcanza su clímax en el caso de los que arriesgan y pierden su vida al cruzar las fronteras (Azcona Pastor, 2005, p. 33).

Teniendo en cuenta que las clínicas jurídicas no tienen una visión formalista del derecho que se reduzca a la creación de la ley, sino que sus objetivos son más amplios y van dirigidos a generar cambios estructurales, ya sea en la formación jurídica o empoderando a las comunidades; el reto que surge hoy para la CJDH de la UPB, es el de desarrollar un proceso pedagógico de sensibilización frente a la migración, en el que a partir de un recuento de la migración en Colombia, se visualicen los diferentes procesos migratorios, así como las ventajas o aportes que ella trae a la sociedad y la cultura del país receptor. Todo ello bajo la idea de generar un cambio en la percepción de la migración y la creación de una "cultura migratoria", entendida esta como la acogida, el entendimiento y la adaptación a los cambios socioculturales generados por los procesos de migración masiva (Mata Codesal, 2005, p. 5).

Este tipo de estrategia permite que los estudiantes demuestren competencias que desarrollan un pensamiento crítico, creativo e innovador para un desempeño profesional que sabe leer un mundo dinámico, cambiante y desafiante. Desarrollo de

un pensamiento crítico que apunta a fortalecer habilidades cognitivas vinculadas al aprender a aprender, a la resolución de problemas, a la comunicación, a la lectura crítica y reflexiva, a la producción de ideas y al análisis y reflexión en torno a las consecuencias de los propios actos (PEI-UPB 2016).

Con un ejercicio clínico centrado en la solución de problemas referentes al fenómeno migratorio en Colombia, que generan nuevos conocimientos para alimentar las teorías del derecho internacional de los derechos humanos, de los derechos de los migrantes, de la normativa, rutas de atención e instituciones existentes para asistir a los migrantes y regular su situación; según Bernardo Restrepo (2003), se desarrolla también investigación científica en sentido estricto con impacto universal, respondiendo al modelo pedagógico que la UPB se ha propuesto.

Asumir el reto de generar una "cultura migratoria" basada en percepción positiva del fenómeno migratorio y la adaptación, integración y aceptación del migrante, se convierte en un proceso innovador, participativo, humano y cultural basado en la "la experiencia, el conocimiento científico y social para generar, desde la formación, la investigación y la proyección, soluciones nuevas o significativamente mejoradas, que son apropiadas por el contexto para la transformación humana, social, económica y cultural" (Consejo Directivo, Acuerdo CDG-01-2016).

Propio del ejercicio clínico, esta estrategia genera impacto social y cultural a partir de las acciones, hechos y actividades que pretenden producir cambios en las conductas, actitudes y prácticas sociales frente al fenómeno de la migración, suponiendo transformaciones en la percepción de este último y de los migrantes, para proponer soluciones a los problemas, carencias o necesidades que presentan los inmigrantes. En un principio, se pretende impactar la comunidad académica, comenzando por la Facultad de Derecho, para más adelante replicar el ejercicio en la Universidad y luego, tratar de llegar a la población civil en general.

5. Conclusión

Este proceso articulado con la investigación, busca el desarrollo de capacidades y competencias innovadoras y emprendedoras en los estudiantes, para generar una mentalidad y una actitud positiva hacia la migración y el desarrollo de procesos de asimilación, de tal forma que el conocimiento pueda ser aplicado en nuevas creacio-

nes mediante la experimentación y materialización. Este proceso se constituye como una sensibilización frente al cambio de paradigma en cuanto a la migración, presentando alternativas para el ejercicio de la profesión, que permitan al estudiante llevar proyectos relacionados con esta temática y valorar el impacto y la transformación social.

Para la realización de este proyecto, de manera progresiva, se pueden tener en cuenta las siguientes fases¹⁴:

- Lectura del contexto: pretende recolectar, de forma sistemática, información (económica, comercial y social) sobre el fenómeno migratorio en Colombia. Permite conocer las tendencias, brinda acceso a información útil para una propuesta y ayuda a disminuir los riesgos por medio del conocimiento de las dinámicas del contexto (diversos sectores sociales).
- Generación de ideas: desarrolla los medios para generar un banco de ideas, desde el análisis de las necesidades de los entornos sociales (país receptor, migrantes) y los desarrollos del conocimiento.
- Desarrollo experimental: desarrolla trabajos sistemáticos que aprovechan los conocimientos existentes obtenidos de la investigación (SEI) y la experiencia práctica (CJDH), y está dirigido al desarrollo de nuevas aplicaciones (la propuesta de crear una pedagogía para desarrollar una cultura migratoria), a la puesta en marcha de nuevos procesos, sistemas y servicios o al mejoramiento sustancial de los ya existentes.
- Aplicación: presenta alternativas de trabajo y estrategias diversas para la aplicación del nuevo desarrollo en el contexto real, tales como la difusión y divulgación del conocimiento, de tal forma que se pueda realizar la pedagogía de la cultura migratoria a los diferentes entornos sociales y valorar, según el impacto, el nivel de transformación que concreta dicho ejercicio.

14 Algunas de las cuales ya se han desarrollado previamente según lo visto en el acápite primero de este trabajo.

Referencias

ACNUR. (2017). *Population statistics*. Obtenido de UNHCR Statistics: http://popstats.unhcr.org/en/persons_of_concern

ACNUR. (s.f.). *Declaración de NUEVA York para los Refugiados y los Migrantes. Respuestas a las preguntas frecuentes*. Recuperado el 3 de septiembre de 2018, de UNHCR ACNUR: <http://www.acnur.org/5b58c0784.pdf>

Arango, J. (2003). La explicación teórica de las migraciones: luces y sombras. *Migración y Desarrollo* (1), 1-30.

Azcona Pastor, J. (2005). Las virtudes de la cultura migratoria común. En J. Azcona Pastor, *La España de la modernidad: la Constitución de 1978, las libertades CIVILES y la democracia plural* / (pp. 33-36). Madrid: Dykinson.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (31 de diciembre de 2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazamientos internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Washington: Organización de Estados Americanos.

Department of Economic and Social Affairs. (2017). *International Migration Report 2017 (Highlights)*. New York: United Nations.

Iranzo-Dosdad, A., & Edson-Luidor, W. (2018). Una aproximación a la problemática. La inclusión de la diáspora de la guerra o la lucha por "un lugar" en la paz. En: *Entre la guerra y la paz: lugares de la diáspora colombiana* (pp. 11-41). Bogotá D.C: Universidad de los Andes.

López, S. (21 de septiembre de 2018). *Eduardo Stein, preocupado por "número alarmante" de migrantes VENEZOLANOS*. Obtenido de La FM.: <https://www.lafm.com.co/internacional/eduardo-stein-preocupado-por-numero-alarmando-de-migrantes-venezolanos>

Medina y Vedia-Del Castillo, S., & Hernández-Muñoz, I. (2016). Crisis y migración: redes y estrategias de los migrantes ante la crisis global. En: *Crisis y migración: estrategias de los migrantes ante el cambio global* (pp. 15-43). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Méndez-Rodríguez, A. (2016). Globalización, desarrollo y migración internacional. En: S. Molina y Vedia- Del Castillo, & A. Méndez-Rodríguez (Edits.), *Crisis y migración. Estrategias de los migrantes ante un cambio global* (pp. 81-110). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Méndez-Rodríguez, A., & Molina y Vedia- Del Castillo, S. (Edits.). (2016). *Crisis y migración: estrategias de los migrantes ante el cambio global*. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ministerio de Finanzas de Ecuador. (2013). *Glosario*. Obtenido de Ministerio de Finanzas: https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/MOV_GLOSARIO.pdf

Misterio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. (25 de julio de 2017). Resolución 5797 de 2017. *Por el cual se crea un Permiso Especial de Permanencia*. Bogotá: Diario Oficial.

Noll, G. (2010). Why Human Rights Fail to Protected Undocumented Migrants. *European Journal of Migration and Law* (12), 241-272.

Sánchez-Mojica, B. E. (2018). Refugiados Colombianos ante la firma de la paz en Colombia ¿un retorno no deseado? En *Entre la guerra y la paz: los lugares de la diáspora colombiana* (pp. 41-75). Bogotá D.C: Universidad de los Andes.

Semillero de Investigación en Estudios Internacionales - Universidad Pontificia Bolivariana. (2016). La migración como fenómeno de la globalización. El caso colombiano. *Primer Congreso Internacional de Estudios Jurídicos: El Derecho en el contexto de la Globalización* (p. 20). Cartagena, Colombia: Universidad de Cartagena.

Universidad Pontificia Bolivariana (2). (6 de mayo de 2018). El eje transversal de investigación e innovación: gestión curricular por capacidades humanas y competencias en la UPB. Medellín, Antioquia, Colombia.

Universidad Pontificia Bolivariana (3). (6 de mayo de 2018). Orientaciones para el desarrollo de currículos innovadores en la UPB. Medellín, Antioquia, Colombia.

Universidad Pontificia Bolivariana. (6 de mayo de 2018). *Lineamientos gestión curricular programas académicos de pregrado y posgrado en la UPB*. Medellín.

Žižek, S. (2016). *La NUEVA lucha de clases. Los refugiados y el terror*. (D. Alou, Trad.) Barcelona: Anagrama.

Litigio en red para la defensa de derechos de la población migrante y refugiada en Colombia

A propósito de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos

Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI Consultorio Jurídico, Universidad del Rosario¹⁵

Recibido: mayo 30 de 2019 - Aprobado: julio 2 de 2019

Resumen

La única fuente normativa en Colombia que hace referencia al reconocimiento de la condición de refugio es el Decreto 1067 de 2015. Su contenido atiende, en principio, a las disposiciones consagradas en el marco de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Declaración de Cartagena. En este contexto, como parte del litigio en red, el Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional (PNPI), del que hacen parte cinco universidades del país, entre ellas la Universidad del Rosario, han encontrado que en el Decreto en mención, existe una serie de elementos que limitan el ejercicio pleno de los derechos de los solicitantes y perjudican la integralidad de las declaraciones respecto de la solicitud de reconocimiento. De ahí que se quiera impulsar la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos que consideramos, ya que no atienden al fin último de los compromisos internacionales y obligaciones estatales referidas a este procedimiento.

15 Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI Consultorio Jurídico, Universidad del Rosario: Shannon McGuire, Karol Tatiana Sanabria Rodríguez, Evelin Yusseth Asprilla Caicedo, Daniel López Álvarez, María Daniela Pacheco Aranda; María Fernanda Calero Durán; Santiago Garzón Amaya; Valentina Carvajal Henao; Jorge Andrés Bustillo Naranjo; David Canchila Monsalve; Alejandro Martínez Guzmán; María Daniela Novoa Meneses; Rubén Darío Urrea Forero; Angie Daniela Yepes García; Daniel Alejandro Orobio Hurtado; Julián Camilo Zolórzano Sánchez. Dirigió: Laura Ximena Pedraza Camacho, Universidad del Rosario, Coordinadora del Programa de Asistencia Legal a PNPI, unirosario@opcionlegal.org; pedrazac.laura@urosario.edu.co

De esta forma, el Programa de la Universidad del Rosario, mediante un proceso pedagógico y articulado de investigación pretende consolidar los argumentos jurídicos del panorama expuesto con anterioridad, haciendo énfasis en los que se relacionan con el debido proceso administrativo. Este ejercicio, se construye en espacios de debate donde se aborda el estudio de opiniones consultivas, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y observaciones emitidas respecto a la garantía del debido proceso como pilar de las actuaciones de la administración, obligación derivada de la Convención Americana, de la cual Colombia es parte.

Palabras clave: Decreto 1067 de 2015, nulidad por inconstitucionalidad, Convención Americana de DDHH, debido proceso, garantías judiciales.

Abstract

The unique normative about recognition of refugee condition in Colombia is Decree 1067 of 2015. Its content serves, in principle, to dispositions preview about Convention on the Status of Refugees and the Cartagena Declaration. How part of reader litigation, the Assistance Legal Program for People with International Protection Necessities, which have five universities articulated in Colombia, between them the University of Rosario, have found that, in decree mentioned, exists several elements that limit complete exercise of requesters rights, and affect the declaration integrity about recognition request. From there, the purpose of to promote the nullity declaration for unconstitutionality, of some considerate articles, because do not attend to final objective of international compromises and state obligations references to this procedure. Attending to this context, the Assistance Legal Program of Rosario, through a pedagogic process and articulated of investigation, to pretend consolidate the judicial arguments, in particular, there related with administrative due process. This exercise will be constructed thought of debate spaces where will studied advisory opinions, Interamerican Court of Human Rights jurisprudence, thematic informs of Interamerican Commission of Human Rights and observations issues in relation with the due process guaranty how pillar of administrative actuaciones, obligation derivate of American Convention which Colombia is signatory.

Key words: Decree 1067 de 2015, nullity due to unconstitutionality, American Convention on Human Rights, due process, judicial guarantees.

Introducción

El Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección Internacional - PNPI de la Universidad del Rosario hace parte de la red de universidades que en el país se ha propuesto brindar asistencia legal a la población focalizada, en municipios de frontera y municipios del interior. En ese sentido, y en búsqueda de la protección de la población migrante con necesidad de protección internacional, mediante acciones jurídicas y jurisdiccionales, la red estima necesaria la implementación de una estrategia de litigio estratégico mediante la construcción conjunta de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, donde se parta de un análisis del Decreto 1067 de 2015, puntualmente a las disposiciones referidas al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, a la luz del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, desde un enfoque de estudio a partir de tres derechos, a saber: debido proceso, mínimo vital y derecho al trabajo.

En virtud de ese análisis se hizo un contraste entre las garantías derivadas de esos derechos y las falencias del Decreto, las cuales implican la inconstitucionalidad de estas por ser contrarias al bloque de constitucionalidad. En primera medida se observó que el Decreto 1067 de 2015 carece de un término para responder la solicitud de la condición de refugiado lo cual implica una vulneración al debido proceso y en particular lo correspondiente a la exigencia de las autoridades de resolver en un término razonable lo cual se ve afectado por una falta de regulación al respecto. Por otra parte, se observa que el Decreto no contempla una segunda instancia pues no prevé la posibilidad de interponer el recurso de apelación frente a la decisión que niega la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, garantía prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante la Convención–. Y por último, se tiene que el Decreto prevé que mientras el solicitante obtiene respuesta le será entregado un salvoconducto con el cual no es posible realizar una actividad productiva, lo cual afecta el mínimo vital y el derecho al trabajo.

1. Ausencia en el término de respuesta de la solicitud de condición de refugiado (Debido Proceso)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un tratado que hace parte del marco jurídico para la protección de los derechos de los refugiados,

tanto así que es una de las fuentes de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 y el primer instrumento regional en establecer el derecho de buscar y recibir asilo (Murillo, J., 2008, p. 4). De esta forma, en lo referente al artículo 8 de la Convención, las decisiones solo podrán efectuarse si se encuentran fundamentadas conforme a los criterios de la Ley y la debida notificación.

En este contexto, deben observarse los arts. 8.1 y 8.2 que establecen las garantías del debido proceso legal o derecho de defensa procesal, los cuales según la jurisprudencia interamericana en 2011 con el caso Familia Pacheco Tineo (Bolivia) son aplicables no solo respecto de los recursos judiciales, sino que también respecto de decisiones de cualquier autoridad pública que puedan tener incidencia sobre los DDHH de una persona (p.146, párr. 290; consultar pies de página). A su vez, los artículos mencionados no solo son aplicables en procesos de naturaleza penal sino también aquellos de "cualquier otro carácter" (p. 49, párr. 300; consultar pies de página), lo que incluye expresamente "los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado así como todo procedimiento que pueda culminar con la expulsión o la deportación de una persona"

Ahora bien, el informe de fondo 136/11 de la CIDH, sobre el caso presentado por la Familia Pacheco Tineo en Bolivia, establece que, inter alia, los procesos migratorios deben contar con "una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de la situación jurídica", con un "derecho a ser oído sin demora", con un "adjudicador competente, independiente e imparcial", con un "traductor/intérprete libre de cargos" (que en realidad debería entenderse como un derecho a comprender el procedimiento y los derechos), con una "representación legal", con una "decisión motivada", con una "notificación de la decisión", con un "derecho a recurrir la decisión" (en plazo razonable y con efectos suspensivos) y con "la información y acceso efectivo a la asistencia consular" como garantías mínimas procesales (pp. 152-60, párr. 307, 309-310, 312- 313 y 315-329; consultar pies de página).

Lo preocupante del texto mencionado, es que prima facie parece condicionar la razonabilidad del plazo para aquellos procedimientos de acuerdo con los cuales el migrante es privado de su libertad o para efectos de la impugnabilidad de la decisión, relacionándolo más con la defensa legal que con el derecho a recibir respuesta por parte del Estado.

Cabe resaltar, que el procedimiento de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, es de especial importancia en el Capítulo 11 del texto que enuncia dentro del marco jurídico internacional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, art. XXVII), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 14), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951; junto con su Protocolo de 1967), la Convención sobre Asilo Territorial (1954), la Convención sobre Asilo Diplomático (1954) y la CADH (arts. 22.7 y 29.b). En este sentido, en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, la Corte IDH (2013) reitera las garantías procesales mínimas previamente observadas en el marco del procedimiento de solicitud de condición de refugiado, adicionando "la protección de datos... y el principio de confidencialidad". Sin embargo, no se hacen observaciones sobre el término de respuesta de la solicitud en sí, por lo que es menester, que la respuesta a la solicitud de refugiado sea desfavorable o no, deba hacerse respetando las condiciones mínimas del debido proceso, que es recibir la decisión de la solicitud, en un tiempo prudencial.

Por último, la falta de notificación y la ausencia en el término de respuesta, son violaciones del artículo 8 de la Convención mencionada con anterioridad, puesto que pone al solicitante en un estado de incertidumbre respecto a su situación jurídica, lo cual genera una afectación directa a la confianza legítima depositada por los particulares en el Estado.

En segundo lugar, resulta relevante señalar lo dispuesto por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984), puesto que demanda a los Estados "la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados". Esto implica que para desarrollar un proceso sobre el reconocimiento o no de la condición de refugiado, se debe disponer de un procedimiento completo para la garantía de derechos de los solicitantes, como el derecho al debido proceso. El cual, dentro de su resolución, es un pronunciamiento sobre un estatus jurídico del que depende si el solicitante será o no objeto de protección internacional, y que tan solo se entenderá como protector de los refugiados, al incluir un término claro para responder la solicitud.

Por otro lado, en la Declaración y Plan de acción de Brasil (2014) se incluye el reconocimiento de los avances propuestos por el Sistema Interamericano de DDHH,

puntualmente, así como lo dispuesto por la Corte respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo.

Ahora bien, destacando la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, se debe entender necesariamente la obligación de proponer un plazo razonable dentro del procedimiento de solicitud del reconocimiento del estatus de refugiado para la materialización de las garantías del debido proceso. En efecto, los Estados acordaron fortalecer los órganos de determinación de la condición de refugiados, incluyendo en sus ordenamientos formas de verificación del respeto por las garantías al debido proceso, acuerdo que estaría omitiendo el Estado colombiano por no establecer un plazo razonable para la resolución de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

2. Niños y adolescentes como solicitantes de la condición de refugiado

En este contexto, y respecto a la solicitud de refugio por parte de menores de edad, mediante opinión consultiva OC-21 (Corte IDH, 2014), se ha establecido que debe mediar un plazo razonable de acuerdo a su interés superior, ya que un proceso que no sea expedito, contribuye a la incertidumbre de sus derechos, lo cual redonda en un impacto a su integridad física, psíquica y emocional. Esta precisión es conveniente, ya que la Corte IDH ha desarrollado extensamente desde su primer caso, los conceptos del "interés superior del menor" y "plazo razonable" (párr. 143). En este sentido, la solicitud de refugio debe ser resuelta de forma prioritaria, y, en el término que el Estado tarde resolviéndola, es responsable de brindarle protección y cuidado al menor (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 256).

No obstante, si bien no se hace referencia a la ausencia de término en la respuesta a la solicitud de refugio, la Corte IDH desarrolla las garantías especiales del debido proceso que a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, deben observarse en procedimientos migratorios que involucren la participación de niños, niñas y adolescentes (NNA).

En primer lugar, la Corte IDH en la OC-21 (2014) precisa que el derecho al debido proceso también aplica para procedimientos administrativos, cuando se esté determinando los derechos de las personas que se encuentran en procesos migratorios (párr. 111-113). En segundo lugar, reconoce que los Estados han adoptado medidas

privativas de la libertad de forma cautelar, mientras se resuelve una situación migratoria concreta. En un sentido amplio, es privativa de la libertad cualquier medida que implique una afectación a este derecho, ya sea mediante la privación total, la reclusión en un lugar cerrado o cualquier otra restricción menor que por su forma, duración, efectos y manera de implementación, supone una injerencia en el derecho de todo ciudadano a la libertad personal (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 187). Siendo así, es importante tener en cuenta que para Colombia el solicitante de refugio, es objeto de limitación a su libre locomoción, ya que restringe de manera textual –en el salvoconducto de permanente– el derecho a movilizarse libremente por el territorio nacional, mientras se resuelve la solicitud referida.

En lo que respecta a la niñez, cualquier medida que implique la privación de la libertad, no observa los estándares interamericanos en materia de derechos humanos, porque viola el artículo 19 de la Convención y excede el requisito de necesidad, al inobservar su interés superior, salvo que sea por circunstancias donde se verifique la comisión de un delito (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 154).

La Corte IDH, consideró que “los procedimientos migratorios que involucran niños o niñas, deben identificar sus necesidades” (p. 22). En este sentido, la opinión consultiva afirmó que estas necesidades se identifican brindando la orientación necesaria sobre el procedimiento a seguir, otorgando asistencia consular y jurídica, realizando entrevistas personales para que el menor exponga y, brindando la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de la ACNUR, o su equivalente en el país (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s. f., p. 19). Todas estas garantías materializan el interés superior del menor y su derecho a ser oído, lo cual va en consonancia con los estándares internacionales exigidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este contexto, si el menor de edad no se encuentra acompañado por sus familiares, el Estado tiene una posición de garante más exigente y debe propender por medidas de especial protección que consisten principalmente en las necesidades materiales, físicas y educativas básicas, el cuidado emocional y la seguridad contra cualquier abuso o forma de violencia (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21, 2014, párr. 157-164).

En este orden de ideas, las decisiones a adoptarse por los Estados pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y el desarrollo de los niños migrantes, por tal

motivo, como se mencionó con antelación, las disposiciones contenidas en el artículo 8 de la Convención, inciso primero, son también aplicables a las decisiones de los órganos administrativos, a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional. De esta manera, en los procesos en los que se pueda generar una expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede emitir actos administrativos sin respetar las garantías mínimas, que serán aplicadas sin criterio de distinción de edad o condición de estancia en el país, es decir, sin importar el estatus migratorio que tenga el individuo o en condiciones de igualdad material. En el caso de los niños, su participación tiene condiciones distintas a las de un adulto en cuanto al proceso, pues debe ser accesible para ellos dadas las condiciones especiales en las que se encuentran, por esta razón, se les debe brindar la garantía de acceder efectivamente.

En vista de las implicaciones que tienen estos procesos en casos de niñas y niños, la duración del proceso hasta tanto se tome una decisión, debe estar acorde con el principio de plazo razonable, celeridad y eficacia. De esta forma, no se debe someter a una situación de incertidumbre por un tiempo muy extenso y se debe decidir en el menor tiempo estimable, para que no se genere un impacto grave. Sin embargo, este término referido, debe a su vez amparar la garantía de los derechos de los niños, a ser oídos en debida forma, en aras de proteger los derechos fundamentales de los implicados en estos procesos, sean jurisdiccionales o administrativos.

El Estado tiene la obligación de implementar medidas justas y efectivas, con el fin de atender las situaciones particulares de las niñas y niños, que estén dentro del país en condición migratoria regular o irregular. Es así como deben recibir servicios de asesoría acorde a su edad y capacidades cognitivas, y partiendo de su protección a partir de la asignación de un tutor que vele por su bienestar e interés superior.

3. Inexistencia de segunda instancia respecto a recursos contra la resolución que resuelve la solicitud de condición de refugiado (Debido Proceso)

El artículo 8 de la Convención consagra en su apartado 2.h, el derecho de toda persona a recurrir al fallo ante juez o tribunal superior. Este derecho es una garantía mínima que se debe observar en cada procedimiento. Asimismo, ante la decisión des-

favorable se debe tener derecho a su revisión ante la autoridad competente. Por otro lado, el artículo 25 de la Convención señala que toda persona debe tener derecho a un recurso, ante los tribunales o jueces competentes, que la ampare de actos que violen sus derechos fundamentales. La imposibilidad para acceder a una instancia superior, contra las resoluciones que resuelven la solicitud de condición de refugiado, es una violación al debido proceso, derecho que es fundamental para aquel que solicita el refugio.

Acorde con estos artículos, se encuentra la CIDH, la cual en el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado estableció que en el "marco procesal efectivo para la protección de los derechos de los refugiados es preciso la garantía de una apelación en caso de una determinación negativa por parte de la autoridad, que pueda poner en riesgo los derechos del solicitante" (párr. 109).

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que el mismo artículo 25 establece que la obligación en cabeza del Estado parte de desarrollar la posibilidad de un recurso judicial y en el mismo sentido, el artículo 2 establece la obligación de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar los derechos y libertades contenidos en la Convención. De esa manera, es obligación del Estado, en caso de que no exista, crear un recurso que permita apelar las resoluciones que resuelven la solicitud de condición de refugiado en Colombia. La ausencia en el término de respuesta, junto con la falta de notificación, impide que la solicitud pueda ser revisada, lo cual limita igualmente la posibilidad de interponer un recurso judicial.

La segunda instancia en el Estado colombiano es un derecho de los nacionales al acceder a las autoridades judiciales. La Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) "reclama la adopción de normas a los Estados para facilitar la aplicación de la Convención del Estatuto de los Refugiados" (p. 3), resulta relevante lo dispuesto por dicha convención, toda vez que al desarrollar el derecho de acceder a los tribunales en el Estado establece que "todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional en cuanto al acceso a los tribunales", por ende para que el Estado colombiano pueda entenderse atendiendo correctamente al llamado de facilitar la aplicación de la convención, debe disponer la manera en que los refugiados puedan ejercer su derecho a la doble instancia.

La Declaración y Plan de acción de Brasil (2014) reclama la configuración del procedimiento de solicitud de reconocimiento a la condición de refugiado en el ordenamiento de cada Estado, de acuerdo con el programa "asilo de calidad", establecido en el literal g, donde se menciona la necesidad de "establecer instancias de apelación administrativa y de revisión judicial independientes, respetando el derecho a un recurso con efectos suspensivos hasta tanto la autoridad competente adopte una decisión final" (p. 10). Este compromiso internacional al día de hoy debe entenderse omitido en la configuración del proceso de solicitud en Colombia, puesto que no existe la posibilidad de que el caso del solicitante pueda ser efectivamente revisado por una instancia independiente de la autoridad que profirió la decisión original.

Además, de los cien puntos de Brasilia, el Pacto Mundial sobre refugiados (2018) reitera la necesidad de contar con instancias independientes, con personal especializado y funciones exclusivas de revisión a las solicitudes negadas previamente por la CONARE. Al respecto indica:

Constituir un órgano independiente para la revisión y/o apelación de las decisiones negativas adoptadas por las primeras instancias administrativas, que cuente con personal especializado y con funciones exclusivas de revisión administrativa o judicial, para garantizar el respeto de las garantías procedimentales y la correcta interpretación y aplicación de las leyes nacionales sobre protección de refugiados (p. 3).

Sobre el agotamiento de los recursos internos en lo atinente a la Convención, deben tenerse en cuenta los arts. 25 (recurso efectivo como derecho establecido), 46.1, 46.2.a, 46.2.b y 46.2.c. (como requisito de procedibilidad), junto con la interpretación rendida por la Corte IDH en la Opinión Consultiva sobre las Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, serie A, núm. 11). Con respecto a la solicitud y reconocimiento de la condición de refugiado, la CIDH (2015) parte de los criterios necesarios del derecho de asilo que establecen: 1) la correlación del derecho de buscar y recibir asilo con la legislación interna de cada país donde se busca el mismo, y 2) el desarrollo de dicho derecho de acuerdo con los convenios internacionales, haciendo énfasis en el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 (p. 209, párr. 424). A partir del estudio de diversos casos, la CIDH (2015) establece como conclusión el deber, por parte de los Estados, de realizar

un examen adecuado e individualizado del estado de cada uno de los solicitantes, así como el concederles entrevistas que permitan estudiar la consolidación o no de los requisitos habilitantes para el reconocimiento de la condición de refugiado. (p. 211, párr. 428).

Frente a las garantías procesales, en el marco del procedimiento de solicitud de condición de refugiado, la CIDH (2015) establece un criterio amplio para la interpretación y aplicación del concepto del debido proceso, en el entendido que este no se debe limitar a la existencia de recursos judiciales, sino que debe estar presente en las instancias procesales, incluso, en los procedimientos referentes a la determinación del estatuto de refugiado y cualquier otro procedimiento que se adelante relacionado con la expulsión o deportación de una persona (p. 211, párr. 429). Así mismo, citando a la Corte en el estudio de las garantías contenidas en la Convención y en otros instrumentos internacionales correspondientes, se determinan seis obligaciones reiteradas previamente, las cuales son concretas para los Estados con el fin de garantizar el debido proceso en la materia, entre las cuales se encuentra la de garantizar al solicitante acceso a asesoría, representación legal y facilidades necesarias para el proceso, la presencia de una autoridad competente y objetiva que lleve a cabo el proceso y realice la entrevista personal, la necesidad de otorgar una decisión debidamente motivada y fundamentada, el principio de confidencialidad, el deber de brindar la información sobre cómo recurrir la decisión adoptada y establecer un plazo razonable para ello y, por último, el efecto suspensivo que debe tener el recurso de revisión o apelación (CIDH, 2015, pp. 212-214, párr. 432).

En el estudio más detallado de las garantías procesales, en el marco de procedimientos de deportación o extradición, se puede considerar de forma más clara el criterio de la CIDH frente al debido proceso y los múltiples obstáculos que impiden el ejercicio y goce de los derechos de los migrantes, barreras tanto de derecho como de hecho que ponen de manifiesto la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación en el debido proceso de los migrantes sin importar su situación regular o irregular (CIDH, 2015, p. 145, párr. 288).

De igual forma, se debe hacer énfasis en el derecho a recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para controvertir las decisiones, establecido dentro de las garantías mínimas del debido proceso migratorio, y por medio del cual los migrantes podrán recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. De esta forma, es pertinente mencionar

cómo la Comisión ha precisado que: "si bien muchas de estas garantías incorporan un lenguaje propio de los procesos penales, análogamente y debido a las consecuencias que pueden derivarse de los procesos migratorios, corresponde la aplicación estricta de dichas garantías" (CIDH, 2015, p. 151, párr. 305).

Este derecho, consagrado en el mencionado artículo 25 de la Convención, establece la garantía de acceder a recursos efectivos para la defensa de sus derechos, sobre el cual la Corte IDH en sentencia del 07 de septiembre de 2004 "Caso Tibí vs. Ecuador", precisó su contenido de la siguiente manera:

La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión (...) A pesar de que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida (párr. 130-131).

A su vez, la CIDH en Informe de Admisibilidad N° 27/93, Petición 11.092 Cheryl Monica Joseph (Canadá), del 6 de octubre de 1993 en el ámbito migratorio, estableció tras hacer un recuento normativo de la Ley Canadiense, que la peticionaria contaba con un procedimiento administrativo y además uno judicial donde podía controvertir y demostrar su estatus de refugiada, motivo por el cual se considera que contaba con recursos adecuados y efectivos. La CIDH en ese sentido concluye que: "de este modo, teniendo en cuenta el examen y discusión previos, la señora Joseph pudo haber utilizado los recursos internos disponibles a su favor en Canadá, invocándolos y agotándolos, esto es, presentando una solicitud de autorización para obtener la revisión judicial de las tres decisiones que se produjeron en su contra" (párr. 14).

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías al debido proceso consagradas por la Convención exigen que se garantice el acceso a una segunda instancia en el procedimiento para solicitar la condición de refugiado recurso que además debe ser sencillo, efectivo y rápido, sujeto a procedimientos administrativos indiferentes a la condición de regularidad o irregularidad migratoria. En este contexto, la existencia de la garantía de segunda instancia tiene origen jurisprudencial, reconocido por la misma Corte IDH, tal como se explica a continuación.

Citando entonces las garantías procesales contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, así como su desarrollo jurisprudencial dado a estas, los migrantes han de tener la posibilidad de valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. (CIDH, 2015, párr. 290). Esta previsión se ve reforzada para procedimientos que pueden resultar en la deportación de una persona, como el de la solicitud de condición de refugiado, pues al involucrar derechos fundamentales se exige la interpretación más amplia posible de debido proceso. (CIDH, 2015, párr. 301)

Aterrizando estos principios a la garantía de la segunda instancia se encuentra que, en primer lugar, la Comisión a partir de la revisión de otros informes temáticos sobre la materia, concluye que los procesos migratorios deben contar, entre otras, con la garantía de “recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos” (CIDH, 2015, párr. 320). Para que la posibilidad de recurrir la decisión sea eficaz en la garantía de los derechos, la decisión impugnada debe tener efectos suspensivos, particularmente para las órdenes de deportación o expulsión, pues el estar fuera del territorio del Estado, se convierte en un obstáculo de facto para el acceso a la justicia (CIDH, 2015, párr. 322).

Igualmente, en su fallo para el Caso de “Personas Dominicanas y Haitiana Expulsadas Vs. República Dominicana” la Corte IDH, señala que dentro de los procesos migratorios que puedan implicar la eventual deportación, la persona sometida debe contar con la garantía mínima en caso de decisión desfavorable, para someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin (CIDH, 2015, párr. 306).

Finalmente, en el Capítulo 11, el Informe detalla las garantías para los procesos que dan la condición de refugiado, señalando que: “si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concederle un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada” (CIDH, 2015, párr. 432, núm. 5). Volviendo a resaltar la importancia de que, en caso de impugnar la decisión, los efectos de esta deben ser suspensivos, permitiendo al solicitante que permanezca en el país hasta tanto la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (CIDH, 2015, párr. 432, núm. 6)

4. Imposibilidad del solicitante de refugio para realizar labores lucrativas, durante el término de estudio de la solicitud (Mínimo Vital / Trabajo)

Frente a la imposibilidad del solicitante de refugio de realizar labores lucrativas, es necesario señalar que todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica el riesgo de afectación de sus derechos básicos; sin embargo, en virtud al principio de la no discriminación, se debe evitar todo tipo de decisiones arbitrarias que puedan afectar los derechos del solicitante.

La vulnerabilidad de los trabajadores migratorios los coloca en una situación de desigualdad ante la Ley en cuanto al goce y ejercicio efectivo de estos derechos. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida esta en su sentido más amplio: "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada". Lo que llevaría a concluir que aunque los particulares no están obligados a contratar a migrantes indocumentados, si llegaren a contratarlos, se adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición, sin importar de su situación regular o irregular en el Estado de empleo.

Aunque exista la posibilidad de que los Estados otorguen un trato diferente a los migrantes en situación irregular, bajo ninguna circunstancia están facultados para tomar medidas discriminatorias en cuanto al goce y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Hay un nivel básico de protección aplicable tanto a los trabajadores documentados como a los indocumentados, algunos son el derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluyendo los beneficios de la seguridad social; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Cabe resaltar que, si se interpreta la legislación interna de los Estados parte de los instrumentos internacionales, afirmando alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral, basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Al respecto, Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-18 (2003) precisa que la calidad migratoria de una persona jamás puede ser una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos entre ellos los de carácter laboral (párr. 134). Aunque en un principio rectifica el derecho de los Estados y ciudadanos del país receptor

de no contratar a personas en situación migratoria irregular, aclara que, de formarse vínculo laboral, el migrante inmediatamente se vuelve titular de todos los derechos laborales reconocidos por el estado receptor. Por esto, en términos generales, se entiende que los Estados deben garantizar y velar por los derechos laborales de quien haya sido empleado ya sea que su situación migratoria sea regular o no (p. 65). Sin embargo, en el estudio observado no se hacen consideraciones sobre el mínimo vital de los solicitantes de refugio, más allá de su anotación como factor negativo de la migración (p. 13 y 17, párr. 8 y 17, sobre la “flexibilización y disminución de garantías y derechos laborales”), del análisis sumario sobre la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 1 de julio de 2003; p. 46, párr. 93-95) y las consideraciones sobre el debido proceso previamente expuestas.

En el texto de referencia no se hace mención alguna relativa al mínimo vital y las labores lucrativas por parte de los solicitantes de refugio. Sin embargo, cabe mencionar que la imposibilidad y dificultad de realizar labores lucrativas expone a los migrantes a más abusos y una mayor condición de vulnerabilidad, además de ser considerada como una situación generadora de violencias adicionales y discriminación que llega incluso a poner a los migrantes en mayor riesgo de ser víctimas de trata de personas y otras situaciones que vulneren sus derechos (Comisión IDH, 2015, pp. 14-23, párr. 8-33).

Las relaciones laborales entre trabajadores migrantes y empleadores, conciben la responsabilidad internacional del Estado, en virtud de que son ellos quienes deben velar porque se reconozcan y garanticen derechos laborales que cada ordenamiento jurídico establece, tanto en su normativa internacional como nacional. Los Estados tendrán responsabilidad cuando quiera que toleren acciones que perjudiquen o atenten contra el derecho al trabajo y en conexidad el mínimo vital de los migrantes, sea por desconocimiento de tales derechos o por actos discriminatorios.

Ahora bien, la Corte IDH, en sentencia del 31 de agosto de 2017 “Caso Lagos Del Campo Vs. Per”, determinó que es viable por primera vez exigir la protección de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagrados en el artículo 26 de la CADH. En este caso, la Corte acudió como criterio el artículo XIV de la Declaración Americana el cual dispone que: “[t]oda

persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]" y concluyó que tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que "la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales". Asimismo, el artículo 29.d de la CADH dispone expresamente que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza"

5. Conclusiones

Por supuesto los esfuerzos de los Estados por procurar el cumplimiento de las disposiciones internacionales, en materia de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados, obedecen al deber que, en el escenario internacional, les asiste. En este caso, observamos una serie de disposiciones que si bien buscaron en un primer momento conceptual acercarse al perfil del refugiado naturalmente concebido, su contenido a su vez consolida un contexto de desprotección.

El Estado colombiano requiere atender a las necesidades derivadas de una situación de riesgo y compromiso de la integridad de los refugiados que buscan en Colombia una posibilidad de seguridad y garantía de la vida. En ese sentido, se necesita tener consideraciones más aliadas a la realidad habitual de la población con este perfil migratorio en el país. Además, partiendo de una serie de restricciones que por acción o por omisión de la entidad comprometen diariamente las condiciones dignas de integración local de esta población, seriamente vulnerable.

Es así como mediante el estudio y análisis detallado de las diferentes posibilidades respecto a cargos de imputación para efectos de reclamar la nulidad del Decreto 1067, permite la creación de espacios académicos de discusión y pedagogía aplicada. Donde el equipo de estudiantes aporta, desde la creación del argumento principal, como la justificación en consideraciones legales mediante un proceso pedagógico de estudio colectivo.

Referencias

Arltazz F. (2015). El caso familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 85-94. ISSN: 0718-2058.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2018). *ACNUR: Los 100 puntos de Brasilia. Aportes de América Latina y el Caribe para el Pacto Mundial sobre Refugiados*, 20 de febrero de 2018. Disponible en esta dirección: <http://www.refworld.org/es/docid/5a9dc0f44.html> [Accesado el 15 de Septiembre de 2018]

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2014). "Declaración de Brasil: Un marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe". Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9867.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. Resolución 45/158. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Informe anual N°27/93. Caso 11.092. Decisión de la comisión respecto a la admisibilidad. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.iii.canada11.092.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40 rev. Disponible en: <http://www.cidh.org/Migrantes/Canad%C3%A1%20%282000%29.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctima de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos humanos. OEA/ OEA/Ser. L/V/II

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Informe de Fondo 136/11, Caso 12.474, Familia Pacheco Tineo (Bolivia), 31 de octubre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Personas situación de migración o refugio.

Corte IDH. *Caso tibi Vs. Ecuador (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas)*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004.

Corte IDH. (2003). *Opinión CONSULTIVA OC-18/03. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados*. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

Corte IDH. (2014). Opinión Consultiva OC-21/14, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República oriental del Uruguay,

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Disponible en: <http://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). "Adoptado por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México, Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrada en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984". Disponible en <http://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Decreto 1067 de 2015. (2015). "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores". 26 de mayo de 2015. DO: 49.523 de 2015.

Murillo, J. (2008). La protección internacional de los refugiados en el sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6098.pdf?view=1>

Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José" Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Depósito de Colombia en 1985, de junio 21. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Identificación y difusión de buenas prácticas judiciales en materia de tráfico ilícito de migrantes

Juan Camilo Restrepo Ordoñez¹⁷

Recibido: abril 12 de 2019 - Aprobado: julio 5 de 2019

Resumen

El tráfico ilícito de migrantes, como conducta delincencial de carácter transnacional, ha ameritado un especial análisis por parte de la comunidad internacional, con el objetivo de generar diagnósticos que permitan establecer mecanismos para su prevención, siendo necesario contar con objetos de estudio concretos que conlleven a los Estados, por medio de las diferentes instituciones públicas y privadas, a organizar sus sistemas jurídicos de acuerdo con ese objetivo común.

Por lo anterior, UNODC ha implementado SHERLOC, una herramienta web que, a manera de base de datos, facilita el acceso a información relacionada con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, siendo la Universidad de San Buenaventura en Cali, por la intervención de su Clínica Jurídica, un importante aliado en la construcción de la información objeto de estudio que nutre dicha plataforma. Esto mediante el análisis jurídico de casos, nacionales y extranjeros, relacionados con tráfico ilícito de migrantes, la cual es consignada en su base de datos jurisprudencial bajo el tópico de esta conducta delictual.

Palabras clave: Clínica jurídica, litigio de alto impacto, migración, tráfico ilícito de migrantes.

17 Estudiante de Derecho en la Universidad de San Buenaventura Cali. Miembro del Semillero de Investigación de la Clínica Jurídica USB Cali. Correo electrónico: crestrepo914@gmail.com

Abstract

The Illicit Trafficking of Migrants as criminal behavior of a transnational nature has merited a special analysis by the international community with the aim of generating diagnoses that allow to establish suitable mechanisms for their effective prevention being necessary to have concrete and simplified study object that allow States through different public and private institutions organize their legal systems according to that common goal.

Due to the above the UNODC has implemented Sherloc, a web-based tool that facilitates access to information related to the United Nations Conventions against transnational Organized Crime and its three Protocols, being the San Buenaventura Cali University, through its Legal Clinic, an important ally in the construction of the information objects of study that nurtures said platform, this through of the legal analysis of cases, national and foreign, related to Illicit Trafficking of Migrants which is consigned in its jurisprudential database under the topic of this criminal behavior.

Key words: Legal clinic, Strategic litigation, Migration, Trafficking in migrants.

Introducción

Las clínicas jurídicas de las facultades de derecho desarrollan un papel relevante en la formación profesional y humana de los futuros abogados en la medida que les permite, no solo adquirir conocimientos teóricos o conceptuales, sino también, saberes provenientes de la práctica derivada del litigio de alto impacto que busca, desde lo jurídico, atender las exigencias de la sociedad.

La Universidad de San Buenaventura Cali se ha caracterizado por su interés en la contribución para la transformación de la sociedad, con fundamento en los principios católicos y franciscanos que imparte en la formación de estudiantes. Es por ello que, desde su facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ha observado y se ha interesado por la implementación de una Clínica Jurídica que contribuya a la realización de esos dos objetivos: formación profesional (de abogados) y transformación social.

Ahora bien, atendiendo a los objetivos de la Universidad de San Buenaventura Cali en su funcionamiento como institución de educación superior, se abordará en este artículo una de las estrategias que ha desarrollado por medio de su Clínica Jurídica y que le ha permitido cumplir con los mismos. Es decir, cómo la Universidad

de San Buenaventura Cali, por medio de la formación legal clínica de sus estudiantes de derecho, en materia de tráfico ilícito de migrantes, está formando profesionales capaces de asumir posturas frente a esta situación que reviste gran relevancia social y política.

En este orden de ideas, se comenzará abordando, de manera general y sucinta, lo que constituye un tema central en este texto, es decir, la clínica jurídica como espacio de formación académica. Para ello se hará una breve referencia al realismo jurídico como marco teórico que soporta las posturas que se asumirán a lo largo del documento. Luego de esto, se indicarán las razones que han llevado a la Universidad de San Buenaventura en Cali a adoptar para sí una Clínica Jurídica y se describirá la estrategia que, en lo relativo a tráfico ilícito de migrantes, ha utilizado para la formación legal de sus estudiantes.

En desarrollo de la identificación y descripción detallada de la estrategia, que no es otra más que la contribución a la conformación de una base de datos jurisprudencial en el asunto tráfico ilícito de migrantes, se expondrán los conocimientos y habilidades que, sobre la misma, se han adquirido y que permiten que frente a ella se puedan asumir roles específicos desde el campo jurídico.

2. Las clínicas jurídicas como espacios de formación académica

Para comprender la existencia y propósitos de las clínicas jurídicas, y sin indagar de manera exhaustiva en ello por no ser del propósito de este texto, resulta necesario conocer la base que le da sustento, esto es, el realismo jurídico norteamericano. Esta corriente doctrinaria comienza a tener incidencia como escuela a partir de la década de los setenta en Estados Unidos y plantea una crítica a las escuelas tradicionales del derecho: *ius* naturalismo y positivismo jurídico (Campos, & Sepúlveda, 2013).

Según esta escuela, las realidades sociales mantienen un dinamismo más fluido que el derecho entendido de manera autónoma, por lo que este debe observar las particularidades de la sociedad a la que está destinado a servir y en esa medida ajustarse a ellas, pues de lo contrario sería un derecho ineficaz. Es por lo anterior que el realismo jurídico entiende que el derecho se encuentra verdaderamente en la practicidad más que en los formalismos (Campos, & Sepúlveda, 2013).

Las clínicas jurídicas, si bien aportan a la satisfacción de intereses públicos por cuanto se identifican, analizan y resuelven los problemas de índole común, es decir, de interés general, son creadas, principalmente, como espacios de formación académica que pretenden ir más allá en las metodologías tradicionales de enseñanza del derecho. Se apartan de la pedagogía basada en aspectos exclusivamente teóricos o bibliográficos, para dar paso a aspectos de carácter reflexivo frente al derecho vs realidades sociales y a la aplicación de los saberes jurídicos, en escenarios colectivos o sociales, para el beneficio general de las comunidades (Orozco, 2015).

Así, producto de esta corriente doctrinaria en los Estados Unidos, el profesor Jerome N. Frank propuso, por medio de un artículo denominado *¿Why Not a Clinical Lawyer-School?* Y publicado en 1933, la modalidad clínica como método de enseñanza en las facultades de derecho, la cual fue progresivamente implementada alrededor del mundo.

De acuerdo con Olásolo (2015) las clínicas jurídicas se constituyen como un espacio académico en el que los estudiantes pueden ampliar sus conocimientos en el ejercicio del derecho y desarrollar habilidades de aplicación de conceptos y/o teorías a situaciones reales cuyo análisis y tratamiento puede resultar tedioso.

Lo anterior se desarrolla con apoyo en el denominado litigio de alto impacto, que busca generar soluciones integrales para los diferentes problemas que aquejan a la sociedad, por medio de estrategias que, como ya se indicó, consisten en identificar e individualizar aquellos problemas desde una perspectiva socio jurídica y así, previo a su análisis y discusión, determinar cuál es la herramienta más idónea y eficaz, a la luz del derecho, para lograr una satisfacción completa frente a aquellas necesidades; solución que puede consistir en la salida final e inmediata del asunto, en la consolidación de bases para la solución de conflictos futuros, en la constitución de insumos para la elaboración de políticas públicas y, por supuesto, en la contribución a la educación y conciencia social frente al imperio del derecho (Correa, 2008).

En este orden de ideas, puede afirmarse que las clínicas jurídicas en las facultades de derecho, cumplen un doble propósito; por un lado, el desarrollo de una pedagogía alternativa que busca formar futuros abogados en competencias concretas como habilidades investigativas, trabajo en equipo con una visión interdisciplinaria, entre otras; y por el otro lado, la proyección social que se traduce en la satisfacción

de necesidades reales y de interés general que no podrían ser atendidas desde un enfoque netamente individualista del ejercicio del derecho.

La Universidad de San Buenaventura en Cali se ha consolidado como una institución de educación superior que, en desarrollo de sus objetivos en la formación sus profesionales, ha llevado a cabo una proyección social y una formación de sus estudiantes encaminada a la excelencia, por ende, siendo la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas un espacio que no se ha mantenido ajeno a los propósitos de la comunidad bonaaventuriana, ha implementado para sí una Clínica Jurídica con la cual pretende una mejor formación de los estudiantes de derecho bonaaventurianos, al tiempo que ofrece soluciones a diversas dificultades que aquejan a la comunidad en un contexto real (Silva, 2015).

La clínica jurídica de la Universidad de San Buenaventura de Cali ha tomado un enfoque investigativo constituyéndose como semillero en el que se han identificado, analizado y zanjado diversas situaciones que han aquejado al contexto territorial en el que se encuentra. Así, se han resuelto favorablemente litigios en torno a ocupaciones indebidas del espacio público, afectaciones al medio ambiente, interposición o ejercicio de mecanismos de participación ciudadana ante estrados judiciales, al igual que se ha analizado la correcta utilización de algunos de ellos en cooperación con organizaciones no gubernamentales como la Misión de Observación Electoral – MOE.

Además, la Clínica Jurídica de la USB Cali se ha destacado por su participación en procesos de formación, sensibilización, investigación y análisis de problemáticas más generales que desbordan los límites territoriales del contexto comunitario en el que se encuentra, el municipio de Santiago de Cali e, incluso, los límites del territorio colombiano por cuanto se trata de asuntos que afectan a todas las comunidades sin importar las delimitaciones fronterizas.

Aquellas problemáticas a las que se hace referencia son las que giran en torno a la delincuencia organizada transnacional, en particular la trata de personas en todas sus modalidades y el tráfico ilícito de migrantes que cada día cobran un sinnúmero de víctimas.

En lo relacionado con el tráfico ilícito de migrantes, tema central de este artículo, la Clínica Jurídica de la USB Cali ha venido trabajando de manera articulada con la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito – UNODC, la cual para el efecto ha operado a desde el Área de Prevención del Delito y Fortalecimiento de la

Justicia – PROJUS, encargada de brindar asistencia legal a los Estados para fortalecer las instituciones de justicia. Tal trabajo articulado ha consistido en actividades encaminadas a luchar contra flagelo de la migración irregular, contribuyendo así a atender el fenómeno migratorio, desde la óptica del derecho colombiano y desde la óptica del Derecho Internacional Público.

SHERLOC: una propuesta para el intercambio de recursos electrónicos y legislación sobre delincuencia. *Sharing Electronic Resources and Laws on Crime*, SHERLOC (por sus siglas en inglés), de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito – UNODC, es un portal web de gestión del conocimiento que, a manera de base de datos, busca promover el intercambio de saberes e información acerca de la implementación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres Protocolos. Para ello acoge tres bases de datos en materia de jurisprudencia, legislación y reseñas bibliográficas que, tras su consulta en el portal por parte de los actores que, directa o indirectamente, influyen en cada Estado, permiten la formulación y adopción de políticas públicas, leyes y actuaciones judiciales transnacional.

La sección de base de datos de jurisprudencia, que es la que para efectos de este documento interesa, permite a los usuarios de la plataforma conocer el tratamiento que los Estados miembros de la convención dan a los casos de delincuencia organizada transnacional, contándose para ello con registros escritos sobre las operaciones que, en materia de delincuencia organizada transnacional, han sido llevadas a cabo de manera exitosa por parte de las autoridades competentes en cada Estado.

La clasificación de los casos en la sección de jurisprudencia, y por ende también su búsqueda en el portal, atiende a cada modalidad delictiva en materia de delincuencia organizada transnacional. Así, por ejemplo, es posible filtrar la búsqueda dependiendo de si se quiere indagar en casos de piratería, trata de personas, delitos contra la flora y fauna, tráfico ilícito de migrantes, etc.

Para la construcción de la base de datos jurisprudencial, es decir, para la identificación de casos potencialmente relevantes para la plataforma, para su análisis y resumen y para la actualización de los casos existentes a fin de reflejar las decisiones subsiguientes de instancias superiores, UNODC requiere en gran medida de una red de contribuyentes, que pueden consistir en representantes oficiales de los Estados miembros de la Convención, organizaciones no gubernamentales, bufetes de a

bogados, profesionales individuales y Universidades; siendo aquí donde la Universidad de San Buenaventura Cali, desde su Clínica Jurídica, desempeña un importante papel toda vez que, a partir del año 2017, se ha vinculado a la red de contribuyentes de casos de tráfico ilícito de migrantes para la plataforma SHERLOC.

Conforme a lo anterior, la Clínica Jurídica de la USB Cali, en su participación como contribuyente, ha coadyuvado para promover el intercambio de conocimientos sobre el tráfico ilícito de migrantes, apoyando el análisis sobre las características y judicialización de esta figura delictiva, tanto en el Estado colombiano como en Estados de la región latinoamericana, posibilitando la identificación de modelos de mejores prácticas que pueden servir para mejorar la eficacia de los esfuerzos nacionales e internacionales que buscan prevenirla y erradicarla.

2. Concepto: tráfico ilícito de migrantes

Habiendo ya señalado cuál es la función que ha venido desarrollando la Clínica Jurídica de la Universidad San Buenaventura Cali frente al fenómeno migratorio irregular, se dará paso a la descripción detallada del ejercicio que ha ameritado dicha función, mostrando así la forma en que se ha contribuido en la formación legal de los estudiantes en lo relacionado con el tráfico ilícito de migrantes. No obstante, previo a abordar tal descripción, resulta pertinente conceptualizar el tema sobre el que se cimenta todo lo contenido en este documento, es decir, el tráfico ilícito de migrantes, con el fin de contextualizar y crear una mejor comprensión frente a lo que se ha dicho hasta aquí y frente a los contenidos siguientes.

Para obviar la discusión teórica acerca de cómo debe entenderse tal figura, nos acogemos a la postura global que, frente a ella, ha definido Naciones Unidas en su Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, en particular, el "Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire" que la complementa y el cual dispone que la legislación interna de cada Estado parte debe ajustarse, tipificando el Tráfico Ilícito de Migrantes como conducta carácter penal y cuya redacción debe atender a las pautas en él señaladas al realizar la descripción de la misma.

En este orden de ideas, el referido protocolo, en su artículo tercero, describe y define el tráfico ilícito de migrantes como: "(...) la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente

permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material" (artículo 3).

Además de lo anterior, el Protocolo en su artículo 6, literal c) indica que en la adopción del tipo penal debe tenerse también como conducta reprochable: "La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado (...)" (artículo 6, literal c).

3. Dimensión legal, convencional y judicial del fenómeno en Colombia

El desarrollo de la función encomendada a la Clínica Jurídica de la Universidad San Buenaventura Cali, como miembro de la red de contribuyentes de casos de *tráfico ilícito de migrantes* para la plataforma SHERLOC de UNODC, implicó la necesidad de realizar de una indagación previa y profunda sobre el tema central por parte de sus estudiantes, la cual fue llevada a cabo de manera individual y con el acompañamiento técnico de quien ha ejercido la coordinación de este espacio académico. Así, en dicho ejercicio investigativo se tuvo como referente principal al Estado colombiano por cuanto varios de los casos a analizar provenían de fallos dictados por autoridades judiciales colombianas. En esa medida, se indagó sobre la situación legal, convencional y judicial en la que se encuentra Colombia frente al tráfico ilícito de migrantes y conforme a ello se obtuvieron resultados precisos que serán abordados someramente en las líneas siguientes.

3.1 Dimensión legal y convencional

Colombia reconoce que el fenómeno migratorio en general, y el *tráfico ilícito de migrantes*, en particular, revisten gran relevancia y por ende especial análisis y tratamiento por parte de los Estados del mundo. Nuestro país ha acoplado su normatividad interna conforme a los lineamientos internacionales dirigidos a combatir esta conducta, en pro de integrarse a la cooperación internacional que se requiere para el tratamiento de situaciones que no atienden a delimitaciones fronterizas.

Así, la Constitución Política de Colombia recoge diversas disposiciones que, directa o indirectamente, tienen relación con la lucha global en contra de los fenómenos migratorios de carácter irregular, comenzando desde su artículo primero en el cual se

profesa el respeto por la dignidad humana como principio fundante del Estado colombiano, quien en virtud de tal mandato debe articularse en oposición a las conductas según las cuales el ser humano es tratado de manera instrumental, en calidad de objeto, situación propia del tráfico ilícito de migrantes. Y pasando también por otras disposiciones de su composición, subsiguientes al artículo primero, en las cuales se incluye postulados como el derecho a la libertad y la igualdad, la prohibición de la esclavitud y la trata de seres humanos en todas sus formas, entre otros elementos que se mantienen cercanos a esta conducta.

Igualmente, siguiendo la línea de su intención en contribuir en la lucha contra fenómenos delictuales de carácter transnacional, Colombia se ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la cual fue aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 800 del 2003, misma que impone al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en ella en virtud del principio de *Pacta Sunt Servanda*, el cual podría tenerse también como referente respecto de los motivos que han llevado al Estado colombiano a no adherirse al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la convención, pues implicaría cumplir de manera imperativa todos y cada una de los compromisos que contiene, siendo ello de poco interés para el Estado por cuanto implica erogaciones económicas que, posiblemente, no tiene a disposición. No obstante aquello, el Estado colombiano ha desarrollado en su legislación interna parámetros que se acoplan al contenido del Protocolo en materia de enjuiciamiento e investigación de la conducta, v. gr. la penalización de dicho fenómeno dada la tipificación de la conducta y la integración en el tipo penal de los diferentes verbos rectores, elemento subjetivo y penas que el Protocolo señala, no siendo así respecto de la protección y asistencia que en aquel se indica para los individuos objeto de tráfico (UNODC Colombia, 2013).

De acuerdo con lo anterior, queda en evidencia que Colombia ha dispuesto de su facultad legislativa y ha modificado su normatividad jurídica interna con el fin de orientarla a combatir el tráfico ilícito de migrantes, adoptando tipos penales como el consagrado en el artículo 188 del Código Penal y la Ley 747 de 2002 que lo modificó e introdujo algunas reformas adicionales en la materia; normas cuyo contenido atiende y va más allá de la descripción ofrecida por el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire en su artículo 3, siendo posible concluir, de manera

definitiva, que el Estado colombiano, si bien no se acogió formalmente al Protocolo, sí ha desplegado acciones tendientes a luchar en contra de la figura de Tráfico Ilícito de Migrantes y tendientes a acogerse a la concepción global que se tiene respecto de la misma y que, como ya se ha dicho, viene dada por el referido Protocolo.

Además de lo anterior, efectuándose una indagación sobre la situación geográfica y socioeconómica de Colombia frente al tráfico ilícito de migrantes, se cuenta con que, según el Conpes 3603 del 2009, en materia de esta figura delictiva, Colombia se entiende como un país de origen y tránsito para los migrantes irregulares, más que como un país de destino, pues sus condiciones socioeconómicas resultan poco atractivas para los migrantes y para las organizaciones delincuenciales dedicadas a esta actividad, viendo a Colombia solo como un potencial mercado de personas interesadas en encontrar mejores oportunidades en el extranjero, en relación con la calidad de vida, el acceso al mercado laboral, el acceso a mecanismos de protección social, etc.; y además, viéndola como un lugar estratégico para el tránsito de individuos hacia países del sector norte y sur del continente americano en razón a su ubicación geográfica.

3.2 Dimensión judicial

Frente a la dimensión judicial del delito de *tráfico ilícito de migrantes* se indagó en los datos e información ofrecida por UNODC en virtud de acuerdo de cooperación con la Comunidad Europea y en cooperación con Migración Colombia, la cual se encuentra soportada por la Fiscalía General de la Nación y por las bases de datos del Sistema Penal Oral Acusatorio - SPOA. Es de anotar que tal información, sobre la cual se hará referencia, corresponde únicamente al período comprendido entre el año 2005 y el año 2012.

De acuerdo al análisis estadístico efectuado por UNODC en la materia, se obtuvo que en el período antes indicado se presentaron en Colombia 325 casos de tráfico ilícito de migrantes, de los cuales el setenta por ciento (70%) ha quedado represado en la etapa de indagación, y siendo considerablemente bajo el número de casos que ha llegado a las etapas de investigación y juicio, los cuales, en su gran mayoría, han sido resueltos mediante acuerdos y negociaciones entre el ente acusador y los involucrados en la comisión del delito dando lugar a una terminación anormal o anticipada del proceso pero que en últimas termina imponiendo una condena para la mayoría de los

casos. Esto ha impedido que se pueda efectuar un análisis del éxito que podría tener el ente fiscal en sus actuaciones en juicio (UNODC Colombia, 2013).

También se observa que a pesar de que la ley penal resulta acorde con lo fijado por el Protocolo en relación con las penas, en la práctica judicial ello no es del todo así en razón a las figuras de preacuerdo o negociación que imperan en estos casos, y que implican la cooperación del individuo acusado con el ente acusador, dan lugar a que se formule un beneficio traducido en rebajas de condena, que terminan siendo considerablemente bajas en comparación con los parámetros internacionales que exigen para estas conductas penas más severas. Así mismo se observa que el tratamiento brindado a las víctimas del delito no se encuentra ajustado a lo exigido por los estándares internacionales, en la medida que, por ejemplo, no se les otorga una reparación patrimonial (UNODC Colombia, 2013).

4. Red de contribuyentes: análisis de casos

Habiéndose recopilado y comprendido la información anterior, se procedió a efectuar el análisis de los casos colombianos asignados por UNODC a la Clínica Jurídica de la Universidad San Buenaventura Cali. Para ello fue necesario realizar una lectura crítica de las sentencias entregadas y realizar un desglose de las mismas, diligenciando la plantilla que, para el efecto, proporciona UNODC y que es cargada en la base de datos jurisprudencial de la plataforma SHERLOC. Dicha plantilla alberga información relacionada con el delito cometido, los hechos materiales del caso, la presencia de asuntos transversales, los procedimientos legales, información sobre las víctimas y sus situaciones como migrantes, incluyendo la protección y asistencia que estas hayan recibido, al igual que información sobre el acusado.

Finalmente, y no menos importante, se requiere del diligenciamiento de un comentario en el que se proporcione un análisis profundo acerca de los aspectos más interesantes y problemáticos del caso, poniendo en práctica los conocimientos previamente adquiridos. Así por ejemplo, puede ahondarse en cuestiones procesales de prueba, de sentencia y de interpretación técnica o cualquier otro aspecto que proporcione a los lectores una idea de lo que constituye el tráfico de migrantes en un contexto particular.

Con el fin de ilustrar el ejercicio realizado por parte de la Clínica Jurídica de la Universidad San Buenaventura Cali, en apoyo a la construcción de una base de datos universal, mediante el análisis de los casos, y con el fin de demostrar cómo con este ejercicio clínico se ha influido en la formación legal, que permite a los estudiantes asumir una postura frente al tráfico ilícito de migrantes, se transcribirán a continuación, haciendo claridad que por consideraciones prácticas, solo se tratará de algunos apartes de las plantillas que contienen tres casos del total de los analizados:

Caso UNO

IDENTIFICADOR DE CASO / Clasificación	
Identificador de caso (UNODC completa)	
(Oficial) Nombre / título del caso	2010-00016
Jurisdicción	Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento
Última actualización	19 Noviembre 2015
Autor	UNODC Colombia / Universidad de San Buenaventura Cali
HECHOS	
Fecha(s) de la infracción	Desde: 11 Febrero 2009 Hasta: 17 Julio 2010
Hechos	Manifiesta el señor Carlos Eduardo Castro haber sido abordado, en la parte externa de la Embajada de los Estados Unidos en Colombia, por el señor Oscar Riveros Rodríguez quien fungía como agente de policía diplomático en dicha entidad y quien le ofreció ayuda con la obtención de la visa estadounidense para su esposa e hija a quienes momentos antes les había sido negada. Lo anterior a cambio de una suma de dinero. En virtud de tal ofrecimiento y posterior a lo anterior, el señor Castro y el señor Riveros (procesado) se contactaron por vía telefónica en tres ocasiones en las cuales Riveros conectó al señor Castro con quienes lideraban la organización criminal y desarrollaban las actividades pertinentes dirigidas

HECHOS	
Hechos	a lograr la obtención irregular de la visa estadounidense a personas que no cumplían con el lleno de los requisitos para ello. Gracias a la pronta y oportuna denuncia del señor Carlos, el ente investigador logró dismantelar e identificar los miembros de la organización criminal dedicada al tráfico de migrantes con los cuales el señor Castro había tenido contacto por conducto del procesado, consiguiéndose así la declaración de responsabilidad penal de éstos. No obstante, en lo referente al acusado no se logró determinar, con elementos materiales probatorios, su efectiva participación en el hecho punible, pues el único elemento que fundamentaba su participación era la denuncia instaurada por el señor Castro en su contra por lo que fue absuelto de los cargos que le fueron formulados.
Descripción del procedimiento	Se instaura denuncia con la cual se abre investigación por presunta existencia de organización criminal dedicada al tráfico de migrantes. Se desarrollan diferentes técnicas especiales de investigación, como interceptaciones telefónicas y agente encubierto por parte del denunciante, que permiten determinar el efectivo desarrollo de actividades delictivas por parte de los integrantes de una organización criminal dedicada a la facilitación de obtención de la visa estadounidense de manera irregular para personas cuyas situaciones impedían la obtención de este documento de forma legal. El 23 de julio de 2010 se adelanta diligencia de allanamiento del inmueble que permite incautar algunos elementos (no especificados en el texto del fallo) y la captura del procesado quien se declara inocente en la respectiva audiencia de imputación. Como resultado de las labores de investigación, se produce la captura y condena, mediante la figura de preacuerdo, de uno de los integrantes de esta organización delictiva y de otro que al momento del fallo se encontraba prófugo de la justicia. Sin embargo, no obstante, la utilización de técnicas especiales de investigación, no se logra vincular al acusado con la organización criminal dismantelada y por lo tanto se declara su absolución de los cargos que le fueron formulados.

COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	El tipo penal Tráfico de Migrantes en la legislación colombiana se reviste de especiales características que hacen de este un delito complejo en cuanto a sus elementos integradores, pues por la amplia variedad de conductas que conllevan a la consumación del mismo, su carácter abstracto y su particular elemento subjetivo, su determinación, en casos particulares, resulta una tarea ardua para los entes investigadores, acusadores, defensores y/o judiciales. Aquello no es ajeno a la sentencia que se presenta, pues el operador jurídico se encarga de plasmar en ella una explicación sucinta de los elementos de este delito, haciendo de esta providencia una herramienta de apoyo académico o práctico, si se quiere, cuyo análisis puede resultar relevante en la determinación e interpretación de casos particulares. Se recalca la importancia que reviste el derecho probatorio dentro de cualquier proceso judicial, pues el debate probatorio puede conllevar a una decisión adversa al interés que se tenga, en este caso, la del ente fiscal quien a consideración del operador jurídico no aportó elementos materiales probatorios suficientes que conlleven a un conocimiento, más allá de toda duda, sobre la responsabilidad penal o efectiva participación del procesado en los hechos punibles presentados en la acusación, situación ésta que guarda relación con la ya mencionada difícil labor que supone este delito en la determinación de casos particulares la cual exige especial cuidado por parte de quienes ejercen el derecho entorno a esta figura. En ese sentido existe una debilidad a juicio del juez en el material probatorio que se lleva a juicio especialmente porque no existe ninguna prueba reina que vincule al procesado más allá de meros señalamientos sobre su vinculación a la red de tráfico ilícito de migrantes. Concluye que no es posible que una acusación prospere por simples conjeturas y señalamientos que no se sustenten de manera suficiente y más allá de toda duda razonable.

Caso DOS

IDENTIFICADOR DE CASO / Clasificación	
Identificador de caso (UNODC completa)	
(Oficial) Nombre / título del caso	26597
Jurisdicción	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal
Última actualización	24 Octubre de 2007
Autor	UNODC Colombia - Universidad de San Buenaventura Cali
HECHOS	
Fecha(s) de la infracción	Desde: 23 junio de 2004 Hasta: 23 junio de 2004
Hechos	Se encontró demostrado que el día 23 de junio de 2004 el vicecónsul de Colombia en Puerto Obaldía, Panamá, expidió de manera irregular 22 visas de turismo a igual número de ciudadanos chinos, quienes nunca residieron en dicho país y por ende nunca se presentaron a entrevista previa, la cual es requisito indispensable para la obtención de dicho documento. Además, como soporte de las visas fueron utilizadas cédulas y certificaciones bancarias falsas. El procesado actuó a solicitud de un intermediario líder de la red criminal de tráfico.
Descripción del procedimiento	El procesado no aceptó el cargo imputado, por lo que en su lugar la defensa formuló diversos argumentos tendientes a evitar la condena, y los cuales que fueron desestimados por la Corte en la sentencia con base en el material probatorio aportado por el ente acusador.
COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	En la resolución de acusación emitida por el Fiscal General de la Nación en el proceso 26597 del 2007, tramitado ante la Corte Suprema de Justicia y seguido en contra del Vicecónsul colombiano en Puerto Obaldía, Panamá, se acusó al mencionado servidor de ser autor del delito de tráfico ilícito de migrantes bajo los verbos rectores de “facilitar y colaborar” que se encuentran consagrados en el artículo 188 de la Ley 599

COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	del 2000, en la medida en que expidió 22 visas a nacionales chinos sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello. Como fundamento de la acusación, el Fiscal abocó al elemento subjetivo del tipo, consistente en el ánimo de lucro, es decir, de obtener algún provecho financiero o material para sí o para un tercero, señalando que se configuraba este último (para un tercero) en la medida que los 22 receptores de las visas falsas se veían beneficiados con ellas por cuanto les era viable así ingresar al territorio colombiano. Sin embargo se discrepa de aquel análisis del elemento subjetivo del tipo en el caso concreto efectuado por el ente acusador y se corrobora tal discrepancia con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia, pues si bien es cierto que un tercero pudo verse beneficiado con el actuar del acusado no debe observarse a ese tercero como el mismo individuo que es objeto del delito de tráfico ilícito de migrantes, pues aquello conllevaría a considerar a éstos también como autores del ilícito cuando ni la norma interna ni las normas de carácter internacional los consideran como tal, que como ya se dijo, conforman su objeto. En Colombia este delito se considera pluriofensivo, pues atenta contra la soberanía del Estado y contra la autonomía y libertad del individuo traficado, y se le otorga prevalencia a este último por cuanto en la codificación penal interna se ubica al tipo en el acápite que trata sobre dicho bien. En relación con lo indicado en el párrafo anterior es de resaltar que dicho bien se puede ver afectado de formas que quizás, a simple vista, son imperceptibles; por ejemplo, desde la búsqueda que las redes de tráfico efectúan para captar potenciales migrantes, se produce una cosificación del ser humano, lo cual, de manera directa, repercute en desfavor de la dignidad humana, menoscabándose así la autonomía y libertad de los individuos. La Corte discute sobre el argumento de la defensa acerca de la aplicación del principio de favorabilidad frente a las normas

COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	penales en blanco cuando la norma extra-penal ha sido modificada. Realizado un análisis profundo de la norma extrapenal que complementa el delito de tráfico en lo que se refiere a "las exigencias legales para ingresar al país" es posible llegar a la conclusión que la conducta sí fue típica por cuanto la modificación de las normas extrapenales en nada afectan el núcleo esencial del tipo penal y mantiene su carácter preventivo en determinados momentos con consideraciones específicas.

Caso TRES

IDENTIFICADOR DE CASO / Clasificación	
Identificador de caso (UNODC completa)	
(Oficial) Nombre / título del caso	201400224
Jurisdicción	Juzgado Cien cuenta y Cinco Penal del Circuito con Función de conocimiento de Bogotá
Última actualización	28 Septiembre 2017
Autor	UNODC Colombia / Universidad de San Buenaventura Cali
HECHOS	
Fecha(s) de la infracción	Desde: Agosto 2014 Hasta: Noviembre 2015
Hechos	En virtud de la indagación adelantada por el ente investigador en Colombia, se logró determinar la existencia de una organización criminal en la ciudad de Bogotá dedicada a promover la salida irregular de colombianos hacia los Estados Unidos y la Unión Europea a cambio de un beneficio económico. Tal actividad se desarrollaba suministrando documentos de información personal y de viaje falsos a los migrantes, con el fin de que éstos pudieran acceder a visas sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello y, posterior a esto, viajar e ingresar a los territorios en mención.

HECHOS	
Hechos	Se tiene entonces que el sentenciado, como parte fundamental de dicha organización, facilitaba y promovía dicha actividad delictiva, para lo cual se encargaba del suministro de aquellos documentos en los cuales daba cuenta que sus clientes se encontraban vinculados a una empresa, aparentemente ficticia, de la cual él era dueño, y que se disponían a viajar con el fin de recibir capacitaciones o participar en festivales temáticos relacionados con el objeto de la empresa.
Descripción del procedimiento	Se instaura proceso penal en contra de Jairo Hernando Morales en el cual desarrolla una causal de terminación anticipada del mismo, conocida en Colombia bajo la denominación de "Preacuerdo", en virtud de la cual, bajo oferta del ente acusador, el sentenciado se declara culpable de los ilícitos que le son atribuidos a cambio de un beneficio en la pena. En el caso concreto dicho beneficio consistió en la degradación de las conductas de autor a cómplice en los delitos de tráfico de migrantes y concierto para delinquir, y en la degradación de la conducta de autor a determinador en los delitos de falsedad material en documento público y falsedad en documento privado, degradaciones estas que se ven materialmente reflejadas en la dosificación de la pena.
Resultado	Sentencia condenatoria
COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	No se establece una descripción detallada de los hechos que dieron lugar a la determinación del acusado como sujeto activo en la comisión del delito de tráfico de migrantes y los demás delitos conexos, ni se desarrolla una minuciosa exposición de los elementos materiales probatorios que sirvieron de soporte a la acusación del ente fiscal; solo se hace una descripción general de algunos de los más relevantes, pues debe partirse desde la credibilidad que suponen las declaraciones del operador jurídico en la sentencia cuando, en virtud de un preacuerdo celebrado entre el ente acusador y el procesado, afirma la existencia de elementos que dan

COMENTARIOS / VARIOS	
Comentarios y Análisis	muestra de la efectiva participación del sentenciado en los hechos delictivos que se le atribuyen, pues para la aceptación de la figura jurídica de preacuerdo en Colombia se hace necesario, como requisito, entre muchos otros, que en el proceso obren pruebas que conlleven a formar en el juez una inferencia razonable acerca de la participación del implicado en los hechos que se le imputan. En razón a lo anterior, se resalta la labor descriptiva que realiza el juzgador sobre esta forma de terminación anticipada del proceso penal en Colombia, la cual consiste en una aceptación de cargos por parte del acusado a cambio de beneficios en la imposición de la pena. En desarrollo de dicha descripción el juez, además de señalar sus presupuestos, indica las consecuencias que el mismo acarrea, haciendo de la providencia judicial una herramienta de uso práctico para la solución de situaciones análogas, es decir, se muestra un claro ejemplo de cómo las sentencias constituyen fuente del derecho para efectos prácticos e incluso teóricos o académicos. En virtud del preacuerdo y para efectos de la dosificación punitiva, se toma el delito de tráfico de migrantes por ser el de mayor gravedad punitiva dentro de los delitos endilgados. Sobre el beneficio de prisión domiciliaria, aunque cumple el requisito de la pena mínima, el delito de tráfico de migrantes se encuentra contemplado como un delito exento de dicho beneficio, además de ser considerados delitos que por su gravedad no ameritan un tratamiento bajo ese beneficio.

Conclusión

El fenómeno migratorio constituye una cuestión de relevancia política que requiere de un actuar por parte de los Estados, por la gestión de sus instituciones públicas y privadas, y de la cooperación entre ellos, con el fin de regularizarlo, así evitar las afectaciones negativas que trae consigo y que impactan en lo económico, lo social y, en particular, en los derechos humanos de los individuos que migran y que, en muchos

casos, son utilizados como objeto por parte de organizaciones delincuenciales que aprovechan sus dificultades o limitaciones para migrar, ofreciéndoles facilidades para ello en la medida que ven en tal fenómeno social un lucrativo negocio.

Según lo anterior, la Clínica Jurídica de la Universidad San Buenaventura Cali, constituida como institución con amplia proyección social, ha contribuido en la elaboración de herramientas que permiten generar cambios en las políticas de los Estados del mundo en relación con los fenómenos migratorios. Igualmente, ha desempeñado un rol importante en la formación legal de sus estudiantes como futuros abogados capaces de entender realidades desde la óptica del derecho, al igual que asumir posturas críticas y roles frente a una circunstancia de relevancia política como lo es el fenómeno de la migración irregular, que amerita por parte de los profesionales en el derecho, soluciones jurídicas que lo aborden de manera integral. Tal formación en el ámbito del tráfico ilícito de migrantes viene dada por la metodología práctica que impone la Clínica a sus estudiantes y que, en el caso particular, ha consistido en el análisis jurídico de casos reales, análisis que se desarrolla aplicando conceptos previamente adquiridos y formulando posiciones diferentes a las plasmadas en cada caso o apoyando a las misma siempre con un sustento jurídico.

Referencias

Campos, L., & Sepúlveda, B. (2013). El Realismo Jurídico Norteamericano: Escuela del Derecho. Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1

Conpes 3603 de 24 de agosto de 2009.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo (Italia) el 15 de noviembre de 2000, adoptada en Colombia por la Ley 800 de 2003.

Correa, L. (2008) Litigio de Alto Impacto: Estrategias Alternativas para Enseñar y Ejercer el Derecho. Opinión Jurídica. 7(14), 149 – 162.

Jerome N. Frank. (1933). "Why Not a Clinical Lawyer-School?" Faculty Scholarship Series. Paper 4109. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4109

Migración Colombia, UNODC & Unión Europea. (2013) Dimensión del delito de tráfico ilícito de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales. Recuperado de: http://migracioncolombia.gov.co/phocadownload/Investigacion_trafico_migrantes.pdf

Olasolo, H. (2015). Introducción al derecho internacional penal. Recuperado de: http://recursosdigitales.usb.edu.co:2087/#WW/vid/648691325/graphical_version

Orozco, J. (2015). La dimensión pedagógica del modelo clínico-jurídico. El caso de la Clínica Socio-jurídica de la Universidad de Caldas. *Opinión Jurídica*. (27), 193–210. Recuperado de: http://recursosdigitales.usb.edu.co:2087/#WW/search/*/clinica+juridica/WW/vid/646314233/graphical_version

Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Silva, A. (2015, 7 de julio). Clínicas jurídicas, espacios para mejorar la formación en Derecho. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/clinicas-juridicas-espacios-para-mejorar-la-formacion-en-derecho>

El litigio estratégico de cara a los nuevos desafíos jurídicos de la migración

The strategic litigation facing new legal challenges of migration

Valentina Carvajal Henao¹⁸, Natalia Rodríguez Álvarez¹⁹, Luisa Fernanda Villarraga Zschommler²⁰

Recibido: marzo 28 de 2019 - Aprobado: mayo 10 de 2019

Resumen

El Sistema Nacional de Migraciones en Colombia, regulado en la Ley 1465 de 2011, contiene sendas inconsistencias en materia de Derechos Humanos. A pesar de haber sido declarada exequible por la Corte Constitucional, esta ley carece de un verdadero enfoque de salvaguarda de dichos derechos. Siendo así, no resultan sorpresivas las dificultades por las que atraviesa la población migrante al momento de buscar la protección idónea de sus necesidades básicas. En el marco de esta situación, el litigio estratégico –con sus múltiples posibilidades jurídicas, políticas, de medios, logísticas– y las clínicas jurídicas se erigen como herramientas precisas de incidencia social, independientes de influencias políticas para resolver someramente el problema aquí planteado.

Este texto analizará los puntos específicos de los que adolece la norma antes mencionada y en un segundo momento, esbozará los aportes con los que el litigio estratégico

18 Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. IX Semestre. Miembro del Grupo de Acciones Públicas. Correo electrónico: valentina.carvajal@urosario.edu.co

19 Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. IX Semestre. Miembro del Grupo de Acciones Públicas. Correo electrónico: natalia.rodriguezo@urosario.edu.co

20 Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. IX Semestre. Miembro del Grupo de Acciones Públicas. Correo electrónico: luisa.villarraga@urosario.edu.co

y las clínicas jurídicas pueden contribuir. Así pues, en el presente contexto jurídico, político y social colombiano, se realizará un análisis crítico de la legislación y la jurisprudencia actual, resaltando las novedosas soluciones con las que el litigio estratégico y las clínicas jurídicas se presentan de cara a los desafíos migratorios en un mundo altamente globalizado.

Palabras clave: Migraciones; deficiencias normativas; clínicas jurídicas; litigio estratégico.

Abstract

The National Migration System of Colombia, regulated by the Law 1465 of 2011, contains several inconsistencies in the matter of Human Rights. Despite having been declared constitutional by the Constitutional Court, this law lacks a true approach to safeguarding Human Rights. This being so, it is not surprising that migrant population suffers from several difficulties when seeking adequate protection of their basic needs.

Within the framework of this situation, the strategic litigation - with its multiple legal, political, media and logistic strategies - and the Legal Clinics are established as precise tools of social impact, acting independently of political influences to briefly solve the problem described here.

The present paper, at first, will analyze some specific and weak points of the aforementioned law, and in a second moment, it will outline the contributions of the strategic litigation and the Legal Clinics in these circumstances.

Thus, in the present Colombian legal, political and social context, a critical analysis of the current legislation and jurisprudence will be carried out, highlighting new solutions in which the strategic litigation and the Legal Clinics are presented in face of the migratory challenges in a highly globalized world.

Key words: Migrations; regulatory failure; legal clinics; strategic litigation.

Introducción

Cuando le preguntaron de dónde venía, respondió: «soy ciudadano del mundo».

Diógenes Laercio, Vida de Diógenes El Cínico

Como lo afirma Martha Nussbaum en *Los límites del patriotismo*, cuando Diógenes respondió "soy ciudadano del mundo", se definió a sí mismo a partir de unas aspiraciones y unas preocupaciones de carácter universal, de una comunidad de la que emanan los valores morales más básicos como la justicia, valores que deben ser garantizados a todos, sin consideraciones patriotas o nacionales (Nussbaum, 2013).

Así, la aspiración de universalidad de los Derechos Humanos se debe materializar en fenómenos como los de la migración. El siglo XXI está marcado por una serie de movimientos migratorios forzados: no solo América Latina está viviendo el flujo migratorio más grande de su historia con los venezolanos, sino que al otro lado del mundo, la Comunidad Europea maneja flujos altos de migración provenientes de África y Asia. Las razones primordiales de estos movimientos se pueden enmarcar en problemas económicos, políticos, religiosos, violencia interna y trata de personas.

Por esa razón, la comunidad internacional junto con los Estados receptores debe elaborar políticas migratorias que propendan por condiciones de vida digna para los migrantes. Sin embargo, las percepciones negativas de la sociedad o el proteccionismo interno, han generado que los Estados, cada vez más, procuren diseñar políticas migratorias más restrictivas e incluso, en muchos casos, de rechazo social y estructural hacia los migrantes.

El ámbito de acción del Estado colombiano sobre las personas migrantes debe ser tomado como una tarea de gran significado. Se trata pues de personas que están en situaciones de desprotección, que merecen el respeto y la garantía de sus derechos fundamentales, de los cuales son titulares conforme al Bloque de Constitucionalidad y a los acuerdos internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por Colombia.

Así, abordaremos en un primer momento, un análisis de forma conjunta de la normativa vigente en materia de migración en Colombia y de los pronunciamientos

constitucionales que se refieren a la misma, para así determinar que no son lo suficientemente garantistas a la hora de asegurar los derechos fundamentales de la población migrante que llega a Colombia. Acto seguido, se demostrará por qué las clínicas legales y, en especial, el litigio estratégico puede llegar a suplir estas deficiencias con sus estrategias jurídicas, políticas, académicas, de medios, entre otras.

1. Desarrollo

1.1 El contexto

Colombia ha asumido exigencias internacionales en materia de Derechos Humanos mediante la ratificación de normas internacionales de conformidad con el bloque de constitucionalidad. Pactos como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMF), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), han derivado en la exigencia de crear una legislación que genere políticas de bienestar social frente a la crisis migratoria venezolana que ha incrementado desde los últimos siete años (Corte Constitucional de Colombia, C-416, 2014).

Actualmente, el tema migratorio en Colombia está regulado por medio de la Ley 1465 de 2011, según la cual el legislador creó el Sistema Nacional de Migraciones (en adelante SNM), específicamente diseñado para personas migrantes colombianas en el extranjero. Esta ley se focaliza en mejorar la calidad de vida, es decir, promover el goce efectivo de los derechos fundamentales de los colombianos que han migrado al exterior.

En ese sentido, podría establecerse por medio del articulado de la Ley 1465 de 2011 que hay una insuficiencia normativa en materia migratoria, ya que los objetivos del sistema se basan en identificar los intereses y necesidades de los colombianos en el exterior y sus familias. Frente a esto, el SNM ha establecido la necesidad de crear mecanismos de carácter político y técnico para mejorar las condiciones de vida de este grupo. Algunos de estos son la protección y seguridad social; la homologación de títulos y competencias técnicas, profesionales y laborales; la asistencia al retorno,

la protección de sus Derechos Humanos. Sin embargo, todo está focalizado para trabajar con los países con mayor recepción de colombianos, mas no trabajarlo internamente frente al mejoramiento de estas garantías fundamentales para los extranjeros que habitan en el país.

Así mismo, en el artículo 2 de dicha Ley se establece como meta "acompañar al Gobierno nacional en el diseño y ejecución de políticas públicas, planes, programas, proyectos y otras acciones encaminadas a fortalecer los vínculos del Estado con las comunidades colombianas en el exterior".

Por desgracia, la normativa se queda corta frente a los parámetros que debería tener un sistema de migración, pues debería regular aspectos tanto de la emigración como la inmigración, pero solamente regula la situación de los colombianos en el exterior.

En lo que respecta a los vacíos regulatorios en materia de inmigración, el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario presentó una acción pública de inconstitucionalidad, donde daba nota de que la Ley 1465 se alejaba de la realidad del fenómeno migratorio que vivía Colombia. Una situación altamente preocupante, ya que Colombia desde siempre se ha caracterizado por ser un Estado defensor del respeto y protección de los derechos de sus nacionales en territorio extranjero; sin embargo, no se muestra la reciprocidad de esta situación con extranjeros que se encuentren en el territorio.

Es importante resaltar, que el SNM desconoce los parámetros exigidos constitucionalmente y jurisprudencialmente frente a las condiciones de igualdad que deben recibir los extranjeros en Colombia. Además, se aleja de las obligaciones internacionales de proveer un mínimo vital a todas aquellas personas que estén dentro de sus limitaciones geográficas.

En efecto, dada la ausencia de una legislación que regule la migración que está viviendo Colombia y la deficiente Ley mencionada, el Estado se encuentra incumpliendo sus obligaciones internacionales de protección de Derechos Humanos, pues se aparta de lo establecido en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, así como aquello previsto por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su recomendación General XXX, la cual establece:

4. Con arreglo a la Convención, la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante constituirá discriminación si los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y nos son proporcionales al logro de ese objetivo. La diferenciación, en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención, con medidas especiales no se considera discriminatoria; [...] 9. Velar porque las políticas no tengan el efecto de discriminar contra las personas por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico (Corte Constitucional de Colombia, C-416, 2014).

No obstante, por la sentencia C-416 del 2014 que responde a la demanda de inconstitucionalidad frente al SNM, la Corte Constitucional dispuso que el legislador no incurrió en una omisión legislativa cuando redactó la ley. En parte, porque el gobierno se excusa en el argumento según el cual el flujo migratorio que pasa por Colombia generalmente lo hace de forma transitoria, por lo que al momento que salgan los extranjeros del territorio nacional, las obligaciones del Estado cesan. Mientras que en el derecho constitucional colombiano, los derechos del migrante colombiano son objeto de protección siempre, ligado a Colombia por su condición de nacional o ciudadano ausente del territorio colombiano. En definitiva, la sustentación de la Corte Constitucional en la sentencia C-416 demuestra una desproporcional desigualdad frente a los extranjeros en el territorio, porque se parte del supuesto de que, quien migra al Estado colombiano, no tiene ánimo de permanencia. Así mismo, la responsabilidad estatal estaría interpretada erróneamente, porque según las directrices de la Corte, el SNM cobija a aquellos extranjeros que residan por las largas temporadas y no a quienes simplemente transiten en el territorio, a pesar de que éstos puedan llegar a requerir atención de emergencia en Colombia (Corte Constitucional de Colombia, C-416, 2014)

Por otro lado, la Corte Constitucional equipara en la Sentencia C-416 los artículos redactados en el Sistema Nacional de Migraciones (SNM) con doble funcionalidad regulatoria. Es decir, pretende que las disposiciones normativas que buscan promover el goce efectivo de los derechos fundamentales de un grupo de personas vulnerables, que son los migrantes colombianos en el exterior, sean aplicables directamente sin distinción a otro grupo de personas, también vulnerables, que son los migrantes extranjeros, con base en un criterio objetivo y razonable de encontrarse fuera del territorio donde habitarían. Razonamiento, que genera deficiencias jurídicas puesto que

el SNM está diseñado específicamente para cubrir las necesidades básicas que han requerido los colombianos en el exterior, pero no se desarrolló un estudio al crear el sistema sobre las necesidades que tuvieran los extranjeros en territorio Colombiano. Por esa razón, no es correcto por parte de la corte, establecer que las disposiciones normativas del SNM sean aplicadas a dos grupos diferentes sin distinción alguna, cuando su creación estaba destinada a la regulación únicamente de colombianos en el exterior (Corte Constitucional de Colombia, C-416, 2014).

Al respecto, podría llegar a concluirse que la omisión manifiesta del artículo 4 de la mencionada Ley en relación con los migrantes extranjeros en Colombia, conlleva a la desprotección de los Derechos Humanos de esta población, incumpliendo las exigencias del nivel internacional que ha adquirido Colombia. En tal virtud, es recomendable que, en caso tal de mantenerse el nombre de la Ley y del Sistema, el legislador integre normas que regulen los temas pertinentes a los migrantes extranjeros. O al contrario, que simplemente modifique el nombre de Sistema Nacional de Migraciones (SNM) a Sistema Nacional de Migrantes Colombianos en el exterior.

1.2 Las deficiencias de la norma

Como se mencionó anteriormente, la Ley 1465 de 2011, por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones, reguló la situación jurídica de los colombianos residentes en el exterior (República de Colombia, 2011). No obstante, el legislador omitió completamente regular la situación de los extranjeros que habitan en Colombia, vulnerando así, preceptos de carácter constitucional y regulaciones internacionales en materia de Derechos Humanos de la población migrante, tal y como se pasará a explicar a continuación.

El panorama político-social actual global ha llevado a que los Estados y diversas organizaciones busquen proteger de manera idónea los derechos de la población migrante. No obstante, la regulación internacional de la materia es sumamente garantista desde hace ya bastante tiempo. Un claro ejemplo es la expedición de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990. Esta Convención reafirma los Derechos Humanos de la población migrante tales como: derecho a la vida; derecho a la dignidad humana; derecho a la libertad de pensamiento; derecho a la igualdad en comparación con los derechos de los na-

cionales de los Estados; derecho a la no discriminación; entre otros. Por esta misma vía, la Convención le impone determinados deberes a los Estados que ratifiquen el instrumento (Asamblea General Naciones Unidas, 1990).

Respecto de la regulación interna, es claro que uno de los fundamentos de la Ley 1465 de 2011 recae en el hecho de que Colombia se ha caracterizado desde antaño por ser un país de origen de población migrante y no uno de tránsito o destino (Palacios, 2012). No obstante, la creación de un Sistema Nacional de Migraciones que no considere a la población extranjera residente en Colombia, implica una clara violación a los deberes internacionales del Estado y los derechos de la población migrante consagrados en normas de carácter internacional y preceptos constitucionales.

Es así como, más allá del incumplimiento de las obligaciones en cabeza del Estado colombiano en virtud de la ratificación de convenciones y tratados internacionales en materia de derechos de la población migrante, la Ley 1465 de 2011 vulnera Derechos Humanos tan esenciales como el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación en el reconocimiento de derechos por parte de los Estados, en comparación con los derechos de los nacionales. Lo anterior se fundamenta en el hecho de que la normativa nacional obvia hacer mención de los derechos que le asiste a la población migrante que habita en Colombia y la metodología de garantía y protección de éstos.

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-416 de 2014 resolvió que la Ley 1465 de 2011 era constitucional toda vez que la condición objetiva de protección, entre una y otra población, es diferente y recae en el hecho de estar o no dentro del territorio colombiano. Siendo así, según argumenta la Corte, la protección del migrante extranjero termina en el momento en que este abandona el Estado colombiano. Mientras que al nacional colombiano se le debe proteger siempre, sin importar el lugar en el que se encuentre habitando. En pocas palabras, el migrante extranjero está ligado a Colombia por su presencia en la República, mientras que el migrante colombiano está ligado a Colombia por su condición de nacional o ciudadano ausente del territorio colombiano (Corte Constitucional Colombiana, C-416, 2014).

En la misma sentencia la Corte asevera que, la finalidad de incluir únicamente a los migrantes colombianos en el extranjero es poder promover mejores condiciones de vida, dada su distancia y su presencia en otra nación. Afirma que no corresponde al Estado colombiano asegurar a los extranjeros sus derechos de participación

política en sus propias naciones para que ejerzan plenamente su ciudadanía, ni le compete tampoco fomentar los lazos de solidaridad entre los extranjeros y sus naciones de origen, o no por lo menos en los mismos términos que lo ha de hacer Colombia al promover, entre sus nacionales, su propia cultura (Corte Constitucional Colombiana, C-416, 2014).

La argumentación de la Corte no resulta del todo acertada en virtud de que, si bien al Estado le asiste la obligación de proteger a los colombianos habitantes en el extranjero, esto no quiere decir que la protección de esa población sea de mayor importancia o sea excluyente con la garantía de derechos y la protección de la población extranjera habitante en Colombia. Tal como lo estableció Palacios (2012) "Las responsabilidades internacionales no solo deberán dar atención a los nacionales, sino que deberán amparar a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado" (p. 91). Luego, no resulta preciso en lo absoluto aseverar que por el hecho de que la protección de los extranjeros habitantes en Colombia se circunscribe al hecho de que se encuentran en territorio nacional, esto quiere decir que la protección y regulación de sus derechos debe diferenciarse de la de los colombianos habitantes en el extranjero de manera discriminatoria.

Por otro lado, un régimen garantista y proteccionista de Derechos Humanos de la población migrante no versa únicamente sobre el fomento o creación de lazos de solidaridad entre los extranjeros y sus naciones de origen, como pretende afirmar la Corte, se trata de la garantía y protección de los derechos más básicos inherentes a la persona humana. La ausencia de mención a las personas extranjeras habitantes en el territorio colombiano permite cuestionarse ¿en qué medida se encuentran los derechos de esta población efectivamente tutelados por el ordenamiento jurídico interno?

Como ya se precisó con anterioridad, el Gobierno colombiano tiene obligaciones de velar por la protección de sus nacionales habitantes en territorio extranjero, pero esto no quiere decir que exista algún tipo de legitimación implícita para obviar la regulación de las garantías que le asisten a la población extranjera bajo jurisdicción colombiana.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva OC-18/03 de 2003 aseveró que, "La situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, [...], dicho principio tiene carácter funda-

mental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio [...]. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, párr. 118).

Siendo así, es claro que cualquier regulación por parte de los Estados en materia de Derechos Humanos de la población migrante debe ir encaminada a garantizar no solo las necesidades básicas de la población que configura este grupo, sino que debe estar cimentada en criterios de igualdad y no discriminación.

Teniendo en cuenta el análisis anterior, es preciso observar que la omisión legislativa que presenta la Ley 1465 de 2011 respecto de la población extranjera que habita el territorio colombiano, no es un problema menor. Tal como lo precisa la doctrina, la jurisprudencia interamericana y la regulación internacional, a los Estados les asiste el deber y la obligación de proteger y garantizar los Derechos Humanos de la población migrante tal y como lo harían con sus nacionales. La ausencia de regulación se erige como una forma de discriminación implícita y genera violaciones graves a los Derechos Humanos de la población migrante.

En conclusión, la creación de un Sistema Nacional de Migraciones que omite totalmente hacer referencia a los derechos de la población extranjera habitante en Colombia vulnera el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad, contemplados en diversos Convenios Internacionales y reconocidos explícitamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, la omisión legislativa a la que hemos hecho referencia podría desencadenar vulneraciones a derechos mucho más sensibles como el derecho a la vida o dignidad humana. Lo anterior toda vez que, a falta de una regulación expedita y garantista, la posibilidad de prevenir violaciones sustanciales a los Derechos Humanos de esta población, se desdibuja ostensiblemente.

1.3 Los aportes de las clínicas jurídicas

Las Clínicas jurídicas aparecieron en América Latina bajo la idea de que se tenía que implementar el modelo práctico que venía desarrollando Estados Unidos desde los años treinta (del siglo XX), basado en la Escuela del Realismo Jurídico. Estos

ideales jurídicos se impulsaron por el llamado proyecto sobre Derecho y Desarrollo (*Law and DEVELOPMENT Project*), que promoviera la fundación Ford y al que se sumó posteriormente la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (AID) (Morales, 2004).

Sin embargo, al momento de aplicarlo en América Latina se tenía un contexto como el de las crisis internas generadas por los sistemas políticos, la desigualdad, la afectación a escala masiva de derechos fundamentales, el narcotráfico y las guerras civiles internas. Lo anterior, desencadenó en la educación jurídica la necesidad de generar nuevos métodos técnicos que fueran más allá de las simples teorías tradicionales de derecho y de las sentencias de la Corte; se necesitaba utilizar estrategias técnico jurídicas más creativas que suplieran los vacíos del sistema judicial (Morales, 2004).

Las clínicas jurídicas contribuyen a evitar la difusión de problemáticas sociales, ya que en los procesos internos de los grupos educativos se adoptan modelos pedagógicos que prestan servicios a las comunidades menos favorecidas o vulnerables (Torres, 2013). Con el fin de generar propuestas que impulsen justicia real y social, se acude al litigio estratégico que se enmarca por fuera de las actuaciones tradicionales dentro del juicio. Por esa razón, se utilizan estrategias no solo judiciales sino otras como la investigación académica, el uso de medios de comunicación para la realización de labores de incidencia política y social, realización de acciones pedagógicas de las comunidades o grupos afectados, intervenciones en las altas cortes para actualizar la jurisprudencia en temas de interés público y la consolidación de alianzas estratégicas con actores privados.

La empatía social que tienen los estudiantes pertenecientes a las clínicas jurídicas es el gran aliado para expandir el bienestar de la comunidad. Mediante un litigio con responsabilidad social, se pueden llegar a cambiar los paradigmas que rigen. Casos exactos como la xenofobia que algunos colombianos sienten hacia los venezolanos, podrían ser trabajados no por medio de fallos de las cortes, sino con un trabajo pedagógico que una a las dos comunidades. De esa manera, se podrían utilizar los medios de comunicación para difundir que hace varias décadas fue Venezuela el país que brindó asistencia y auxilio a los colombianos exiliados. En definitiva, la Academia debe continuar construyendo los parámetros del interés público, pues se está en una nación que carece de altos niveles de capital económico o infraestructuras estatales

amplias, por lo que se requiere de soluciones alternativas a las comunes para solventar sus déficits (Torres, 2013).

2. Las posibles soluciones de las estrategias jurídicas, políticas, de medios y legislativas del litigio estratégico

Ahora bien, en profunda relación con la finalidad que poseen las clínicas jurídicas, el litigio estratégico también se erige como herramienta clave para hacer frente al desarrollo normativo e incluso jurisprudencial que en varios escenarios deja desprotegidos los Derechos Humanos de la población migrante en Colombia.

De entrada, se puede afirmar que el concepto de litigio estratégico tiene un enlace claro con el concepto de *interés público*. De hecho, en general, como bien lo precisa Beatriz Londoño, “el término en torno al cual gira todo el debate del litigio estratégico y de la educación legal clínica es el denominado *interés público*”. Esto, teniendo en cuenta que “el derecho de interés público tiene tres prioridades: [el] acceso a la justicia, [las] reformas normativas y de políticas públicas y [el] empoderamiento político para generar cambios o incidir en el fortalecimiento de los derechos humanos” (Londoño, 2015, p. 3).

En consecuencia, el litigio estratégico, también llamado *litigio estructural*, busca la defensa colectiva de los Derechos Humanos por diferentes vías de alto impacto, con el fin de que se logre una incidencia que trascienda al individual, típico de las *litis* ordinarias que se desarrollan ante una jurisdicción estatal o incluso, internacional (Londoño, Coral, Muñoz, 2010 p. 53). De esta forma, “los objetivos alcanzados [por el litigio estratégico] van más allá de los cambios logrados a través (sic) de las disputas entre particulares, pues crea una nueva visibilidad para los grupos humanos menos favorecidos, así como estimula la búsqueda de la realización del derecho; en este sentido [...] logra en el plano público un reconocimiento, pues los casos emblemáticos permiten zanjar posiciones, romper paradigmas y alcanzar soluciones para colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad” (Londoño, Coral, Muñoz, 2010 p. 52).

En efecto, como lo ha señalado la doctrina, son diversas las causas que ameritan acudir con especial urgencia al litigio estratégico. Por ejemplo, “cuando las normas que protegen los derechos humanos son incumplidas, cuando hay discordancia entre los estándares internacionales de protección de derechos humanos y [su] aplicación

en el orden interno, cuando la aplicación del derecho en los tribunales nacionales es incierta e impredecible y cuando existen restricciones legales para el ejercicio de los derechos humanos" (Villarreal, 2007 p. 20).

Del caso colombiano desarrollado previamente en este escrito, se puede afirmar que encaja tanto en la tercera como en la última causa que define la doctrina para utilizar el litigio estratégico. Con esto, las estrategias jurídicas, sociales, políticas, educativas, de contingencia y de medios, entre otras, resultan claves para la defensa de los derechos de la población migrante.

Así, por ejemplo, lo precisa Londoño en su texto, la escogencia de casos emblemáticos o casos simbólicos, es decir, de casos con los que se busca "generar cambios jurisprudenciales o normativos y se intenta además hacer pedagogía y trabajo en medios para promover los derechos humanos", es necesaria (Londoño, 2015 p. 85). Esto es una forma de atraer la atención de la ciudadanía para "cuestionar el contenido, la orientación o la forma de implementación de una política estatal" y posteriormente, conducirlo a una más garantista o incluso, reformarla (Londoño, 2015 p. 85).

Muestra de todo lo dicho anteriormente, el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, Clínica Jurídica de Interés Público, que trabaja por la defensa de los Derechos Humanos y del interés colectivo, demandó por inconstitucionalidad la mencionada Ley 1465 de 2011. Lamentablemente, la Corte Constitucional colombiana no accedió a las pretensiones. De esto, se puede afirmar que si la Corte hubiera decidido tomar una decisión garantista, este caso hubiera podido catalogarse como un caso emblemático dentro de la categoría del litigio estratégico en defensa de los Derechos Humanos de la población migrante.

De igual forma, y pese a la decisión del alto tribunal constitucional, el GAP continúa trabajando por la protección y la defensa de los Derechos Humanos de la población migrante en Colombia desde diversos ángulos: se interviene ante las Altas Cortes en los temas relacionados con la migración, se hace seguimiento a los proyectos de ley que se tramitan el Congreso, con el fin de generar una incidencia en la consolidación de una política integral migratoria, se realizan capacitaciones y asesorías jurídicas gratuitas a la población migrante, entre otros. Todo esto en aras de fortalecer la legislación nacional y alimentar el abanico de posibilidades legales que brinda el Estado colombiano para la población migrante y para que este último no se vuelva un agente vulnerador de las obligaciones de respeto y garantía de los Derechos Humanos.

De esta forma, se puede ver cómo temas que en principio no constituyen una prioridad en la discusión social, se vuelven relevantes gracias a las acciones a múltiples niveles con las que se puede actuar desde la perspectiva del litigio estratégico.

Del mismo modo, cabe resaltar que la defensa de los derechos de la población migrante mediante el litigio estratégico no es innovadora en el plano iberoamericano: en países como España, Argentina y Chile se utiliza el derecho interno y el derecho internacional para proteger los derechos de los migrantes. Ejemplo de ello son el memorando construido por la Clínica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el caso de los trabajadores indocumentados en Estados Unidos, cuya argumentación se basó en su derecho a la igualdad y en la no discriminación; y la emblemática acción de amparo promovida por la Clínica de Migraciones del CELS–Caref–UBA por medio de la cual se logró que la Corte Suprema de la Nación sostuviera que en casos de extrema necesidad, el Estado está obligado a adoptar medidas positivas que aseguren las condiciones mínimas de una vida digna, con independencia del origen nacional de las personas (Londoño, 2015, p. 121).

Por lo tanto, resulta evidente cómo el litigio estratégico ofrece salidas a las imposiciones legales que muchas veces son violatorias de Derechos Humanos: el litigio estratégico, al ser una herramienta que se puede malear, ofrece diversas estrategias y posibilidades para hacer frente a leyes y decisiones como las colombianas frente a los migrantes.

3. Conclusión

Como se pudo evidenciar ampliamente, la Ley 1465 de 2011 presenta varias fallencias que impiden que los Derechos Humanos de la población migrante se vean protegidos y materializados de forma inequívoca. De la misma forma, y en una decisión bastante cuestionable, la sentencia C-416 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia no solucionó estos problemas. Así, resulta lamentable que sea la ley la que deje la puerta abierta para que los Derechos Humanos no sean respetados debidamente y que el supremo tribunal constitucional no haya tomado un papel activo para solucionar los mismos.

En este panorama, las figuras de defensa del interés público, como son las clínicas jurídicas y el litigio estratégico, resultan instrumentos para colmar y solucionar los

problemas anteriormente planteados. Estas figuras multidimensionales, adaptables a cada caso en concreto, que utilizan de las más variadas estrategias para lograr sus cometidos, tienen la vocación de volverse las abanderadas de la defensa y protección de los Derechos Humanos de los migrantes, como población vulnerable.

Así pues, la práctica en los ámbitos regional e internacional demuestra que el uso adecuado de estas herramientas puede impactar altamente en la comunidad: desde el cambio de legislaciones y de decisiones jurisprudenciales, hasta el empoderamiento de las personas y la concientización con apoyo de los medios de comunicación son estrategias que han demostrado dar resultados. En el caso en concreto, solo resta ponerlas en funcionamiento mediante acciones como las adelantadas por el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario.

En definitiva, el seguimiento a los proyectos de ley, las observaciones a los mismos, la presentación de intervenciones ante las Altas Cortes, la vigilancia constante de la producción legislativa, la concientización de sus derechos a la población migrante, entre otras, son iniciativas que pueden tener un alto impacto en las nuevas políticas públicas que el Estado colombiano adopte en materia migratoria. Todas estas son prácticas que materializan las soluciones que las clínicas jurídicas y el litigio estratégico ofrecen para hacer frente a los problemas legales y jurisprudenciales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de Derechos Humanos de la población migrante.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1465 Por medio de la cual se crea el Sistema Nacional de Migraciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: Personas situación de migración o refugio. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>

González Morales Felipe. (2004). El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina. Universidad de Deusto. Recuperado de: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho27.pdf>

Londoño Beatriz, Muñoz Lina, & Coral Ana Milena. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990 - 2010, 49-76.

Londoño Beatriz. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica* (1ª ed.). Universidad del Rosario.

Morales Vega Luisa Gabriela. (2016). Las migraciones, al amparo del régimen internacional de los Derechos Humanos. Utopías concurrentes. *Colombia Internacional*, 88, 213-229. <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint88.2016.09>

Nussbaum Martha. (2013). *Los límites del patriotismo: Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial* (1ª ed.). Barcelona: Paidós.

Palacios Sanabria María Teresa. (2012). El sistema legal de migraciones a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Ley 1465 de 2011 y sus antecedentes normativos. *Opinión Jurídica*, 11(21), 83-102.

Terminiello Juan Pablo. (2012). Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional. *Año XIX*, 30 (Agenda Internacional), 45-60.

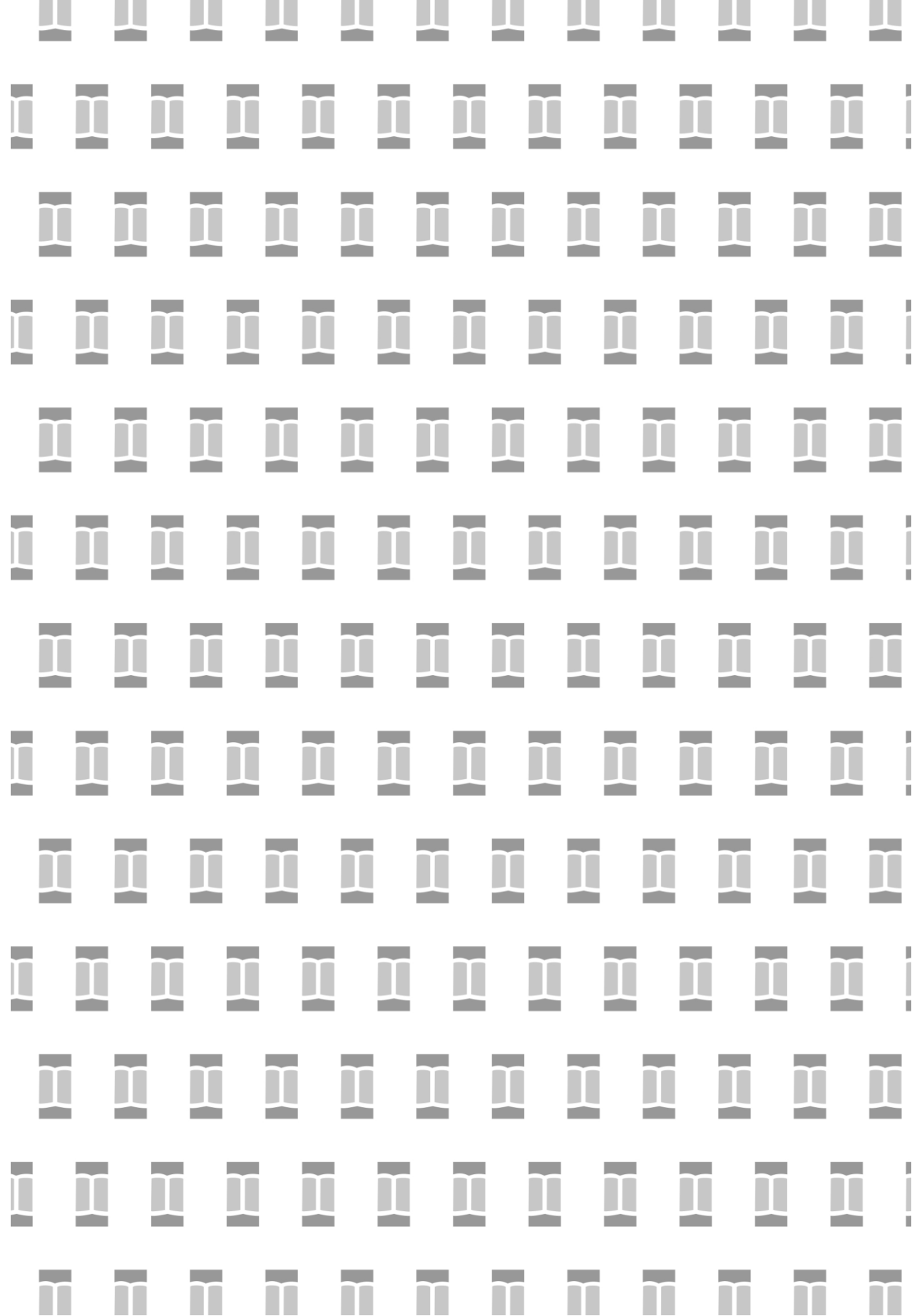
Torres María Lucía. (2013). Herramientas para la protección del interés público: el diseño de un litigio de alto impacto desde la educación legal clínica. El caso de la clínica de interés público de la Universidad del Rosario. (Bogotá, Colombia).

Villarreal Marta. (2007) El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público, en *El litigio estratégico en México: La aplicación de los derechos humanos en el nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil* (1ª ed.). México D.F.: Editorial Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.



Facultad de Derecho UNAULA
Vol. 6 núm. 10 • ISSN: 2463-0098 • Julio-diciembre de 2019
Fuente tipográfica: Swis721 Cn BT 11 puntos para
texto corrido, y 16 puntos para títulos.





- 11 EDITORIAL
María Muriel Ríos
- 13 RETOS DE LAS CLÍNICAS JURÍDICAS FRENTE A LA ATENCIÓN DE MIGRANTES
CON ENFOQUE DIFERENCIAL DE GÉNERO
Ana Patricia Pabón Mantilla, Karen Estefanni Pérez Álvarez
- 31 DESPLAZAMIENTO INTRAURBANO EN MEDELLÍN POR PROYECTOS DE DESARROLLO:
RETOS DE INTERVENCIÓN PARA LA CLÍNICA JURÍDICA DE INTERÉS PÚBLICO UNAULA
Luis Felipe Alzate Ramírez, Valentina Nohavá Rojas
- 49 GENERAR UNA CULTURA MIGRATORIA: EL RETO DE LA CLÍNICA JURÍDICA
DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
Cathalina Sánchez-Escobar, Verónica Cadavid González
- 69 LITIGIO EN RED PARA LA DEFENSA DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN
MIGRANTE Y REFUGIADA EN COLOMBIA
Equipo Programa de Asistencia Legal a Población con Necesidad de Protección
Internacional - PNPI Consultorio Jurídico, Universidad del Rosario
- 87 IDENTIFICACIÓN Y DIFUSIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS JUDICIALES EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES
Juan Camilo Restrepo Ordoñez
- 109 EL LITIGIO ESTRATÉGICO DE CARA A LOS NUEVOS DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA MIGRACIÓN
Valentina Carvajal Henao, Natalia Rodríguez Álvarez,
Luisa Fernanda Villarraga Zschommler

