

“Nuevas Perspectivas del Derecho Constitucional” ofrece un análisis contemporáneo sobre la evolución del derecho en un mundo en transformación. A través de diversos temas, el libro examina cómo las dinámicas sociales, tecnológicas y culturales desafían y enriquecen la interpretación del marco constitucional. Aborda la necesidad de proteger derechos fundamentales en contextos emergentes y resalta la importancia de la inclusión y el reconocimiento de diversas realidades sociales. Con un enfoque crítico y reflexivo, esta obra invita a repensar el papel del derecho constitucional en la defensa de la dignidad humana y la justicia social en la actualidad.



NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

# NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

**Ramón Medina Arteta**  
EDITOR ACADÉMICO



**Ramón  
Medina Arteta**

Editor Académico

Abogado, especialista en Derecho Público; magíster en Conflicto Social y Construcción de Paz; docente del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Coordinador del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

**NUEVAS  
PERSPECTIVAS  
DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL**



# **NUEVAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Ramón Medina Arteta**

EDITOR ACADÉMICO

Universidad de San Buenaventura

Cartagena de Indias, 2024

---

Nuevas perspectivas del derecho constitucional / Ramón Medina Arteta, editor.-- 1.ed.--  
Cartagena: Universidad de San Buenaventura; Editorial Bonaventuriana, 2024.

Descripción física: 126 páginas, 27 x 22 centímetros.

ISBN: 978-958-5114-72-2

1. Derecho constitucional colombiano.-- 2. Derechos fundamentales.-- 3. Plataformas digitales de reparto – aspectos jurídicos 4. Derechos sociales.-- 5. Derecho de familia.-- 6. Derechos bioculturales.-- I. Tit. II. Medina Arteta, Ramón, edit.

Dewey: 342 N964

Catalogación: Biblioteca Central Fray Antonio de Marchena OFM.

---

© Universidad de San Buenaventura  
NUEVAS PERSPECTIVAS  
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Tipo de publicación: Libro resultado de investigación  
(Compilación de capítulos de investigación).

Proyecto: Avances del Derecho Constitucional colombiano,  
desde la perspectiva de los DESCA, frente a los desafíos de  
la sociedad contemporánea.

Grupo de investigación: GIDERIC

Línea de investigación: Derecho público

Ramón Medina Arteta.  
Editor

Universidad de San Buenaventura, Cartagena  
Calle Real de Ternera, Diag. 32 No. 30-966  
Teléfono: 653 5555

Fray Jesús Antonio Ruíz Ramírez, OFM  
Rector

Nina Mariela del Cristo Ferrer Araújo  
Directora Editorial

Editorial Bonaventuriana  
[www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co](http://www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co)

ISBN: 978-958-5114-72-2

Cumplido el depósito legal (Ley 44 de 1993,  
Decreto 460 de 1995 y Decreto 358 de 2000)  
El autor es responsable del contenido de la obra.

 EDITORIAL  
BONAVENTURIANA

Este libro está dedicado a la memoria de Wilmer José Pérez Ebratt. Estudiante, compañero y amigo, apasionado investigador cuyo compromiso y amor por el derecho dejó una huella imborrable en todos los que tuvimos el privilegio de conocerlo. Que su legado perdure como fuente de inspiración para futuros investigadores, recordándonos siempre la importancia de seguir explorando, cuestionando y descubriendo.

Jamás te olvidaremos.



# Tabla de Contenido

<b>CAPÍTULO I.</b>	<b>9</b>
<b>Las plataformas digitales de reparto y la protección de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial</b>	
Ana María Ortiz, Luis Alfonso Uribe Benítez, Wilmer José Pérez Ebratt, Ramón Medina Arteta.	
<b>CAPÍTULO II.</b>	<b>35</b>
<b>El Derecho fundamental al agua potable y su consolidación en la vereda La Suprema, municipio de María La Baja-Bolívar</b>	
Marelcy Olivera Guzmán	
<b>CAPÍTULO III.</b>	<b>65</b>
<b>Los derechos bioculturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional</b>	
Kevin Hernández Paternina, María José García León, Esperanza Urzola Morales, Wilmer José Pérez Ebratt.	
<b>CAPÍTULO IV.</b>	<b>105</b>
<b>La filiación derivada de la relación padre/ madre e hijo(a) de crianza</b>	
Kevin Hernández Paternina, Yohelis Torres Caro, Yury Gómez Posada.	



## CAPÍTULO I.

# Las plataformas digitales de reparto y la protección de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial

### **Ana María Ortiz Castro**

Abogada del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Luis Alfonso Uribe Benítez**

Egresado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Wilmer José Pérez Ebratt**

Estudiante (Q.E.P.D.) del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Ramón Medina Arteta**

Abogado, especialista en Derecho Público; magíster en Conflicto Social y Construcción de Paz; docente del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Coordinador del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

## **Introducción**

Con la creación del Internet, y en el marco del fenómeno de la globalización, el mundo ha dado un giro respecto de la manera en que se desarrollan las diferentes esferas de la vida. Uno de los cambios más notorios se ha proyectado en la economía y el comercio, siendo estos dos los motores determinantes de la vida en sociedad en tiempos del capitalismo tardío.

En ese sentido, las novedades tecnológicas han traído consigo variaciones en las formas de contratación o modalidades de trabajo, donde uno de los ejemplos más claros, y exitosos, es el caso de las plataformas digitales de reparto.

Que uno de los retos más grandes que tienen los sistemas jurídicos contemporáneos que, como Colombia, se fundan en el respeto y protección de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, seguridad social y demás derechos humanos se encuentra en la definición de la naturaleza de los vínculos que existen entre las plataformas digitales de reparto y el trabajador. Principalmente, porque la posición predominante de estas plataformas define a los repartidores como “trabajadores autónomos”; empero, con las condiciones en las que realizan sus labores, puede dudarse de esa autonomía que se le endilga inicialmente.

En esa medida, el sentido de este trabajo busca precisar, en el marco del estado actual de la protección de los derechos sociales, la forma en la que se regula el vínculo que une a los domiciliarios/conductores con las plataformas digitales de reparto, precisando el *modus operandi* de estas

respecto a las modalidades de contratación, acompañado del análisis desde el derecho comparado y el estudio de pronunciamientos judiciales que resuelven casos similares alrededor del mundo, específicamente, en Europa y en América Latina.

## **I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de plataformas digitales de reparto?**

El auge del Internet trajo consigo innovaciones que solucionan infinidad de requerimientos humanos, que van desde cosas simples e inmediatas como permitirnos el acceso a la información, la comunicación a distancia o el comercio electrónico, hasta otras más complejas como la educación a distancia, telemedicina, teletrabajo colaborativo, *machine learning* y *big data*. Cada caso pone de manifiesto la trascendencia del Internet en los procesos determinantes de la actual fase de la globalización. Desde la perspectiva de Anthony Giddens (2000), la globalización es un proceso complejo de múltiples interrelaciones, dependencias e interdependencias entre unidades geográficas, políticas, económicas y culturales, es decir, continentes, países, regiones, ciudades, localidades, comunidades y personas. Ahora bien, desde la perspectiva de varios autores, entre ellos Stiglitz (2009), lo que se podría denominar globalización contemporánea se caracteriza no solo por la movilidad de capitales y de personas (en clave política, económica y cultural), sino también por la interconexión digital y la aceleración en la circulación de la información.

Lo anterior resulta pertinente desde un concepto planteado por Aristóteles en su obra “Política”, el cual mani-

fiesta que el hombre es un animal político por naturaleza, sugiriendo que la vida social y la participación en la comunidad son esenciales para la realización plena del individuo. En ese mismo sentido, es pertinente mencionar que, en el siglo actual, la vida globalizada y social están directamente relacionadas con el apogeo del Internet, donde este ha funcionado como un trampolín que intensificó las relaciones humanas como nunca antes en la historia de la humanidad.

Dentro de las creaciones o innovaciones que vinieron con el Internet es de suma importancia, para efectos de esta investigación, ubicar a las plataformas digitales de reparto. Estas son una realidad que ofrece la economía digital de poder conectar a clientes y prestadores de servicios, donde encontramos tanto a los vendedores que ofrecen productos y servicios, a los usuarios que compran y a los repartidores que entregan, de modo que generan, un escenario virtual en donde se mueve de forma constante la oferta y la demanda y, por otro lado, uno físico, donde se hace efectiva la entrega de los productos.

Las plataformas digitales de reparto, también conocidas como plataformas de economía colaborativa o plataformas de intermediación, son sistemas en línea que conectan a usuarios que requieren un servicio específico con proveedores dispuestos a ofrecerlo. Estas plataformas facilitan la prestación de una amplia gama de servicios como transporte de pasajeros (Uber, Lyft, Cabify), entrega de comida a domicilio (como Uber Eats, Rappi, Glovo), entrega de paquetes (como Amazon Flex, DHL Parcel), entre otros.

Tal y como lo plantea Martin, R. et al. (2019):

Las plataformas digitales de reparto constituyen un modelo de negocio basado en el desempeño de una actividad eminentemente tradicional ya existente a la que no se aporta innovación alguna. La novedad tecnológica se utiliza en el ámbito de la prestación de trabajo como excusa fundamentalmente para camuflar relaciones laborales haciéndolas pasar por mercantiles. (p. 5)

La autora Alex Rosenblat señala en su libro “Uberland: How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work” (2018) que la importancia del fenómeno de las plataformas digitales de reparto radica en que han transformado drásticamente la naturaleza del trabajo, al punto que hoy en día llegan a desafiar las normas laborales tradicionales. Por ello, plantea la autora, es necesario revisar la forma en la cual se distribuyen el poder y los beneficios en estas plataformas.

En esencia, estas plataformas actúan como intermediarios entre los demandantes y los proveedores del servicio, facilitando la transacción, la comunicación, la programación y, en algunos casos, el pago. Suelen basarse en tecnologías digitales como aplicaciones móviles y sitios web, que permiten a los usuarios solicitar el servicio y a los proveedores aceptar y completar esas solicitudes.

Por el lado de Colombia está claro que no ha sido un país ajeno al movimiento global de la creación y utilización de las plataformas digitales de reparto, teniendo en cuenta que el uso de estas aumentó considerablemente en el

margen de la pandemia COVID-19. Razón por la que en nuestro país podemos encontrar una muy variada oferta de dichas plataformas digitales de reparto: *Rappi, Ifood, Beat, Domicilios, Didi, Uber*, entre otras, que buscan garantizar la satisfacción de los consumidores.

Para entender los propósitos de las plataformas digitales de reparto y, de manera inicial, una aproximación a sus mecanismos de funcionamiento, encontramos la declaración de la plataforma digital de reparto de Rappi que expone en su sitio web que su actividad principal es:

Conectar consumidores con expendedores mediante una plataforma virtual compuesta por una página web y una aplicación móvil, que permite que los primeros ingresen, se informe sobre los productos de consumo exhibidos y puedan realizar la transacción de compraventa directamente con los expendedores de manera electrónica. (Rappi, s.f.)

Dicho lo anterior, las plataformas digitales de reparto dan pie a un modelo laboral difuso, porque, en los casos de la utilización de repartidores, se observan unos lineamientos que obligan a los trabajadores a cumplir con condiciones laborales casi que impuestas, al tiempo que, paradójicamente, pregonan la existencia de una relación comercial y de autonomía de cada parte.

Por ende, en las circunstancias en las que se desarrollan estos nuevos modelos de trabajo, en primera medida, desde el esquema de contratación que plantean, ponen en entredicho las garantías prestacionales.

## **II. Breve aproximación al concepto de capitalismo de plataformas**

Para entender mejor el funcionamiento de las plataformas digitales de reparto, conviene primero comprender lo que significa el capitalismo de plataformas y su auge en los tiempos que corren.

Coincidiendo en que el ser humano actual ha desarrollado la idea capitalista de consumir y ser complacido, utilizando el esfuerzo mínimo, la mayoría de esas necesidades se convierten en comercio, y, a partir de ahí, se han desplegado distintas formas de economías en las que, mediante la utilización de las tecnologías, se encuentra la posibilidad de satisfacer al máximo esos deseos. Dicho lo anterior, es necesario precisar que el análisis de este escrito no se centra en quien consume y desea el producto, sino en el proceso de circulación por el que este pasa para llevar a cabo su cometido, esto es, llegar a manos del comprador o cliente. Siendo así, podemos hablar del capitalismo de plataformas como la figura en la que este sistema económico se orienta hacia el uso de datos y de las tecnologías como una manera de la generación de utilidades por medio de las plataformas digitales.

El capitalismo de plataformas es el proceder en el que se adapta la economía capitalista en la búsqueda del resurgimiento de la riqueza mediante nuevas formas de producción, utilizando los datos como materia prima o como un recurso central.

Es decir, al hablar de capitalismo de plataformas nos referimos a un modelo económico en el cual las platafor-

mas digitales juegan un papel central en la organización y facilitación de transacciones económicas. Estas plataformas actúan como intermediarios entre proveedores y consumidores, aprovechando la tecnología digital para crear mercados más eficientes y escalables.

Adicionalmente, podemos señalar que el capitalismo de plataformas apunta al:

(...) proceso de reacomodación de la relación entre capital y trabajo a modelos altamente flexibles y por demanda, una organización de la fuerza laboral descentralizada y optimizada por algoritmos informáticos, mediación a través de aplicaciones digitales, la desregularización respecto a las obligaciones laborales de las plataformas frente a los trabajadores y la atribución a estos de las responsabilidades sobre su seguridad social, salud y otras garantías básicas para la vida anteriormente ligadas al trabajo formal. (Bejarano, 2022, p. 4, como se citó en Webster, 2020 pp. 512-521)

Por su parte, otro concepto para tener en cuenta en el análisis que aquí se realiza es el de la llamada *Gig economy*, también conocida como el trabajo de los pequeños encargos o economía del trabajo temporal. Este concepto describe el trabajo por medio del cual el trabajador no tiene un empleador y no existe un contrato laboral directamente con la empresa, en su mayoría una empresa digital, una plataforma digital.

Está claro que, con la adopción masiva de Internet en la década de 1990, el mundo experimentó cambios disruptivos en la economía y el mercado de trabajo a nivel global. La expansión de las tecnologías de la información y la comunicación propició el surgimiento de nuevos agentes económicos que se dedicaban a la intermediación de bienes y servicios, la computación y el uso de datos. Este fenómeno dio paso a lo que se conoce hoy como “Economía Gig” o “Economía de Plataforma” (García y Javier, 2020l, p. 9, como se citó en University of Cambridge, 2016; Farrell y Greig, 2016; Kenny y Zysmman, 2017). En la *gig economy*, los trabajadores suelen ser contratados para labores específicas por un período de tiempo determinado, en lugar de empleos tradicionales a tiempo completo. Estos trabajos pueden variar desde servicios de transporte y entrega, como *Uber* y *Deliveroo*, hasta trabajos creativos y técnicos, como diseño gráfico y programación *freelance* en plataformas como *Upwork* y *Freelancer*.

Algunas características que le dan forma a las relaciones bajo la *gig economy* son, entre otras, i) Flexibilidad laboral; ii) Acceso a una amplia gama de oportunidades laborales; iii) Desafíos financieros y de seguridad laboral; iv) Tecnología como facilitador.

La comprensión de este fenómeno es fundamental debido a que la *gig economy* ha generado un intenso debate sobre cuestiones relacionadas con la protección laboral, los derechos de los trabajadores, la regulación de las plataformas digitales y la naturaleza cambiante del empleo en la era digital.

### **III. El funcionamiento de las plataformas digitales de reparto**

Las plataformas digitales de reparto funcionan a partir de la utilización de los datos que suministran las personas, que luego analizan o explotan para proporcionar, por medio de un espacio virtual, la oferta de un bien o servicio. Es decir, se genera un medio en el que se conectan o intervienen quienes quieran ofrecer y quienes quieran adquirir. Estas plataformas, a diferencia de las empresas físicas o materiales, operan en cualquier lugar donde sea posible tener acceso a Internet y a la aplicación, quizá a ello se debe el crecimiento rápido de estas y del número de personas que registran sus datos.

Las plataformas utilizan estrategias para atraer a más usuarios, las cuales pueden consistir en promocionar ciertos productos a bajo costo o de manera gratuita y, por otro lado, ofreciendo una amplia gama de actividades a realizar, desde compras de comida, un servicio de transporte o hasta el pago de un recibo de servicio doméstico.

Como se ha mencionado anteriormente, debe existir alguien que realice en el mundo físico la entrega del producto que el consumidor desea, en este caso, quien hace posible esa consumación es el repartidor. En ese orden de ideas, puede decirse que, en principio, la relación que se genera desde la plataforma con el repartidor es de completa autonomía, pues este dispone de su tiempo y de sus recursos para realizar las entregas, entonces pareciera que no se encuentra subordinado a la empresa o plataforma digital de

reparto, por lo que no existiría un vínculo o responsabilidad laboral de la plataforma con el repartidor.

Así lo intenta dejar sentado la plataforma Rappi cuando expone cuál es la relación que se tiene con los repartidores que realizan las entregas:

(...) Estos términos y condiciones se rigen por la ley mercantil colombiana, y por su naturaleza jurídica no genera relación laboral entre las partes, ni tampoco genera relación de representación, de mandato, de agencia, de corretaje o de comisión entre el OPERADOR y el MANDATARIO. (Rappi, 2019, párr. 18)

Permitir que cada plataforma regule autónomamente la relación entre repartidor y la plataforma digital es obviar un asunto público como lo es el derecho al trabajo y a las prestaciones sociales de los trabajadores. En consecuencia, los repartidores en el ejercicio de su trabajo se encuentran expuestos a diferentes riesgos que no son cobijados por nadie. Esto quiere decir que la inexistencia de la regulación de estas modalidades contemporáneas de trabajo generan un detrimento a los derechos laborales del trabajador que no se encuentra protegido.

Las nuevas formas neoliberales de desregulación del trabajo no solo amenazan con la pérdida de estas garantías y derechos conseguidos a través de los movimientos obreros, sino que también dificulta y fragmenta a la clase trabajadora y debilita la organización colectiva para la lucha por sus derechos (Bourdieu, 2007; Laval, 2020; Lorey, 2016).

El no reconocimiento del vínculo entre la plataforma como empleadora y el trabajador como empleador denigra la dignidad del trabajador como ser humano, porque genera un ambiente precario del desarrollo de las actividades.

#### **IV. La naturaleza jurídica del vínculo que une a domiciliarios/conductores con las plataformas digitales de reparto: análisis desde el derecho comparado**

El vínculo existente entre estas dos partes se genera, como se ha hecho mención anteriormente, a partir de la contratación desde la plataforma en línea, la cual, generalmente, es una aplicación que utiliza los datos que proporcionan los usuarios para conectarlo dentro del escenario digital con las similitudes o los intereses que este desee y, por el otro lado, está el repartidor que también utiliza el aplicativo web como usuario, pero no como consumidor, sino como prestador de un servicio, el cual toma el pedido y hace llegar a su destino el producto o servicio que el primero adquirió. Podemos ejemplificar el caso de la plataforma Rappi, cuyo contrato publicado en el sitio web expone de la siguiente manera:

Plataforma Rappi. Aplicativo web y móvil administrado por el OPERADOR, que permite la concurrencia de Consumidores y Mandatarios para que por medio de contratos de mandato el Consumidor solicite la gestión de un encargo. Existe la Aplicación “Soy Rappi” a la cual acceden los Mandatarios y la cual se rige por los términos y condiciones aquí descritas. Por otro lado, existe

la Plataforma Rappi a la cual acceden los Consumidores. (Rappi, Términos y condiciones sitio web Rappi Inc., s.f.)

De modo que en esa vinculación, tratándose de los repartidores/conductores, regida por las instrucciones del derecho mercantil, tiene la particularidad de que, al momento de la consecución de las labores asignadas, estén sometidos al cumplimiento de órdenes impartidas por la plataforma digital de reparto y, de la misma manera, sujetos a suspensiones y sanciones provenientes desde la misma plataforma cuando no cumplan con los requerimientos exigidos. Sumado a que, en algunos casos, las plataformas tienen sistemas de geolocalización que les permiten tener el control de la ubicación en tiempo real de sus “colaboradores”

En conexión con lo anterior, es pertinente referirnos al caso de la plataforma Uber y mencionar que el nombre que esta plataforma le dio a la vinculación de sus “arrendadores” fue el de “contrato privado de arrendamiento de vehículo con conductor”. Tal parece que las plataformas buscan resistir a la vinculación de sus usuarios repartidores/conductores en un vínculo que pueda generar cualquier tipo de derechos prestacionales, como lo sería el caso de una relación laboral.

En suma, aun cuando las plataformas, como en el ejemplo mencionado de Rappi y de Uber, establezcan en sus políticas que la relación existente entre ellos con los repartidores es netamente comercial o civil, la realidad y la materialización de lo que expresan las políticas de las aplicaciones no es esa, sino que se traduce en la existencia de una subordinación que debe ser recogida y sostenida por el empleador.

Por otro lado, es importante analizar lo que a la luz del derecho comparado se ha venido decantando en esta área. Y en esa medida, el trabajo de Ramírez-Bustamante, et al. (2021) es muy esclarecedor. En un informe titulado “*¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas*”, *Borradores de Trabajo y Derecho No. 1*” presentan una sistematización del análisis de sentencias judiciales proferidas en diferentes sistemas jurídicos que abordan la problemática de la relación repartidores y plataformas digitales de reparto. Se encontró, entre otras cosas, que para los domiciliarios es más difícil demostrar la subordinación a la que están sometidos porque carecen de elementos probatorios para demostrarla, diferente a la situación que viven los conductores de las plataformas, ya que estos con regularidad reciben información con instrucción e indicaciones para prestar el servicio, teniendo así elementos que sustenten sus argumentos para poder demostrar ante el juez que se solicite la declaración de la relación laboral que acceda a sus pretensiones (Ramírez-Bustamante, et al., 2021).

Este escenario encuentra un sustento jurídico en un robusto marco jurisprudencial que se ha venido construyendo en el plano de los sistemas jurídicos extranjeros, con aproximadamente 38 pronunciamientos judiciales hasta el año 2021, donde se ha acogido mayoritariamente la posición de declarar la existencia de una relación laboral. Esta jurisprudencia está distribuida de la siguiente manera: “Europa 21 fallos, de Estados Unidos con 7, América Latina 6, Australia 2, Canadá 1 y Sudáfrica 1” (Ramírez-Bustamante, et al., (2021, p. 5).

No obstante, un punto característico de estos fallos es que de 38 que fueron objetos de estudio, solo ocho no declararon la existencia de un vínculo laboral entre los colaboradores/conductores y las plataformas de reparto. Dejando así una incógnita central que es la siguiente: ¿cuál fue el criterio en particular que llevó a que 30 de los 38 fallos dictaminaran la existencia de un vínculo laboral entre domiciliarios/conductores y las plataformas digitales de reparto?

**Tabla 1**

*Fuente: Elaboración propia (2022) con base en Ramírez-Bustamante et al., 2021*

<b>PAÍS</b>	<b>NÚMERO DE FALLOS</b>	<b>DECISIÓN QUE DECLARA</b>	<b>DECISIÓN QUE NIEGA</b>
Australia	2	1	1
Brasil	3	2	1
Canadá	1	1	0
Chile	1	1	0
España	14	13	1
Estados Unidos	7	5	2
Francia	2	2	0
Italia	2	0	2
Reino unido	3	2	1
Sudáfrica	1	1	0
Uruguay	2	2	0

Dentro de los fallos que reconocen la existencia de una relación laboral se encuentra la identificación de un patrón de actos de subordinación, es decir, se obligan a los domiciliarios o conductores a cumplir con funciones asignadas so pena de recibir sanciones por parte del sistema

de geolocalización que monitorea en tiempo real la actividad de los conductores o domiciliarios. Es así como este sistema restringe la libertad de estos trabajadores. También se premia o se castiga al domiciliario o conductor, se ejerce un control disciplinario y se despide a este último.

Los jueces que reconocieron el vínculo laboral echaron mano de principios de derecho laboral como es la primacía de la realidad sobre las formas y el principio de favorabilidad. Si bien no hay normas que regulen la relación plataformas digitales/domiciliarios o conductores, en caso de duda de esa relación laboral debe dársele la hermenéutica más benévola a favor del empleado que históricamente se ha encontrado en desventaja frente al empleador.

Algunos jueces arguyeron que la relación de las plataformas con los domiciliarios o conductores era asunto de la ley comercial en tanto las partes suscribieron una cláusula compromisoria.

Ahora bien, en relación a los fallos anteriormente mencionados podemos traer a colación un punto que es importante delimitar respecto a la postura asumida por las empresas demandadas, la cual, *grosso modo*, presenta una definición del domiciliario/conductor como un colaborador independiente, mostrándolos como contratistas del servicio prestado por esa empresa. Pero, se debe tener en cuenta que, aunque los colaboradores no tengan una relación directa con quien asume su servicio personal, no exceptúa al empleador de ejercer acciones encaminadas a la subordinación, la cual se ve reflejada mediante los algoritmos que

monitorean y presentan instrucciones de funcionamiento a los colaboradores. Sin embargo, en los fallos también se determinó que:

(...) los actos subordinantes están presentes en la relación entre conductores y domiciliarios con sus plataformas, incluso si éstos nunca tienen un intercambio físico directo con un funcionario administrativo de la empresa según el material probatorio aportado y recopilado en cada uno de los procesos adelantados. (Ramírez-Bustamante et al., 2021, p. 7)

En definitiva, los 30 fallos citados cuentan con cierta armonía dentro de la *ratio decidendi*, con lo que se logró determinar que se ejercían operaciones propias del vínculo laboral tales como el control disciplinario y poder de despido como un sistema de calificación para los conductores/repartidores que premian y sancionan el comportamiento. Por último, el sistema de geolocalización que mencionamos con anterioridad en donde se vigila a estos afiliados, ratificando esto el vínculo laboral.

Desde esa perspectiva, y analizando la legislación en Colombia, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo regula el contrato de trabajo y lo define de la siguiente manera:

**1.** Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario. (Decreto Ley 2663, 1950, Art. 22)

En este orden de ideas, necesitan los repartidores que los jueces laborales interpelen en la situación de desprotección y que el poder legislativo se inmiscuya en el déficit de regulación que existe y deja a estos trabajadores en el vacío por la falta de garantías y demás prestaciones que como seres humanos e individuos necesitan para desarrollar sus actividades laborales con dignidad.

## **V. Colombia en la encrucijada: ¿qué hacer ante las transformaciones laborales?**

Nuestro sistema jurídico ha quedado rezagado frente a este nuevo fenómeno del trabajo mediante el modelo de plataformas digitales. Los desafíos y la búsqueda por garantizar un equilibrio adecuado entre la innovación tecnológica y la protección de los derechos laborales hacen que la regulación de estas nuevas realidades de trabajo sea inaplazable. El ordenamiento jurídico laboral (particularmente el esquema de seguridad social) en Colombia enfrenta desafíos significativos en relación a la regulación del vínculo laboral en las plataformas digitales de reparto. Aunque el país cuenta con un sistema de seguridad establecido, la naturaleza flexible y novedosa del trabajo en estas plataformas plantea interrogantes sobre cómo garantizar la protección social de los trabajadores.

El modelo tradicional de seguridad social en Colombia está diseñado para trabajadores con empleos formales y es-

tables que cotizan a través de sus empleadores. Sin embargo, los trabajadores de plataformas digitales suelen ser considerados como contratistas independientes, lo que dificulta su acceso a beneficios como la salud, la pensión y el seguro de desempleo. Es decir, se requieren esfuerzos adicionales para adaptar el sistema de seguridad social a la realidad cambiante del mercado laboral y garantizar la protección social de todos los trabajadores, independientemente de su forma de empleo.

Partimos de la base de que nuestro sistema jurídico descansa sobre una Constitución muy garantista, con un catálogo de derechos fundamentales que vía bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional amplía su ámbito de aplicación, de manera que sean verdaderamente efectivos sus contenidos. Por el contrario, en la práctica nos encontramos con una nueva forma de relacionamiento social, en el ámbito de las relaciones de trabajo que, precisamente, ponen en tela de juicio los derechos laborales y la seguridad social de las trabajadoras y trabajadores bajo el signo del ocultamiento de la relación jurídico laboral existente entre repartidores y plataformas.

La seguridad social, más allá de estar consagrada en nuestra Constitución, es considerada como un derecho humano básico según la Declaración de Filadelfia de la O.I.T. (1944), confirmado también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), haciendo responsable no solo al Estado por su protección y su promoción, sino también a las empresas dentro de

los deberes que estas tienen con los derechos humanos (Organización Internacional del Trabajo, 2003).

Desde la postura crítica de Joaquín Herrera, los derechos humanos pueden ser definidos desde la siguiente concepción:

Los derechos humanos son una convención cultural que utilizamos para introducir una tensión entre los derechos reconocidos y las prácticas sociales que buscan, bien, su reconocimiento positivo, bien otra forma de reconocimiento u otro procedimiento que garantice algo que es a la vez exterior e interior a tales normas. Exterior, en tanto que las constituciones y los tratados “reconocen” –por supuesto, no de un modo neutral ni apolítico– resultados de las luchas sociales que se dan fuera del derecho con el objeto de conseguir un resultado igualitario y no jerarquizado a priori a los bienes necesarios para vivir. (Herrera, 2008, p. 23)

De esta manera, hablar de derechos humanos desde la mirada de Herrera implica referirnos a “(...) dinámicas sociales que tienden a construir las condiciones materiales e inmateriales necesarias para conseguir determinados objetivos genéricos que están fuera del derecho y que si tenemos la suficiente correlación de fuerzas parlamentarias veremos garantizadas en normas jurídicas” (2007, p. 24).

Es decir, la materialización de los derechos económicos sociales y culturales, dentro de ellos los derechos labo-

rales y la seguridad social es una condición necesaria para la garantía de condiciones materiales e inmateriales de existencia que le permitan vivir a los individuos con dignidad. Omitir la regulación de nuevas formas de relacionamiento que ponen contra las cuerdas las garantías laborales y de seguridad social es poner en entredicho la propia concepción que de dignidad humana se tiene.

De acuerdo con Martin et al. (2019), las plataformas digitales de reparto “pretenden favorecerse de un supuesto vacío legislativo o incertidumbre jurídica para generar situaciones de explotación laboral intolerables que crecen al ritmo que se extiende este tipo de negocio” (p. 64). Por ello, la importancia de una regulación adecuada de las plataformas digitales de reparto radica en varios aspectos fundamentales:

**Protección de los derechos laborales:** Una regulación adecuada garantiza que los trabajadores que prestan servicios a través de estas plataformas tengan acceso a derechos laborales básicos, como seguridad social, salario justo, seguro de accidentes laborales y protección contra la discriminación.

**Equidad y justicia social:** La regulación ayuda a asegurar que haya equidad entre los diferentes actores en el mercado laboral, evitando la explotación laboral y promoviendo condiciones de trabajo dignas para todos los trabajadores, independientemente de su forma de empleo.

**Seguridad para los usuarios:** Una regulación efectiva puede contribuir a garantizar la seguridad y la calidad de los servicios ofrecidos a través de estas plataformas, protegiendo a los usuarios finales de posibles riesgos o malas prácticas.

**Competencia leal:** La regulación adecuada puede fomentar un entorno de competencia leal entre las diferentes plataformas digitales de reparto, promoviendo la innovación y la mejora continua de los servicios, en beneficio tanto de los trabajadores como de los usuarios.

**Impulso a la economía:** Una regulación que fomente un entorno laboral justo y equitativo puede contribuir al desarrollo económico sostenible, al promover la participación de los trabajadores en la economía y alentar la inversión en sectores relacionados con las plataformas digitales.

Así pues, la regulación adecuada de las plataformas digitales de reparto es crucial para garantizar la protección de los derechos laborales, promover la equidad y la justicia social, garantizar la seguridad para los usuarios, fomentar la competencia leal e impulsar el desarrollo económico sostenible.

## **Conclusiones**

Las plataformas digitales de reparto se presentan como una faceta importante de la economía digital, facilitando la conexión entre demandantes y proveedores de servicios a través de aplicaciones en línea. Sin embargo, a pesar de su

aparición de facilitar relaciones comerciales simples, estas plataformas plantean cuestiones complejas en términos de relaciones laborales y de regulación.

La complejidad de las relaciones entre las plataformas digitales de reparto, los trabajadores y la regulación laboral en la era digital plantea preguntas importantes sobre la naturaleza de estas relaciones y aboga por una mayor protección de los derechos de los trabajadores en este nuevo contexto laboral emergente.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la protección de los derechos laborales y la seguridad social se convierte en una cuestión fundamental para garantizar condiciones dignas de trabajo y vida en el marco de las relaciones que se dan en el capitalismo de plataformas y la *gig economy*. La falta de regulación adecuada pone en entredicho la dignidad humana al no garantizar condiciones materiales e inmateriales necesarias para una existencia digna.

El análisis del derecho comparado, especialmente en sistemas jurídicos extranjeros, ha revelado que la mayoría de los fallos judiciales reconocen la existencia de una relación laboral entre los repartidores y las plataformas digitales de reparto. Esta jurisprudencia destaca la presencia de actos de subordinación por parte de las plataformas como el control disciplinario, el poder de despido y el sistema de geolocalización, que evidencian la existencia de una relación laboral.

Es necesario que los jueces laborales y el poder legislativo aborden la situación de desprotección en la que se encuentran los repartidores, interpellando la falta

de regulación y garantizando los derechos y prestaciones necesarios para que puedan trabajar en condiciones dignas. La jurisprudencia internacional y el marco legal colombiano señalan la existencia de una relación laboral entre los repartidores y las plataformas digitales de reparto, lo que requiere una acción inmediata para asegurar la protección y el bienestar de estos trabajadores.

Es fundamental establecer una regulación adecuada para las plataformas digitales de reparto con el fin de salvaguardar los derechos laborales, impulsar la equidad y la justicia social, garantizar la seguridad de los usuarios, promover una competencia leal y estimular el desarrollo económico sostenible. Es necesario que el sistema jurídico se adapte rápidamente a estas nuevas realidades laborales para asegurar una protección efectiva de los derechos de todos los trabajadores, independientemente de su forma de empleo.

## **Referencias**

Arbeláez M. A y Fernández C. (2021). Plataformas digitales y contribuciones a la Seguridad Social-el caso de Colombia antes y después de pandemia. FEDESARROLLO Centro de Investigación Económica y Social.

Bejarano-Duran, B. F. (2022). *El trabajo de los repartidores a domicilio y las plataformas digitales en Colombia: caso de Rappi y iFood*. Bogotá Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Bourdieu, Pierre. (2007). La dimisión del Estado. En H. Pons (Trad.), *La miseria del mundo*. Buenos aires: Fondo de cultura económica.

- Caraballo, C. A. (2020). *Indicios de la relacion de trabajo y empresas digitales. Ensayo sobre la cegeuera*. Universidad Católica Andrés Bello Venezuela: Wolters Kluwer.
- Colombia. Congreso de la república. (1950). *Decreto Ley 2663 de 1950 Codigo Sustantivo del trabajo*.
- Colombia. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. (s.f.). *¿Qué es la Seguridad Social?*.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2018). *Derechos Económicos, Sociales,-Culturales-y-Ambientales*. Mexico .
- Dominguez, A. P. (2012). El concepto de seguridad social: una aproximación a sus alcances y límites. *Justitia* , 81.
- Fernández, C. & Benavides, J. (2020). *Las plataformas digitales, la productividad y en empleo en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo .
- Joaquin, H. F. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños Andalucía España.
- La propuesta para regular el trabajo en plataformas digitales. (2019). *Forbes Staff* .
- Natalia Ramírez Bustamante et alter. (2021). *¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas*. Universidad de los Andes : Borradores de trabajo y derecho N°1.
- OIT Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Recomendación sobre la relación de trabajo*.

- OIT Organización Internacional del Trabajo. (2021). *Plataformas Digitales de Reparto en Colombia. Análisis*. Bogotá: Oficina de la OIT para los Países Andinos.
- OIT. Organización Internacional del Trabajo. (2003). *Hechos concretos sobre la Seguridad Social*. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo 4, route des Morillons CH.
- OIT. Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Informe VI; Seguridad Social: Temas, retos y perspectivas*. Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra Suiza.
- Rappi. (2019). *Terminos y condiciones de uso*. Plataforma virtual "soy Rappi" Legal Rappi .
- Rosenblat, A. (2018). *Uberland: How Algorithms Are Rewriting the Rules of Work* (1st ed.). University of California Press. <http://www.jstor.org/stable/10.1525/j.ctv5cgbm3>
- Saenz, B. A. (2019). Implicaciones en la «gig-economy» en las relaciones laborales: El caso de la plataforma Uber\*. *Estudios de Deusto* , 6.
- Webster, E . (2020). The Uberstition of work: The challenge of regulating platform capitalism A comentary. *International Review of Applied Economics* .

## CAPÍTULO II.

# El derecho fundamental al agua potable y su consolidación en la vereda La Suprema, municipio de María La Baja-Bolívar

### **Marelcy Olivera Guzmán**

Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, seccional Cartagena. Miembro del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

## **Introducción**

El territorio de nuestro Estado es considerado reserva acuífera por ser poseedor de grandes ríos y fuentes hídricas que forman ecosistemas húmedos y tropicales. Esta facultad permite que los habitantes, sobre todo los de zonas rurales, puedan acceder a este recurso. No obstante, este acceso se encuentra afectado por no poseer condiciones de salubridad que permitan un agua apta para el uso y consumo humano, específicamente, para la población rural que vive alrededor de fuentes de agua, puesto que, la prestación de los servicios domiciliarios de agua potable no cubre la demanda que se presenta en la ruralidad colombiana, reduciendo las condiciones de dignidad de las comunidades y obligándolas a soportar cargas que no deberían imponerse en su evidente vulnerabilidad.

En ese sentido, la región del Caribe colombiano ocupa un lugar estratégico, toda vez que está atravesada por siete ríos importantes, entre ellos, el Magdalena, el Sinú y el río Cauca, y cuenta, además, con una subregión llamada Montes de María que está ubicada geográficamente entre bosques y ríos que forman ecosistemas variados y suelos muy productivos para la agricultura. No obstante, a pesar de poseer grandes fuentes de agua, nos encontramos con comunidades enteras sin posibilidades de acceder a ella en óptimas condiciones de salubridad.

El solo hecho de vivir sin poder acceder a agua limpia y apta para el consumo atenta directamente contra la dignidad humana y la realización plena de otros derechos. Es por ello que se torna necesario hablar de derechos

humanos entendiendo que el agua se encuentra dentro de esta categoría, a pesar de que implique sumergirse en un complejo compendio de interpretaciones y conceptos que intentan definirlos desde lo que “es” hasta su “alcance y aplicación”.

Por tal motivo, la presente investigación tiene como propósito el estudio del derecho al agua potable dentro de la esfera de los derechos humanos. Para ello, se realizará, en primer lugar, un estudio de los supuestos normativos, jurisprudenciales y conceptuales que configuran al agua potable como una garantía elevada a tal categoría, a pesar de las posiciones en contra. Una vez fijado lo anterior, se analiza la forma en la que se consolida este derecho en Colombia y los factores que dificultan esa materialización, a partir de la situación que vive la vereda “La Suprema” en el municipio de María La Baja, Bolívar.

## **I. Configuración del derecho al agua potable como un derecho humano**

Para el análisis que aquí se propone se debe empezar por precisar el concepto de derechos humanos que fundamenta nuestro estudio. En primer lugar, partimos de la definición que de derechos humanos brinda la Organización de Naciones Unidas. Desde este punto de vista, encontramos que “los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición” (Naciones Unidas, s.f.). En esa medida, las Naciones Unidas ha definido un amplio abanico de derechos aceptados internacionalmente, entre los que se

encuentran derechos de carácter civil, cultural, económico, político y social.

Sin embargo, a pesar de ser una de las definiciones más aceptadas, no deja de plantear una mirada en exceso normativista, en donde lo que es derecho humano pareciera estar precisado por el simple hecho de encontrarse en una norma de carácter nacional o internacional, sin tener en cuenta las condiciones que permitirían su garantía efectiva. Puesto que, como lo plantea De Sousa Santos, definiciones como esa “deben convivir con una realidad alarmante dado que la gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos humanos, sino el objeto de los discursos de derechos humanos” (2014, p. 23).

Crear que una constitución o un tratado internacional crean por sí solos los derechos humanos, como lo plantea esa visión “tradicional”, es muy limitada y deriva en un peligroso círculo vicioso, ya que, sus postulados descansan en la siguiente fórmula: “los derechos humanos se satisfacen teniendo derechos” (Herrera, 2007, p. 23), en donde tales derechos no serían otra cosa diferente que una mera “plataforma para obtener más derechos”, sin precisar cuántos, ni cuáles, ni en qué condiciones materiales e inmateriales.

En esa medida, el presente estudio suma a la tradicional mirada de la ONU la perspectiva crítica de los derechos humanos, particularmente la visión de Joaquín Herrera Flores (2007), el cual entiende a estos no como derechos simplemente positivados a nivel nacional o internacional, sino como la garantía del acceso a condiciones materiales e inmateriales de existencia de los seres humanos, nece-

sarias para vivir con dignidad. Es decir, para el autor, las consideraciones que determinan a los derechos humanos no inician en lo normativo sino desde los “bienes exigibles para vivir con dignidad”, a partir de los cuales se “consigue obtener la garantía jurídica para su mejor implantación y efectividad” (Herrera, 2007, p. 23). De igual manera, la importancia de la propuesta de Herrera, siguiendo a Gándara (2010, p. 183), radica en que “pretende visibilizar los procesos históricos de lucha a favor de una vida digna, además de desestabilizar desde sus fundamentos las situaciones de injusticia, proponiendo alternativas de acción”.

En definitiva, hablar de derechos humanos desde la perspectiva crítica de Herrera (2007, p. 24) implica referirnos a “(...) dinámicas sociales que tienden a construir las condiciones materiales e inmateriales necesarias para conseguir determinados objetivos genéricos que están fuera del derecho y que si tenemos la suficiente correlación de fuerzas parlamentarias veremos garantizadas en normas jurídicas”.

Durante los últimos años, la lucha por el reconocimiento y la protección de los derechos ambientales como derechos humanos ha sido ardua y permanente, principalmente por fenómenos como la globalización y su modelo de desarrollo extractivista. En el desarrollo de esta lucha ha surgido una problemática mayor por el recurso hídrico, pues constituye un reto para la humanidad, al ser este un elemento esencial y un factor determinante para la calidad de vida.

Desde el marco teórico del cual partimos cobra especial sentido la noción de que el acceso al agua potable, en condiciones de salubridad óptima, es un presupuesto necesario

para vivir con dignidad, y, en esa medida, su tratamiento debe ser el de un derecho humano. Es decir, el acceso a agua potable forma parte de esas condiciones materiales de existencia que requiere una persona dentro de un Estado para que entienda su dignidad protegida.

Ahora bien, al identificar los presupuestos teóricos que configuran al derecho al agua potable como derecho humano, en el plano del derecho internacional, encontramos posturas que van en plena consonancia de un entendimiento amplio de la categoría de derecho humano. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002, p. 1) ha planteado que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

En este mismo sentido incorporó una serie de características que pudieran definir el significado del agua como derecho humano y las condiciones mínimas para su suministro, pues los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas. Respecto al derecho al agua se establece lo siguiente acerca del suministro en la Observación general N.º 15 (2002):

**Disponibilidad.** El abastecimiento de agua por persona debe ser suficiente y continuo para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre

50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubren las necesidades más básicas y surgen pocas preocupaciones en materia de salud. **Calidad.** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. Las guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS) proporcionan las bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable. **Accesibilidad.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado lo que comúnmente se conoce como “Objetivos de Desarrollo Sostenible” que fueron adoptados por todos los Estados miembros en 2015 como un llamado universal para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad para el año 2030. Entre estos objetivos se encuentra el número seis (6), concerniente a garantizar la disponibilidad de agua, su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Este objetivo marca un hito dentro del reconocimiento del derecho fundamental al agua, puesto que marca

una declaración con carácter vinculante para los Estados miembros y constituye una meta internacional que ha incidido en el ordenamiento jurídico interno de los Estado parte, puesto que es necesario que cada Estado realice inversiones adecuadas en infraestructura, proporcione instalaciones sanitarias y fomente prácticas de higiene para que se pueda lograr esta meta.

Usualmente cuando hablamos de derechos creemos que el reconocimiento de esta categoría es suficiente para solucionar todos los problemas sociales y jurídicos que surgen al interior de una sociedad. Sin embargo, olvidamos que para que esos derechos puedan remediar las situaciones que generan problemas sociales, se necesita de una ciudadanía activa que luche hasta incidir en la voluntad de sus gobernantes y que finalmente estos puedan orientar sus políticas públicas a satisfacer las necesidades básicas de los administrados y contribuir a la dignificación de la vida humana.

Frente a esto, se hace necesario cavilar acerca de la efectividad, alcance y amparo de los derechos humanos, pero no desde el discurso sino desde la realidad de los países del sur global y de las iniciativas sociales que intentan redirigir la voluntad política mediante la resistencia y las movilizaciones civiles.

## **II. El derecho al agua potable en la Corte Constitucional colombiana**

En este apartado hablaremos acerca de la manera a través de la cual la Corte Constitucional consolidó su postura en relación a la naturaleza jurídica del derecho al agua potable en Colombia. Tenemos entonces que, el derecho al

agua, aunque no se trata de un derecho reconocido como tal por la Constitución Política, se ha de entender incluido, si se analiza lo siguiente:

Si se tiene en cuenta el Preámbulo, la fórmula política de un estado social y democrático de derecho, las funciones esenciales del Estado, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales y el lugar privilegiado que se da a los recursos y competencias necesarias para el goce efectivo del servicio público del agua potable y saneamiento básico. (Sentencia T-418-2010, M.P. María Victoria Calle Correa)

Del mismo modo, la Corte ha reconocido que “se debe garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas” y que para ello:

(...) debe mirarse en sentido amplio, entendida la connotación de existencia en condiciones dignas, atendiendo al conjunto de circunstancias mínimas inherentes al individuo que le permitan vivir con dignidad -lo menos penosa posible- acorde con su naturaleza de ser humano, para lo cual deben tomarse en cuenta aspectos como la satisfacción de las necesidades básicas, la salud, la edad, las situación de discapacidad o de debilidad manifiesta en que se encuentre el individuo, o cualquiera otra que desde una concepción social del Estado, implique de éste una especial atención. (Sentencia T-270-2007, M.P.: Jaime Araujo Rentería)

Resulta evidente para la Corte que el Estado debe adoptar y proporcionar las condiciones necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos, no solo los referentes a libertades individuales, sino los que, como el derecho al agua, constituyen elementos esenciales para vivir en condiciones dignas.

En el mismo sentido, la Corte reitera lo planteado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde manifiesta que para el adecuado ejercicio del derecho al agua deben aplicarse los factores de disponibilidad, accesibilidad y calidad. Este último estipula que:

El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. (Sentencia T-888-2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En los términos que establece la Corte, a la luz de la sentencia anterior, se ha dicho que la acción de tutela solamente puede proteger derechos derivados de la afectación de derechos e intereses colectivos, en dos situaciones, a saber:

Cuando la afectación de los derechos colectivos requiere la intervención urgente e inmediata del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable y procede como mecanismo tran-

sitorio que desplaza la competencia del juez ordinario mientras se profiere el fallo correspondiente. En este caso, es fundamental demostrar: i) la premura en la intervención judicial, ii) la gravedad del perjuicio que sigue a la demora en resolver el asunto y iii) la existencia de un derecho fundamental afectado, el cual se encuentra íntimamente ligado a la protección del derecho colectivo cuya defensa puede alegarse por vía de la acción popular. 2) Cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, produce la afectación directa de un derecho fundamental. (Sentencia T-888-2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En la misma línea, a la luz del orden constitucional vigente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho al agua comprende, entre otras, las siguientes protecciones:

(i) cuando la prestación del servicio se vuelve dramáticamente intermitente y esporádica, afectando los derechos fundamentales de las personas; (ii) cuando una comunidad no dispone ni accede a agua de calidad para el consumo humano —concretamente ha tutelado el derecho a tener un acueducto, tanto en su faceta positiva como negativa—; (iii) el derecho a acceder y disponer de agua con regularidad y continuidad, en especial si se deterioraron las condiciones básicas de prestación del servicio; (iv) el derecho

al acceso al agua de una o varias personas, cuando se toman acciones positivas que implican limitar la disponibilidad o el acceso a la misma y cuando las autoridades dejan de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que esa situación continúe. (Sentencia T-418/10, M.P. María Victoria Calle Correa)

En los términos de la sentencia anterior, el derecho al agua puede ser protegido cuando arbitrariamente se limita el suministro del servicio, ya sea por cortes, suspensiones o disminución en el flujo, situación que podría afectar la cantidad mínima indispensable para solventar las necesidades en torno al uso y consumo de agua. Lo anterior es importante porque la Corte también ha precisado la relación que existe entre el acceso al agua potable con el disfrute de otras garantías fundamentales, por ejemplo, dignidad humana y el derecho a la salud. En consecuencia, el máximo Tribunal Constitucional ha precisado que:

(...) el agua que es utilizada diariamente por las personas es imprescindible para garantizar la vida misma y la dignidad humana, entendida como la posibilidad de contar con unas condiciones materiales de existencia que les permitan desarrollar un papel activo en la sociedad, para lo cual es evidentemente necesario contar con las garantías básicas del derecho a la salud y a la alimentación, los cuales, evidentemente no pueden ejercerse si no se cuenta con agua potable. (Sentencia T-312 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Por otro lado, la Corte, en diferentes oportunidades, ha reiterado el carácter de derecho fundamental del agua potable, en el entendido de que es parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas, principalmente, cuando se destina al consumo humano.

Razón por la que ha establecido que:

(...) el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. (Sentencia T-891 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa)

Finalmente, podemos concluir que Colombia como Estado social de derecho “está fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Artículo 1. C.P.C), creando mecanismos que permitan consolidar la igualdad material a todos sus gobernados. Además, se atribuye como fin esencial el “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Artículo 2. C.P). Es imperante reconocer que la prestación de servicios es una condición necesaria para la realización de la dignidad humana, principalmente cuando se trata de un servicio tan importante como el de agua potable. Precisamente, esa es la dirección en que la Corte Constitucional ha querido enfocar sus fallos, pues, aunque el agua como derecho fundamental no se encuentra taxativamente

en la Constitución Política, debe entenderse como tal, toda vez que constituye un elemento indispensable para la consolidación de otros derechos y su prestación puede hacer posible la diferenciación directa entre la vida y la vida en condiciones dignas.

### **III. El agua como un servicio público esencial y domiciliario**

En Colombia estudiar la naturaleza jurídica del agua potable implica un análisis desde dos categorías. Por un lado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia lo ha desarrollado como un derecho fundamental, y, por el otro, la norma constitucional lo instituye como un servicio público domiciliario. En este sentido, la Constitución Política de 1991, en su Artículo 1º, predica “el respeto de la dignidad humana como principio rector de la actividad Estatal”, y a partir de esta noción, el texto superior señala que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”. Siendo así, la prestación de servicios públicos se erige como un deber del Estado y debe ser este el garante de que el suministro de esos servicios sea eficiente y llegue a todos los habitantes del territorio nacional. Seguidamente, la Constitución “consagra el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable” (C.P., 1991, Art. 366).

A este respecto, la Corte Constitucional señala que un servicio público es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular

y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” (Sentencia C-075/97, Art.1. M.P. Hernando Herrera Vergara).

Usualmente, al estudiar la naturaleza jurídica de los derechos se ha enseñado que un derecho prestacional no puede ser fundamental dada su naturaleza programática (sentencia T-207/1995). Sin embargo, la Corte ha dicho que, pese a su carácter prestacional, el agua potable sí es un derecho protegido mediante acción de tutela, pues posee los criterios de identificación de los derechos fundamentales. Expresó la Corte:

(...) los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad. (Sentencia T-227 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Así las cosas, la Constitución en su Artículo 367 manifiesta que “el Estado debe reglamentar y fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios” y al tenor de lo anterior, promulga la **Ley 142 de 1994**, que regula la prestación del suministro de agua y, en general, que regula la prestación de los servicios públicos en Colombia que precisan los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

2.8. Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.

2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. (Ley 142, 1994, Art. 2)

Frente a estos debates no se debe desconocer que, en definitiva, el acceso al agua potable es un aspecto crucial de la equidad y la justicia social. Negar el acceso al agua a ciertos grupos de personas, ya sea por motivos económicos, geográficos o sociales, perpetúa las desigualdades y vulnera los derechos humanos fundamentales.

En otras palabras, garantizar el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental, entendiendo que en su materialización adopte la forma de servicio público, es esencial para proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas, promover la equidad y la justicia social, impulsar el desarrollo sostenible y cumplir con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

#### **IV. Análisis del caso de la vereda “La Suprema” en el municipio de María La Baja, Bolívar**

La Suprema es una vereda del municipio de María La Baja, departamento de Bolívar, cuya población en su mayoría es afrodescendiente y víctima del conflicto armado interno colombiano. En cuanto a servicios públicos, la electricidad es el único servicio que se presta, aunque no es efectivo. Además, no cuentan con sistema de recolección de basuras, así que los residuos son quemados o vertidos en los canales del distrito de riego. La Suprema no cuenta con servicio de gas natural, así que recurren a los fogones tradicionales de leña.

Sus 48 familias viven en casas de bahareque con zinc, sus calles no están pavimentadas y su ubicación es distante de la cabecera municipal. En esta comunidad la economía

está basada en la agricultura y la pesca, aunque algunas personas se han convertido en trabajadores de palma aceitera y han desarrollado modalidades de mano de obra barata dentro de la misma.

La comunidad, a pesar de tener agua y estar rodeada de ella, no es beneficiaria del suministro de agua potable, pues la que reciben no es apta para consumo humano y eso los deja en una situación dificultosa. Narran sus habitantes que anteriormente se abastecían de unas lagunas y ojos de agua naturales, pero que, con la llegada del monocultivo de la palma aceitera y su necesidad de abundante agua, se secaron en su mayoría. Mientras que las otras, que aún permanecen, han sido contaminadas con los químicos que le proporcionan al cultivo de palma aceitera para impedir el crecimiento de malezas y la llegada de enfermedades como “el anillo rojo”; el resto de ojos de agua se encuentran en predios que ahora cuentan con seguridad privada e impiden el paso a la comunidad.



*Cartografía realizada por Luz Elena Herrera, lideresa de La Suprema, para esta investigación (2021).*

Según los relatos de algunos habitantes, el agua de “El Pondaje de La Suprema” o la “piscina” está contaminada por los insumos aplicados al monocultivo, con la que en ocasiones han regado hortalizas en los patios de sus casas y casi ninguna planta sobrevive, lo que conlleva que deban comprar verduras para el consumo cosa que anteriormente no sucedía.

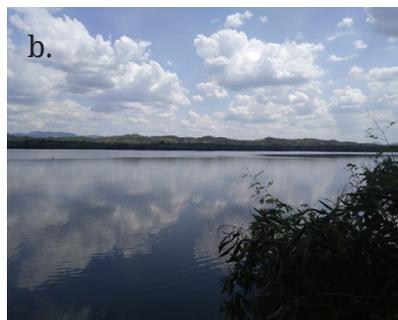
Del mismo modo, como el agua no es apta para el consumo, deben caminar largas distancias para encontrarla, comprar bolsas de agua o salir a comunidades aledañas y comprar tanques o “pimpinas” de agua, cuyo valor es de mil (1000) pesos cada uno, factor que debilita aún más la economía no estable de la población. En algunos casos, personas con menos recursos se arriesgan a consumir la que les llega a sus casas.

Esta comunidad vive en un estado de olvido institucional; no ha sido visible dentro de las políticas públicas municipales, aun cuando su condición es de público conocimiento en el municipio. Las condiciones de vulnerabilidad son manifiestas y al ser excluidos de las políticas municipales la superación de los hechos de violencia y la reivindicación de sus derechos es difícil.

Las transformaciones en la configuración territorial, materializada en las complicaciones para acceder a agua potable, sumado a la situación de vulnerabilidad de la comunidad, redundan en una clara muestra de que los habitantes de la vereda La Suprema carecen de condiciones materiales e inmateriales de existencia que les permita vivir con dignidad. Su forma de vida culturalmente diferenciada

requiere de un acceso continuo al agua que no se da. De esta manera, el acceso al agua potable como derecho humano se desdibuja, vulnerando lo que desde el derecho internacional y la jurisprudencia de las Altas Cortes se ha dicho respecto de este.

Ante esta situación, líderes y lideresas han recurrido a la estrategia de organización social para poder participar activamente en los escenarios de deliberación municipal y transformar sus realidades. Es por ello que luego de cono-



*a) Planta de tratamiento de agua potable. b) Pondaje del viento, c) Canal del distrito de riego. Al fondo se observan las primeras casas de La Suprema*

cer a miembros del Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) presentaron acción popular el día 28 de octubre de 2011, para solicitar el amparo de sus derechos al agua potable y al saneamiento básico, derechos que se encuentran consagrados en la Ley 472 de 1998. A este proceso se vinculó la Alcaldía de María La Baja, la Gobernación de Bolívar y Aguas de Bolívar S.A E.S.P.

La población de La Suprema carece de agua potable porque el acueducto que abastece al casco urbano de María La Baja, aun encontrándose justo al lado de la vereda La Suprema, no los hace beneficiarios del suministro del agua tratada, ni han dirigido sus proyectos a la implementación de tuberías y tanques nuevos que permitan la recepción del agua procesada.

De los informes técnicos realizados a las aguas que consume la población ubicada en La Suprema, se concluye que las características físicas, químicas y microbiológicas del agua estudiada, son alarmantes para la salud de la comunidad referenciada, generando riesgo de morbilidad y mortalidad entre los pobladores de María La Baja, especialmente en la población infantil, que en la comunidad de La Suprema, ha arrojado 7 niños muertos, probablemente por el riesgo de enfermedades que produce el consumo de agua cruda y que proporciona los embalses de agua y el Distrito de Regadío a través de los canales al municipio de María La Baja. La mala calidad de las fuentes hídricas que rodean el municipio

es tan alta, que incluso en el año 2010 se reportó una mortandad de peces, que se presume ocurrió por la baja concentración de oxígeno y la contaminación de las aguas. (Expediente 13001-33-31-006-2011-755-00)

Una vez agotada toda la actuación procesal, esto es, hasta el 29 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo de Bolívar, amparó los derechos invocados y ordenó a los demandados adoptar las medidas necesarias para solucionar la problemática de la comunidad. Medidas que se reducen a las siguientes consideraciones:

1. Ordenar al municipio de María La Baja que en el término de seis meses contados a partir de la providencia, adelante todas las actuaciones administrativas requeridas para la prestación de los servicios de acueducto, agua potable, alcantarillado y saneamiento básico en el municipio de María La Baja y en especial en la población “La Suprema”, con el objeto de que en un término máximo de dieciocho meses contados a partir del vencimiento de los seis meses señalados, se esté prestando de forma eficiente y oportuna dicho servicio.

2. En tanto se garantice la prestación eficiente y oportuna de los servicios antes mencionados, se adopten medidas transitorias tales como la utilización de carrostanques u otro sistema. (Expediente 13001-33-31-006-2011-755-00)

En el año 2017 se evidenció la puesta en marcha de la construcción y adecuación de los tanques de almacenamiento en el acueducto para suministrar el servicio de agua potable a La Suprema. No obstante, ese proyecto no llegó a su fin, pues de manera inesperada suspendieron la adecuación y retomaron el suministro del agua cruda a los habitantes. Una vez dejó de llegar el carrotanque con agua apta para el consumo, la comunidad debió comenzar a consumir y usar el agua cruda, aun cuando se había demostrado, según el Plan Territorial de Salud del municipio, que esa agua no era apta para el consumo humano y que, por el contrario, causaba parasitosis intestinal.

El tener que consumir y usar esa agua produjo enfermedades gastrointestinales y dermatológicas, tal y como lo sostuvieron sus habitantes: “Fui al médico particular porque en la piel tengo paños y empeines y él me dijo que era producido por el agua” (Mujer habitante de La Suprema, dic.-2018). Asimismo, muchos de los pobladores narraron que se sentían maltratados, pues esa agua no la tomaban ni los animales y ellos debían hacerlo por necesidad. “Esa agua es fea. Uno la llena en los tanques y al rato cuando se asienta, le queda una nata blanca arribita y como barro en el fondo. A veces viene y huele a podrido... como a fango”. (Mujer habitante de La Suprema, enero-2019).

Ante esto, es necesario recordar lo que planteó la Corte:

El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias

químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico. (Sentencia T-888-2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Cabe mencionar que, en este proceso, se presentó incidente de desacato contra el alcalde de María La Baja por omitir la medida ordenada por el Tribunal; no obstante, luego de algunos meses, se suscribieron acuerdos de ejecución entre líderes de la comunidad y el alcalde de turno.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en materia de igualdad se ha de proteger especialmente a *'los últimos de la fila'*, que para el caso de acceso a agua potable apta para el consumo humano, son las personas de bajos recursos de las áreas rurales. Se debe lograr el fortalecimiento ciudadano, a partir de la defensa de los derechos fundamentales como marco de la acción estatal, pues muchos de los problemas entorno al manejo, acceso y suministro de agua es una consecuencia inducida por políticas que gestionan mal los recursos hídricos, porque la disponibilidad física de agua —la escasez— es solo una dimensión del tema de la inseguridad de agua, la cual también depende del *'riesgo'* y de la *'vulnerabilidad'*. (Sentencia T-418-2010)

En esa misma dirección señala la Corte Constitucional en relación a la especial protección que se le debe dar a la población de las áreas rurales, principalmente teniendo en cuenta los factores de olvido institucional en cuanto a la implementación de políticas públicas y la pobreza. Advierte entonces:

Más allá de la financiación y las cuestiones técnicas, las comunidades rurales cargan con un peso doble, el de la alta pobreza y el de la baja influencia política. Las poblaciones rurales muy dispersas, especialmente en áreas marginales, tienen poca influencia sobre las elecciones institucionales que influyen en las decisiones y establecen las prioridades para la distribución de recursos. (Sentencia T-733/15, M.P. María Victoria Calle Correa)

En el año 2020, en plena pandemia por COVID-19, la comunidad continuaba sin el servicio de agua potable, pero omitieron mover el aparato judicial nuevamente porque en ese momento habían retomado la adecuación del acueducto. Ya tenían un tanque nuevo exclusivamente para el uso de La Suprema y se encontraban en proceso de colocar las tuberías para que se suministrara el agua procesada. Sin embargo, el trabajo fue suspendido estando por la mitad, supuestamente por falta de tubería disponible.

Justo cuando estábamos a punto de terminar el primer semestre del año 2021, los líderes y lideresas manifiestan que aún sigue detenido el proceso y que a más de cinco años de haber ganado la demanda y ser reconocidos sus derechos

por el Tribunal de Bolívar, siguen sin tener acceso a agua potable y saneamiento básico.

Como se ha venido diciendo, la sola enunciación normativa no garantiza el acceso a las condiciones materiales de existencia que permitan vivir con dignidad. En el caso de la vereda La Suprema se evidencia un profundo “estancamiento estructural” del Estado en sus diferentes niveles, debido a las precarias (o inexistentes) acciones para abordar el problema social urgente del acceso a agua potable de la comunidad, frustrando de esta manera la realización de los derechos contemplados en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad.

En un panorama como el anterior, la labor de las Cortes, motivada por la movilización social de las poblaciones directamente afectadas, es proteger por vía judicial los derechos de la población, acción necesaria y fundamental para superar el “estancamiento” y garantizar la materialización de los principios consignados en la Constitución.

## **Conclusiones**

Los derechos humanos deben ser entendidos como la garantía del acceso a condiciones materiales e inmateriales de existencia de los seres humanos, necesarias para vivir con dignidad. Solo de esa manera se puede comprender que en derechos como el agua potable no basta su sola enunciación normativa, sino que se requieren acciones concretas para su efectiva materialización.

A partir del análisis del caso expuesto y de lo estudiado en esta investigación, surge la necesidad de reflexionar en torno a la eficacia de los mecanismos constitucionales de protección a derechos, pues esta comunidad, pese a tener un fallo judicial a favor, aún no ha podido consolidar los derechos invocados en la demanda. Puede ser quizá por la falta de políticas públicas que prioricen esta problemática, por falta de recursos suficientes que permitan solventar las construcciones o simplemente se trata de la falta de voluntad política de sus mandatarios.

Hacer una lectura completa de los factores que influyen en la materialización de derechos que permitan por su naturaleza dignificar la vida de las personas y sus comunidades, principalmente de las que han padecido los estragos de la violencia y el olvido institucional, es complejo.

La demora en la adopción de medidas que busquen el restablecimiento del derecho al agua potable, es una situación situación que revictimiza a los pobladores de comunidades como La Suprema e impiden el ejercicio completo de otros derechos; dificultan la superación de la pobreza e intensifican los estados de indefensión y debilidad manifiesta.

## **Referencias**

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. CDESC. (2002). Observación General No. 15, 29. Recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 142 de 1994.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-075 de 1997. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-227 de 2003 M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-270-2007, M.P.: Jaime Araujo Rentería). M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-418-2010, M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-733/15, M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-888-2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-891 de 2014, M.P.: María Victoria Calle Correa).

Decenio internacional para la acción “Agua fuente de vida” 2005-2015. Recuperado de: [https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human\\_right\\_to\\_water.shtml](https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml)

De Sousa Santos, B. (2014). Derechos humanos, democracia y desarrollo. Primera edición. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Gándara, J. (2010). Reseña: La Reinención De Los Derechos Humanos. Revista de Derechos Humanos y Estudios

Sociales. Universidad Autónoma Sn Luis de Potosí. Año II. Número 4. Julio-diciembre 2010.

Gilbert, J. (2013). Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra. Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos. PP. 123-145. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32491-1.pdf>.

Herrera Flores, J. (2007). La Reinención de los Derechos Humanos. Primera edición. Sevilla: Editorial Atrapasueños.

Matijasevic, M. (2015). Experiencias De Reconocimiento Y Menosprecio En Campesinas Y Campesinos De Caldas. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Doctora en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Centro De Estudios Avanzados en Niñez y Juventud Universidad de Manizales – CINDE. Recuperado de: <https://bit.ly/2EPaazQ>

Organización de las Naciones Unidas. (2021). Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010 -64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S)

Scanlos, J., Cassar, A., Nemes, N. (2004). Water as a Human Right? IUCN Environmental Policy and Law Paper No

51. Recuperado de: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-051.pdf>

Tribunal Administrativo de Bolívar sala de decisión 003-Expediente 13001-33-31-006-2011-755-00. Acción Popular.

## CAPÍTULO III.

# Los derechos bioculturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

### **Kevin Hernández Paternina**

Abogado, egresado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Clínica Jurídica y Ciudadanías emergentes”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad

### **María José García León**

Abogada, egresada del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Esperanza Urzola Morales**

Abogada, egresada del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Wilmer José Pérez Ebratt**

Estudiante (Q.E.P.D.) del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

## **Introducción**

Los derechos bioculturales han sido reconocidos como una categoría de derechos que abarcan los derechos de la naturaleza y los derechos de las culturas, por cuanto se considera que hay una relación de interdependencia entre los primeros y las culturas de las comunidades que habitan en esos espacios. Una de las sentencias más célebres en materia de derechos bioculturales es la sentencia T – 622 de 2016, por medio de la cual la Corte ampara una serie de derechos que los accionantes alegaban estaban siendo vulnerados por medio de actividades ilegales desarrolladas en el río Atrato, el cual denota especial importancia para las comunidades étnicas que lo circundan.

En un análisis a este pronunciamiento es posible evidenciar los criterios tenidos en cuenta por la Corte para el reconocimiento de esta categoría y amparo de los derechos vulnerados, tales como la fórmula del Estado social de derecho, el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, el concepto de constitución ecológica y la aplicación del principio de precaución para su protección. Por otro lado, la Corte señala algunos referentes internacionales importantes en materia de derechos bioculturales que han sido suscritos por Colombia y que constituyen criterio vinculante. De dicho pronunciamiento se puede colegir que el reconocimiento de la categoría de derechos bioculturales está ceñido especialmente a un enfoque antropocentrista, en el sentido de que se busca proteger la naturaleza por la relevancia que adquiere para determinados grupos poblacionales.

Para efectos metodológicos, con el propósito de hacer un examen integral de la categoría bajo estudio, este trabajo se ha organizado de la siguiente manera: como primera medida se hará una reconstrucción conceptual de los derechos bioculturales; segundo, un análisis de la categoría de estos derechos en la sentencia hito T-622 de 2016, que ha definido el alcance de esta nueva categoría de derechos. Del mismo modo, delimitar los alcances de estos acerca de la llamada constitucionalización de esta gama de derechos y, por último, se precisará cómo ha sido la asimilación del Estado colombiano; finalmente, se expondrán las conclusiones.

## **I. Los derechos bioculturales, una nueva categoría: aproximaciones conceptuales**

En primer lugar, debemos entender que la categoría de derechos bioculturales ha ido emergiendo y evolucionando a lo largo del tiempo, en respuesta a la creciente conciencia sobre la interdependencia entre la diversidad biológica y la diversidad cultural. Como lo señala González-Morales, esta categoría se ha implementado “como fundamento teórico para las declaraciones como sujetos de derecho de los ríos Whanganui (en Nueva Zelanda) y Atrato (en Colombia)” (2022, p. 117). No obstante su uso casi que cotidiano en el lenguaje jurídico contemporáneo, se trata de una concepción teórica que hunde sus raíces, al menos, en la década de los años 80 de siglo XX.

De acuerdo con Bridgewater y Rotherham (2019), uno de los primeros antecedentes de la idea de derechos bioculturales la encontramos en el término diversidad biocultural, utilizado por primera vez en el contexto de la Carta de

Belém, Brasil, 1988, en el marco del Primer Congreso Internacional de Etnobiología. En dicha declaración, de manera clara, se expresa “que hay un vínculo inextricable entre la diversidad cultural y biológica”.

Ahora bien, una de las primeras definiciones de diversidad biocultural la encuentran los autores Bridgewater y Rotherham (2019) en los escritos de la autora Luisa Maffi, para quien:

En los debates internacionales sobre la conservación de la biodiversidad, está quedando claro que el vínculo entre la diversidad biológica y la cultural es inextricable, y que es necesario pensar en la preservación de la diversidad biocultural del mundo como un objetivo integrado. (González-Morales, 2022, como se citó en Bridgewater y Rotherham, 2019, p. 294)

De manera muy general, podríamos decir que los derechos bioculturales son un concepto que integra los derechos humanos con la diversidad cultural y la conservación del medio ambiente. Reconociendo la interdependencia entre la biodiversidad y las culturas humanas, así como la importancia de preservar ambas para el bienestar de las comunidades y el planeta en general. En un sentido, los derechos bioculturales buscan promover un enfoque holístico y equitativo hacia la conservación y el desarrollo, reconociendo la interconexión entre las comunidades humanas y el mundo natural en el que viven.

El surgimiento y evolución de esta categoría no debería sorprendernos si partimos de una noción crítica de

los derechos humanos, como aquella que abandera Joaquín Herrera Flores en su obra “La reinención de los derechos humanos”. Para este autor los derechos humanos son:

(..) una convención cultural que utilizamos para introducir una tensión entre los derechos reconocidos y las prácticas sociales que buscan, bien, su reconocimiento positivo, bien otra forma de reconocimiento u otro procedimiento que garantice algo que es a la vez exterior e interior a tales normas. Exterior, en tanto que las constituciones y los tratados “reconocen” —por supuesto, no de un modo neutral ni apolítico— resultados de las luchas sociales que se dan fuera del derecho con el objeto de conseguir un resultado igualitario y no jerarquizado a priori a los bienes necesarios para vivir. (Herrera, 2007, p. 23)

Es decir, esta categoría emerge como derecho humano en cuanto procura convertirse en un lenguaje que traduce la protección de la dignidad humana. Esto porque permite garantizar la protección del acceso a condiciones materiales e inmateriales de existencia que requieren los sujetos (individualmente considerados o en grupos) para vivir con dignidad. Todo lo anterior, en la medida en que reconocen la “intrincada conexión que existe entre cultura y naturaleza” (González-Morales, 2022, p. 120) y crea una titularidad en cabeza de sujetos que requieren de estas garantías como un marco para abordar problemáticas de manera integrada y equitativa que amenazan con su existencia.

De acuerdo con Sánchez y Morales, los derechos bioculturales pueden ser considerados como:

(...) una categoría de derechos colectivos centrados en la protección del interrelacionamiento con la naturaleza de ciertas comunidades, cuando esta se traduce en un rol de guarda y cuidado atado a su forma de pensar el mundo y sus modos de vida propios. Por ello, no existe un catálogo o lista de derechos bioculturales predeterminada, sino que se trata de una canasta de derechos de contenido variable, de acuerdo con los contextos en que emerjan, así como a las necesidades de las comunidades étnicas y locales para cumplir el mencionado rol. (Sánchez y Morales, 2021, p. 99)

En ese sentido, siguiendo a los autores, perseguirían un doble propósito: “(a) la promoción y preservación de la identidad cultural y autodeterminación de pueblos indígenas y comunidades locales, y (b) la protección del medio ambiente y los ecosistemas, como interés de la humanidad o como interés de la naturaleza misma” (Sánchez y Morales, 2021, p. 99).

Hay que tener en cuenta que, en otras definiciones sobre derechos bioculturales, por ejemplo, la de González y González (2017), se contempla que son aquellos derechos que “ubican en sus centros de protección a las comunidades rurales que mantienen esquemas de vida ligados a su relación con el territorio” (p. 161). En otras palabras, no necesariamente fijan la titularidad de estos derechos a comunidades étnicas, sino que abren el espectro a otros sujetos.

Entonces, los derechos bioculturales son ese subconjunto de derechos, en algunos casos catalogados dentro del grupo de tercera generación, que reconoce a las comunidades, no solo su arraigado vínculo con los ecosistemas, recursos, territorios y la tenencia de estos, sino que protegen la naturaleza en su conjunto y la biodiversidad como tal, la realización sus prácticas sociales, la consecución de mecanismos para proteger dicha relación (hombre-naturaleza) y la preservación de estas comunidades con base en la autodeterminación de que estas gozan, para que las futuras generaciones se les garantice unos medios óptimos para su desarrollo.

Es indispensable aclarar que, aunque los derechos bioculturales tengan su margen de preponderancia en comunidades étnicas, las cuales son los principales titulares de estos derechos, no quedan únicamente vinculados a estas, en el entendido de que no son exclusivos a las comunidades anteriormente mencionadas.

## **II. Análisis a la categoría de derechos bioculturales según la sentencia T – 622 de 2016**

La Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-622 de 2016, concibe la categoría de derechos bioculturales como aquella que agrupa derechos de la naturaleza y derechos culturales, tal como su nombre lo señala. Es decir, bajo el término de “*derechos bioculturales*” no se considera la naturaleza y la cultura como factores independientes y aislados, por el contrario, se interpretan como un todo, dirigido a proteger y garantizar los mismos fines. Esto es importante en un Estado como el colombiano que cuenta con una gran riqueza en materia de biodiversidad y, además,

conviven comunidades étnicas cuyas culturas y modos de vida se desarrollan en esos espacios.

La Corte indica que los derechos de la naturaleza y los derechos culturales de las comunidades que están comprendidos en la categoría de derechos bioculturales se encuentran consagrados en los artículos 7, 8, 79, 80 y 330 (protección a la diversidad étnica y cultural de la nación; protección de las riquezas culturales y naturales de la nación; derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales; planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales; autonomía de los territorios indígenas).

Cuando se alude a los derechos culturales se hace referencia a esas distintas formas de vida de las cuales gozan las comunidades étnicas, formas de vida que se han desarrollado en medio de la naturaleza y han creado fuertes vínculos con las comunidades, de tal manera que las vidas de estas comunidades en casi todas sus esferas —por no decir todas— están vinculadas a espacios naturales. La Constitución Política señala:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (C.P., 1991, art. 330)

Lo anterior se debe a que el deterioro de esos espacios conllevaría necesariamente el deterioro y destrucción de esas culturas. Por esta razón, se hizo necesario agrupar estas dos categorías de derechos, debido a que, en el ámbito de estas comunidades, no es posible comprenderlos o darles un trato diferenciado, ignorando que los actos ejecutados sobre estos recursos naturales repercutirán sobre las culturas de quienes habitan y se desarrollan en estas.

Dado lo anterior, es menester entender en este punto el ámbito de producción y desarrollo. Al respecto, Escobar (1994, como se citó en sentencia T – 622/2016) expone que “el modelo de desarrollo occidental (basado en la concepción del crecimiento económico) es la peor opción para las comunidades étnicas” (p. 50).

Se puede colegir que, aunque el mundo vaya avanzando y se implementen nuevas formas de desarrollo y producción, eso no implica que estas comunidades y sus culturas tengan que adecuarse a los nuevos modelos de desarrollo. Antes bien, estos modelos de desarrollo que serán aplicables en dichas comunidades, tendrán que ir en la línea de un desarrollo sostenible, contribuyendo así a la conservación de los recursos naturales y al mismo tiempo de sus culturas.

Los titulares de los derechos bioculturales son las comunidades étnicas. Una manera sencilla de definir esos derechos bioculturales es referirse a ellos como aquellos derechos que poseen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela sobre sus territorios de manera autónoma, de acuerdo con sus propias costumbres, leyes y aquellos

recursos naturales que conforman su entorno, en donde se desarrollan sus modos originarios de vida, su cultura, sus tradiciones con las relaciones que encuentran con el medio ambiente y la biodiversidad. Estos derechos son el resultado de la confluencia existente entre la naturaleza, los recursos naturales y la cultura de las comunidades indígenas y étnicas que habitan en ese entorno, estos derechos no pueden comprenderse de manera aislada sino como un todo, debido a que son recíprocos entre sí.

Conservar el medio ambiente y la biodiversidad implican la protección y la preservación de los modos originarios de vida y las culturas, ejemplo de ello son las comunidades étnicas. En materia ambiental, Colombia es uno de los países más ricos y eso supone una gran responsabilidad, debido a que en gran parte de las zonas ricas en materia ambiental se encuentran culturas ancestrales, por lo que la protección y la preservación de las diversas culturas se convierte en un objetivo del Estado social de derecho que va encaminado a la garantía de los derechos bioculturales.

Haciendo a alusión a los derechos bioculturales como concepto legal, estos buscan la integración en una sola categoría de protección las disposiciones variadas en temas de derechos a los recursos naturales y derechos culturales de las comunidades étnicas. Los derechos bioculturales no son nuevos derechos para las comunidades étnicas, sino que son una categoría especial que busca unificar tanto el derecho a la cultura (derechos culturales) y los derechos a los recursos naturales, bajo el entendido de que son un todo.

Los derechos bioculturales son una mezcla entre la naturaleza y la cultura. Siguiendo al autor Sanjay Kabir Bavikatte:

El concepto de derechos bioculturales es de vieja data. Ha sido ampliamente utilizado para indicar un modo de vida que se desarrolla dentro de una relación holística entre la naturaleza y la cultura. Los derechos bioculturales reafirman el profundo vínculo entre comunidades indígenas, étnicas, tribales y otro tipo de colectividades, con los recursos que comprenden su territorio, entre ellos flora y fauna. (Bavikatte, 2015)

Las comunidades étnicas tienen una intrínseca relación con la naturaleza, se considera una relación evolutiva y ha sido constituida como una respuesta adaptiva a los distintos cambios ambientales. En esa relación evolutiva-adaptiva le atribuyen significados espirituales y culturales a la naturaleza, dichos significados hacen parte de la diversidad biocultural. Cuando se conservan las distintas culturas también se conserva la diversidad biológica, es decir, la conservación de la diversidad cultural es directamente proporcional a la conservación de la diversidad biológica.

Todo plan, programa o política pública que se pretende desarrollar, debe enfocarse en la conservación de los derechos bioculturales. Igualmente, la jurisprudencia debe estar acorde con la protección de la bioculturalidad. Se debe proteger la vida en sus diversas manifestaciones, y, así, las distintas formas de ver, percibir y ser, pueden perdurar.

### **III. Criterios para el reconocimiento y protección de los derechos bioculturales en la sentencia T-622 de 2016**

#### ***Fórmula del Estado social de derecho***

La fórmula del Estado social de derecho se aplica para satisfacer las necesidades básicas de los colombianos en torno a la dignidad humana, el bienestar general, la justicia social, la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación como pilares fundamentales de un Estado social de derecho.

Así pues, el Estado social de derecho no solo hace referencia a una igualdad formal sino que también se enfoca en la igualdad material, y esta última es suprafundamental porque le sirve de guía al Estado para corregir las distintas desigualdades existentes y garantiza cada uno de los pilares fundamentales anteriormente mencionados. Las distintas autoridades estatales deberán someterse a los principios, derechos y deberes sociales de índole constitucional para lograr la igualdad material, la justicia social y la protección de la dignidad humana de cada una de las personas que integran la República de Colombia.

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 se implementó la fórmula del Estado social de derecho en Colombia, considerado como un mecanismo que busca la realización de los derechos. La nueva carta política incorporó por primera vez en la historia colombiana las tres

generaciones de derechos humanos en un catálogo único de derechos, principios, garantías y deberes, que permite una correcta organización estatal.

La Corte Constitucional se pronunció al respecto sobre esta fórmula en una de sus decisiones que se considera como fundadora de la línea, el cual es la sentencia T-406 de 1992. En esa sentencia lo primordial de los derechos consagrados en la Constitución no reside en su enunciación expresa sino en su aplicación y eficacia, lo que se podría denominar un acceso material a esos derechos. La garantía de esos derechos, según lo establecido en la sentencia T-406 de 1992, está en cabeza de los distintos jueces constitucionales. Todo lo anterior indica que los derechos son precisamente lo que los jueces dictan a través de las distintas sentencias de tutela para hacer efectiva su aplicación y eficacia, y aquellos derechos que sean incorporados expresamente a través del bloque de constitucionalidad.

Para aplicar esta fórmula debe haber una relación entre el Estado y la sociedad, es decir, entre la esfera estatal y social, lo que implica la articulación de una realidad institucional que permita brindar soluciones a las necesidades básicas que no están satisfechas. La satisfacción a esas necesidades básicas debe ser de forma prioritaria, lo que claramente distingue el Estado social de derecho de un Estado de derecho que no interviene en suplir las necesidades sociales.

La justicia material juega un papel crucial en esta fórmula, pues lo material radica en el reconocimiento que hacen el ordenamiento jurídico y las instituciones de la exis-

tencia de situaciones de desigualdad natural, histórica, social o económica de diversos grupos, colectivos, comunidades o poblaciones, por lo que es necesario un trato diferencial que sea favorable, haciendo uso de acciones positivas y recursos para quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad y discriminación. La justicia material es, en pocas palabras, la protección específica a los más débiles. Y en el caso específico de las comunidades étnicas que habitan en territorios aledaños del río Atrato se deben aplicar esas acciones positivas en aras de proteger su identidad cultural y los demás derechos inherentes a esas comunidades.

La justicia social que inspira el Estado social de derecho debe suponer un compromiso de parte de las instituciones estatales en torno a crear condiciones de equidad a través de distintos planes, programas o políticas públicas incluyentes y con alto índice de eficacia. El Estado colombiano debe velar por la protección de la dignidad humana, exigir la solidaridad social de las personas que integran la República y así garantizar cada uno de los derechos fundamentales. Mencionando a la constitución económica, la justicia distributiva desarrolla un ámbito de su regulación, el cual es asignar recursos económicos a los sectores que se encuentran menos favorecidos. Un Estado social de derecho como el colombiano debe promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los distintos derechos, deberes y principios de índole constitucional.

Otros principios que integran la fórmula del Estado social de derecho son el principio pluralista, principio de diversidad étnica y cultural de la nación, principio de soli-

daridad y el principio de prevalencia del interés general. De forma breve, podemos definir estos principios de la siguiente manera:

El principio pluralista consiste en integrar diversas ideologías, valores y principios para proteger a las distintas razas, etnias, creencias, lenguas y sexos con la finalidad de entablar un marco normativo que pueda permitir la convivencia pacífica y la tolerancia. El principio de diversidad étnica y cultural de la nación consiste en que el Estado ve a las personas como sujetos únicos e individuales y no como un sujeto abstracto, este principio fortalece la diversidad y va de la mano con el principio pluralista para garantizar que las distintas maneras de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente; esto implica una prohibición al Estado de imponer una forma de ver el mundo. El principio de solidaridad consiste en auxiliarse mutuamente para lograr satisfacer necesidades individuales, es decir, existe una responsabilidad de forma compartida que atañe al Estado y a la sociedad. Y, finalmente, el principio de prevalencia de interés general por regla general implica la consecución de intereses comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando no esté amparado por un derecho fundamental y atendiendo al principio de solidaridad.

La fórmula del Estado social de derecho aplicando cada uno de los principios y valores mencionados anterior-

mente vela por la defensa del medio ambiente, constituye un objetivo fundamental que refleja de mejor forma el contenido en la Constitución Política de 1991.

Es de suma relevancia proteger ríos como el Atrato, los bosques aledaños, las fuentes de alimento y la biodiversidad. Al proteger de forma íntegra el medio ambiente también estamos contribuyendo a la supervivencia física, espiritual y cultural de las comunidades étnicas, se evita la homogeneización de las culturas y se da garantía a los distintos modos originarios de vida tales como el de las comunidades étnicas.

### ***La dimensión protectora de la consulta previa y su carácter fundamental***

El Convenio 169 de la OIT constituye, sin duda alguna, el marco jurídico internacional de la consulta previa. El literal a) del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT 1989, señala que es el derecho a: “a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (Convenio – 169, 1989, art. 6.1). Por lo expuesto en este artículo, tenemos que la consulta previa también es un mecanismo para proteger derechos y su objeto es garantizar los derechos colectivos de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

¿Dónde encontramos consagrados esos derechos? Los podemos encontrar en principios y derechos contenidos en la Constitución Política, claro ejemplo de esto es que

el artículo 7 de la Carta Política señala que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Const., 1991, art. 7). Complementando lo anterior, los artículos 2, 40 y 330 (parágrafo) hacen parte del marco normativo constitucional de la consulta previa; como marco legal tenemos a la Ley 21 de 1991: “*por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989*” (Ley 21, 1991).

Ahora bien, haciendo alusión a la perspectiva crítica de los derechos humanos, la cual entiende a estos no como derechos simplemente positivados en instrumentos normativos nivel nacional o internacional, sino como la garantía del acceso a condiciones materiales e inmateriales de existencia de los seres humanos, necesarias para vivir con dignidad. Lo anterior implica, de acuerdo con Herrera (2008), “tener acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea digna de vivirla” (p. 26).

De esta manera, el hecho de consultar a comunidades étnicas, culturalmente diferenciadas, sobre decisiones que los afectarán en su forma de vida, otorga el carácter fundamental de este derecho.

Así mismo, hay que tener en cuenta que el Estado colombiano padece de unas condiciones sociales y económicas que impiden la satisfacción de condiciones mínimas para su población, materializada en altos índices de pobreza y desigualdad. Es decir, en el marco de un Estado como el colombiano, donde se vive en una especie de atasco cultural,

debido a las precarias (o inexistentes) políticas públicas que aborden los problemas sociales urgentes, particularmente de poblaciones vulnerables, culturalmente diferenciadas, se frustra, de esta manera, la realización de los derechos contemplados en la Constitución. Por ello, la labor de los jueces constitucionales (de proteger por vía judicial los derechos de la población) es necesaria y fundamental para superar el atasco cultural y garantizar la materialización de los principios consignados en la Constitución Política de 1991.

La acción de tutela tenía como objeto la detención del uso intensivo y a grandes escalas de diversos métodos de explotación forestal ilegales y de extracción minera en el río Atrato ubicado en el departamento del Chocó, lo que indica que para realizar los distintos proyectos extractivos se debe consultar previamente de manera libre e informada a las comunidades étnicas. En tal sentido, dicha explotación de recursos naturales en esos territorios donde tradicionalmente han sido habitados por comunidades indígenas genera grandes impactos en sus modos originarios de vida. El Estado colombiano como, un Estado social de derecho, debe proteger a los pueblos indígenas, y el derecho que tienen a ser previamente consultados adquiere una connotación fundamental.

### ***Protección de la biodiversidad y principio de diversidad étnica y cultural de la nación***

El Estado colombiano y la sociedad tienen la obligación de proteger la naturaleza y el medio ambiente, previniendo causas que puedan generar su deterioro, velar por su conservación y desarrollo sostenible. Así mismo, son garantes

del adecuado aprovechamiento de los recursos naturales y de la protección de aquellas superficies que cuenten con escenarios especiales de flora y fauna, entendiendo que estos son elementos fundamentales en el ordenamiento constitucional; son vivientes y, por tanto, sujetos de derechos que merecen el respeto y cuidado de todos.

Con base en esto, la Corte tuvo en cuenta la gran biodiversidad presente en el departamento del Chocó, conocido como el *Chocó biogeográfico*, ya que “posee a nivel local una variedad de ecosistemas propios (manglares, ciénagas, bosques inundables, bosques secos, húmedos y nubosos y páramo), enclaves de una diversidad específica particular” (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales [IDEAM], 2010, p.159), por lo cual es considerado uno de los lugares con mayor biodiversidad en el mundo.

En esta línea, la Corte señala la importancia de la preservación y conservación del agua proveniente de estos ecosistemas —la cual estaba siendo contaminada producto de actividades de minería ilegal—, por lo que el acceso a esta es considerado como uno de los servicios públicos fundamentales debido al papel que cumple para la consecución y garantía de una vida digna, salud, alimentación, etc. A su vez, alude a tres casos de comunidades indígenas paraguayas que fueron desplazadas a territorios donde el acceso a este y otros recursos se encontraba obstaculizado, entre esas, el caso de *Comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005*, donde se manifiesta que “en el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se

encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y acceso al agua” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se citó en sentencia T – 622/2016).

Sin embargo, el rol que cumple el agua y otros recursos naturales no es solamente para con las comunidades que han hecho de estos espacios sus territorios, sino para la población en general. En este sentido, la Corte señala:

La conservación de la biodiversidad no se basa únicamente en la protección de especies y ecosistemas por su valor intrínseco: la supervivencia de las comunidades humanas está indudablemente ligada a la integridad de su medio ambiente. La mayoría de los bienes de aprovisionamiento que usamos (agua, alimentos, medicinas, combustibles, materiales de construcción, etc.) provienen directamente de o necesitan de ecosistemas en buen funcionamiento. Además, recibimos muchos otros beneficios indirectos de la biodiversidad, como regulación de ciclos hídricos, del carbono, del clima y servicios culturales. (Corte Constitucional, T-622, 2016)

Por otro lado, en el Estado colombiano se encuentran presentes una diversidad de etnias distinguidas y caracterizadas por ciertos componentes culturales, entendidos estos como tradiciones, costumbres, formas de entender el mundo, de vivirlo y desarrollarse en él que han sido adquiridos por un grupo poblacional específico y que los distingue del resto, que le dieron origen y sentido al principio de diversidad étnica y cultural de la nación consagrado en el Artículo

7 de la constitución política. Es deber del Estado orientar sus acciones y decisiones con base en este principio y garantizar la protección de estas etnias, contribuyendo así a la existencia y permanencia de la multiculturalidad expresada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Según el DANE, los grupos étnicos son:

Grupos humanos que se identifican a sí mismos y que son identificados por los demás en función de ciertos elementos comunes; comparten herencias de cosmovisión, identidad, organización social, valores, hábitos, usos y costumbres que caracterizan la interacción entre sus miembros y otros grupos; algunos de ellos mantienen una relación de armonía, equilibrio y espiritualidad con su territorio de origen. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE], 2016)

Cabe resaltar que si bien para muchos grupos étnicos hay una relación con estos recursos debido a que los mismos les sirven como fuente de ingresos o como fuente de alimentos; para muchos grupos son espacios de recreación y convivencia donde llevan a cabo actividades de esparcimiento que se han convertido en costumbres de todas sus generaciones o, para otros, el vínculo creado con estos espacios se basa en creencias espirituales y religiosas que trascienden las necesidades fisiológicas del ser humano. Al respecto, la Corte resalta la relación entre las comunidades étnicas y los recursos naturales “no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la

cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes” (Corte Constitucional, T-188,1993).

Es importante, en tal caso, tener presente la interdependencia que une a todos los seres vivos, tanto humanos como naturaleza, que hacen parte de un todo y que se necesitan no necesariamente por la utilidad que representa la naturaleza para con el hombre, sino por los fuertes vínculos que pueden llegar a existir entre esta y algunos pueblos indígenas y tribales. Así, la protección de la biodiversidad en el marco de la diversidad étnica y cultural va encaminada directamente a la protección de estas culturas.

### ***Constitución ecológica***

Como se explicó anteriormente, el medio ambiente y los recursos naturales constituyen el entorno en el que se desarrollan los seres humanos, necesario para la existencia de estos y de las próximas generaciones, por lo que la Constitución Política se ha encargado de “fijar los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones del Estado y la sociedad con la naturaleza, partiendo de mandatos específicos de conservación y protección del ambiente” (Corte Constitucional, T-622, 2016). Según la Corte, esos presupuestos y mandatos constituyen la *constitución ecológica*.

La sentencia C-632 de 2011 ha considerado que dentro del conjunto de normas que conforman la constitución ecológica es posible resaltar los Artículos 8, 49, 79 y 80 de la Constitución Política “por considerar que en ellos se condensan los aspectos de mayor relevancia en materia ambiental, los cuales a su vez se proyectan sobre las demás

disposiciones que tratan la materia” (Corte Constitucional, C-632, 2011).

Dichas normas establecen lo siguiente:

Artículo 8: Obligación del Estado y de la sociedad proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.

Artículo 49: Saneamiento ambiental como servicio público a cargo del Estado.

Artículo 79: Derecho al ambiente sano.

Artículo 80: Planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado.

En cuanto al último artículo mencionado (Artículo 80), la Constitución Política establece que la planificación y manejo de los recursos naturales se hace con el fin de garantizar su desarrollo sostenible, entendido este como “la búsqueda de un equilibrio armónico entre el desarrollo económico y el gasto de la oferta ambiental en que se sustenta, con el objetivo de guardar y proteger los recursos naturales para las generaciones futuras” (Galvis Navarrete, 2012, pp. 4 -5).

A este respecto, hay tres teorías que la Corte explica que van dirigidas a sustentar la importancia de la protección de la naturaleza, estas tres teorías son: la *antropocéntrica*, *biocéntrica* y *ecocéntrica*.

**Enfoque antropocéntrico.** Sitúa al hombre en primer lugar y considera a la naturaleza y sus recursos como ele-

mentos importantes para este por la utilidad que representan para el ser humano. Prada Cadavid (2012) señala que “el antropocentrismo de carácter utilitarista se evidencia en el sistema Jurídico ambiental en tanto el hombre es el centro y fin de las políticas ambientales...” (p. 34). Entonces, esta postura considera que la protección y preservación del medio ambiente es importante debido a que de este depende la existencia de la población humana en el planeta y garantiza su permanencia en condiciones dignas, debido a todos los beneficios obtenidos de su explotación.

***Enfoque biocéntrico.*** Es similar al anterior enfoque debido a que considera que la naturaleza y sus recursos deben ser protegidos para garantizar la existencia de la población humana, por cuando está dirigido a proclamar la protección del medio ambiente no por el valor que representa por sí mismo, sino para la especie humana. Sin embargo, se distancia un poco del enfoque antropocéntrico en el sentido de que dicha protección al medio ambiente también procura garantizar la existencia no solamente de la población que lo habita, sino de poblaciones vecinas que habitan en otros Estados y de las generaciones futuras. En otras palabras, este enfoque reconoce que la naturaleza y sus recursos no pertenecen solamente a quienes habiten en ellos, sino a toda la población en general y a la que habitará próximamente; de ahí que sea posible evidenciar en dicho enfoque principios como el de solidaridad.

***Enfoque ecocéntrico.*** Este enfoque, a diferencia de los anteriores, reconoce la importancia y el rol de la naturaleza y sus recursos por sí mismos, y los considera como

sujetos de derechos. Aclara que la naturaleza no pertenece al hombre, sino que la especie humana, como muchas otras especies, pertenece a la naturaleza, razón por la cual no tiene el hombre derecho alguno de acabar con su existencia o ponerla en riesgo. Por el contrario, es obligación del Estado y de las personas respetar y proteger a estos sujetos de derechos.

Según la Corte, este enfoque se presenta en la Constitución Política orientando algunas normas, así como también ha orientado importantes decisiones en materia judicial, como la sentencia C-632 de 2011 que sostuvo:

En la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación. (Corte Constitucional, 2011)

Por otro lado, hay quienes consideran que muchas normas consagradas en la Constitución Política, leyes, sentencias y políticas públicas en materia ambiental están orientadas por el carácter antropocentrista explicado anteriormente. Es decir, que muchas veces, detrás de la protección de estos ecosistemas, se encuentra específicamente la in-

tención de satisfacer alguna o algunas necesidades de determinados grupos poblacionales.

### ***Principio de precaución***

Este principio fue desarrollado en el ámbito internacional, específicamente es el principio número 15 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre medio ambiente y desarrollo, el cual dice lo siguiente:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente. (Declaración de Río de Janeiro, 1992, principio 15)

En el ámbito nacional se hace referencia a ese principio cuando se incluye expresamente al artículo 1 de la Ley 99 de 1993, el cual sostiene que “el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo” (Ley 99, 1993, art.1).

Además, los elementos constitutivos del principio en mención han sido abordados por la Corte Constitucional en distintas decisiones, tales como las sentencias C-293 de 2002, C-339 de 2002 y C-071 de 2003. Esos elementos son los siguientes:

1. Que exista peligro de daño; 2. Que este sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado. Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución. (Corte Constitucional Colombiana, C-293, 2002)

El principio de precaución es una herramienta jurídica de gran relevancia, debido a que permite optimizar en gran medida el entorno natural, evitando daños irremediables. Se debe evitar a toda costa esa clase de peligros, lo que indica que, ni el Estado ni los particulares pueden realizar actividades contaminantes, producidas por la explotación minera ilegal, ya que estas pueden repercutir directamente sobre la salud de las personas e indirectamente sobre el

bienestar humano, produciendo cambios en las prácticas tradicionales, usos y costumbres de las comunidades étnicas, que en el caso específico se encuentran habitando cerca del río Atrato.

En la irreversibilidad del daño ambiental se debe poner estricta atención:

Muchos problemas ambientales tienen importantes elementos de irreversibilidad. Si, por ejemplo, una especie desaparece, muy probablemente se perderá para siempre; el mismo concepto aplica y es cierto para áreas vírgenes. Los organismos genéticamente modificados también podrían llegar a producir un daño ecológico irreversible; las semillas transgénicas podrían imponer pérdidas irreversibles por el incremento de la resistencia frente a las plagas. Recientemente, el problema del cambio climático ha despertado las más serias preocupaciones acerca del concepto de irreversibilidad. Algunos gases de efecto invernadero permanecen en la atmósfera por siglos, y por esa simple razón el cambio climático amenaza con ser irreversible. (Sunstein, 2008)

En un sentido similar, siguiendo a Manuel Baeza (2006), los efectos indirectos sobre el bienestar humano mencionados anteriormente, influyen de alguna manera en la homogenización de las culturas, en el sentido que se desconocen las prácticas tradicionales y el modo originario de vida de las comunidades étnicas en el río Atrato. Dicho desconocimiento estaría contribuyendo a la homogenización

de culturas y la negación de grupos aborígenes con cosmovisiones y particularidades distintas al resto de la población.

Según el Convenio 169 de la OIT, suscrito por el Estado colombiano, el Estado está en la obligación de proteger los derechos de las comunidades indígenas guardando siempre respeto por su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones. Si el Estado colombiano protege los derechos humanos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas, estaría reforzando el carácter colectivo de la comunidad y corrobora la identidad cultural que la diferencia del resto de la población.

#### **IV. Críticas a la categoría de derechos bioculturales según la sentencia T-622 del 2016**

Si bien la declaratoria de la Corte Constitucional de reconocer al río Atrato como sujeto de derechos, y el establecimiento de la categoría de derechos bioculturales es trascendental, consideramos que no deja de ser un fallo que en sí mismo limita el alcance de los derechos que consagra y el ejercicio por parte de sus titulares. Esto debido a que se privilegia una perspectiva *antropocéntrica*, por encima de una *ecocéntrica*, en la declaratoria y en la creación de las nuevas categorías de derechos.

De acuerdo con Gómez (2020), en el caso colombiano:

(...) la jurisprudencia no es eminentemente ecocéntrica en consonancia con lo planteado por la corriente, ausente de elementos esenciales para consolidarse con atributos propios de

una persona jurídica y consecuente con la defensa en sí misma, sin embargo, debe analizarse su impacto para la protección y preservación con profundidad, esto, según las particularidades propias, desde lo que podría significar un modelo de participación ciudadana dinámico con incidencia en la construcción de políticas públicas, además de su impacto cultural y en el comportamiento del sistema legal para un mejor relacionamiento con la naturaleza en el contexto nacional. (Gómez, 2020)

Sería de vital importancia el reconocimiento a esta categoría con base en criterios como el ecocéntrico, lo cual va más allá de las posturas utilitaristas, donde todas las especies vivientes tienen la misma importancia. Es el reconocimiento del valor inherente de todas las formas de vida. De este modo, la naturaleza es sujeto de valores, sujeto de derechos (Ensabella, 2016). ¿Qué significa ser sujeto de derechos? Nada más que aquel al que pueden imputársele derechos y obligaciones a través del sistema jurídico

Así las cosas, este río merece ser sujeto de derechos porque a pesar de que brinda una vida digna/plena a las comunidades que se abastecen de él, también brinda riqueza hídrica a Colombia, puesto que los bosques, mares, lagunas, ríos, árboles, animales, merecen respeto moral. Colombia es un país rico en recursos hídricos, en fauna y la flora; es fuente de vida silvestre en el mundo, poseedor de varias especies marinas en vía de extinción, las cuales se deben proteger. El desinterés que se presentó en el río Atrato es

un claro ejemplo de la falta de garantías que tiene el medio ambiente, “la naturaleza”, en Colombia. Los ríos, quebradas, mares, montañas, bosques, animales, etc., merecen tener derechos y ser protegidos.

Hoy en día “no es suficiente reconocer la naturaleza como un bien jurídico al servicio de los seres humanos, es preciso reconocerla como sujeto de derechos” (Stutzin, 1985, como se citó en Cruz, 2017, p. 11). Colombia necesita las normas que garanticen la protección de la naturaleza y sus recursos sean aplicadas, que se pueda garantizar sus derechos mediante acciones judiciales.

Pero, como se mencionó anteriormente, el medio ambiente se protege para tener como meta la protección del ser humano, que es lo que hoy criticamos; necesitamos dejar a un lado la protección al medio ambiente para salvar la vida humana. La naturaleza necesita ser salvada por el solo hecho de ser vida.

## **Conclusiones**

Para finalizar, los derechos bioculturales representan de la mejor forma posible la relación existente entre la especie humana y la naturaleza. Son un conjunto de derechos que no pueden ser comprendidos de manera individual, sino como un todo, debido a que son interdependientes entre sí. La gran conexión existente entre los derechos culturales de las comunidades étnicas y los derechos a los recursos naturales es la que crea la categoría especial de derechos bioculturales.

Se deja por sentado que esta gama de derechos no solo se circunscribe o deben ser interpretados en aras de una situación determinada, sino ser concebidos a un largo plazo, haciendo hincapié en la salvaguarda de los derechos y garantías de las futuras generaciones. Del mismo modo, dilucidar los nuevos paradigmas a nivel constitucional y en materia internacional que, bajo el marco de los derechos humanos, presuponen los derechos bioculturales.

Conviene aclarar que los derechos bioculturales son derechos humanos que adquieren una gran relevancia en el marco de un Estado social de derecho como el Estado colombiano. Lo que les da el carácter de derechos humanos a unas prerrogativas en cabeza de un individuo o comunidad no es el hecho de estar positivado en un instrumento normativo nacional o internacional, lo da la garantía del acceso a condiciones materiales e inmateriales de existencia de los seres humanos necesarios para vivir con dignidad. Y en los casos en donde se utiliza de forma intensiva y a grandes escalas diversos métodos de explotación forestal ilegales y de extracción minera que afectan la salud y los territorios, principalmente de población vulnerable como lo son las comunidades étnicas. Resultando de manera indispensable la garantía de los derechos en cuestión para que se conserve y se haga un uso sostenible de las tierras donde se desarrollan dichas comunidades.

Por último, se evidenció el papel excepcional de la Corte Constitucional para la incorporación de los derechos bioculturales bajo una concepción proteccionista y novedosa hacia estos mismos, a fin de la salvaguarda de comunidades aledañas al nuevo sujeto de derecho: río Atrato.

## **Referencias**

- Acosta, A. y Martínez, E. (2011). “Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política”. *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política* (pp. 239-286). Quito: Abya Yala.
- Avendaño, T. R. (2009). ¿Derecho a la naturaleza o derechos de la naturaleza? Opinión. Recuperado de [https://www.ecologiapolitica.info/novaweb2/wp-content/uploads/2016/03/038\\_Roa\\_2009.pdf](https://www.ecologiapolitica.info/novaweb2/wp-content/uploads/2016/03/038_Roa_2009.pdf)
- Ávila, R. (s.f.). *Los Derechos De La Naturaleza en el Neoconstitucionalismo Andino Hacia un Necesario y Urgente Cambio de Paradigma. Direitos Humanos e Sociedade. Antonio Carlos Wolkmer & Reginaldo de Souza Vieira-Vol.II.* <http://repositorio.unesc.net/handle/1/8102>.
- Baeza, M. A. (2006). Globalización y homogeneización cultural. *Sociedad hoy*, (10), 9-24
- Bavikatte K. & Robinson D. (2011). ‘Hacia una Historia de la Ley de los Pueblos a través de la Jurisprudencia bioCultural y el Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios’, Vol 7/1 *Law, Environment and Development Journal* (2011), p. 35, available at. <http://www.lead-journal.org/content/11035a.pdf>.
- Bavikatte, K. Bennet, Tom. (2015). Community stewardship: the foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 (1). EE. UU. 2015. ISSN: 17597196.

Bridgewater, P. y Rotherham, I. (2019). A critical perspective on the concept of biocultural diversity and its emerging role in nature and heritage conservation. *People and Nature*, 1(3), 291-304. <https://doi.org/10.1002/pan3.10040>

Congreso de la República de Colombia. (22 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones (Ley 99 de 1993). (DO: 41.146).

Congreso de la República de Colombia. (25 de julio 2006). Por medio de la cual se aprueba la “Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” (Ley 1037 de 2006). [DO: 46.741].

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 330 [Título XI]. 44° Ed. Legis.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículos 78 y 82 [Título II]. 44° Ed. Legis.

Convención de la Unesco para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003). París, Francia. Recuperado de [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=17716&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Lima Oficina Regional para América Latina

y el Caribe. 25ta ed. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

Corte Constitucional Colombiana. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622/16. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional Colombiana. (1993). Sentencia T-188/93. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional Colombiana. (24 de agosto de 2011). Sentencia C-632/11. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional Colombiana. (04 de febrero de 2003). Sentencia C-071 de 2003. [MP Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional Colombiana. (05 de junio de 1992). Sentencia T-406 de 1992. [MP Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional Colombiana. (07 de mayo de 2002). Sentencia C-339 de 2002. [MP Jaime Araujo Rentería]

Corte Constitucional Colombiana. (23 de abril de 2002). Sentencia C-293 de 2002. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma el derecho humano a un ambiente saludable. <https://www.escri-net.org/es/case-law/2019/opinion-consultiva-oc-2317> Red- DESC.

Cruz, E. (2017). Justicia ambiental, justicia ecológica y diálogo intercultural. *Elementos* 105. 9-16.

- Declaración de Belém. (1988). Primer Congreso Internacional de Etnobiología. Belém, Brasil. <https://www.ethnobiology.net/what-we-do/core-programs/global-coalition-2/declaration-of-belem/>
- De Sousa Santos, B. (2014). Derechos humanos, democracia y desarrollo. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2016). Definición de Grupos étnicos. Recuperado de <https://conceptos.dane.gov.co/conceptos/conceptos/675/ficha/>
- Fundación J. Vives. (2010). Derechos humanos: historia y conceptos básicos. Fundación Editorial El perro y la rana, Fundación Juan Vives Suriá, Defensoría del Pueblo, Serie Derechos-Humanos-no.1.Venezuela. 2010.[http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf\\_132.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf)
- Galvis Navarrete. L. (2012). El Derecho a un Ambiente Sano. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/documents/10179/70366/EL+DERECHO+A+UN+MEDIO+AMBIENTE+SANO++Lina+Mar%C3%ADa+Galvis.pdf/b14261ae-ee1-48c4-8b5b-8a9944620983>
- Gamboa, G. (2011). Nuevos derechos humanos: NI DERECHOS, NI HUMANOS. *Pers bioét.* Vol. 16, Número 2 p.p 81-86, 2012. ISSN 0123-3122.
- García, E. (2019). El Principio de Precaución en el derecho ambiental. Recuperado de <https://www.asuntoslegales>.

com.co/consultorio/el-principio-de-precaucion-en-el-derecho-ambiental-2892905

Gómez, A. (2020). Un recorrido a la naturaleza como sujetos de derechos. Recuperado de <https://medioambiente.uexternado.edu.co/un-recorrido-a-la-naturaleza-como-sujeto-de-derechos/>

González, A. (2020). El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en Colombia: El caso de algunas fuentes hídricas de Colombia, Análisis jurisprudencial. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

González, X., & González, V. (2017). Derechos Bioculturales y Derechos de los Ríos: una Interpelación al Modelo Minero Energético en el Departamento del Chocó (MAJESTUOSO ATRATO). Quibdó - Colombia.

González, V. (2018). Majestuoso Atrato. Relatos bioculturales del río: Reflexiones académicas y comunitarias de realidades y futuros del Chocó. Bogotá, Colombia: Fundación Heinrich Böll, Oficina.

González-Morales, V. (2023). Derechos bioculturales: perspectiva filosófica. *Naturaleza Y Sociedad. Desafíos Medioambientales*, 5, 117-142. <https://doi.org/10.53010/nys5.06>

Gonzalez, V. (Ed.). (2021). *Derechos de la Naturaleza y Derechos Bioculturales: escenarios de posibilidad ante la degradación de la naturaleza*. Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial Siembra.

- Herrera, J. (2008). La reinención de los derechos humanos (p.23-26), Sevilla. Editorial Atrapasueños. Andalucía - España. Librería asociativa-editorial-materiales didáctica. ISBN (13): 978-84-612-2958-1.
- Imaginario, A. (2019). Significado de Cultura. <https://www.significados.com/cultura/> Consultado: 20 de mayo de 2021.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales. (2010). Informe del estado del medio ambiente y de los recursos naturales renovables. Recuperado de [http://documentacion.ideam.gov.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=9268&shelfbrowse\\_itemnumber=9820#holdings](http://documentacion.ideam.gov.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=9268&shelfbrowse_itemnumber=9820#holdings)
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992). Río de Janeiro, República Federativa del Brasil. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Observatorio ambiental de Bogotá. (2019). [OAB]. Recuperado de <https://oab.ambientebogota.gov.co/que-es-el-principio-de-precaucion/>
- Posso Perea, L. V. (2020). Los derechos bioculturales en Colombia: aplicación al caso de Tribugá. (Trabajo de grado Derecho). Universidad de San Buenaventura, Facultad de Derecho, Bello, Antioquia, 2020.
- Prada Cadavid, A. (2012). Antropocentrismo Jurídico: Perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental. *Criterio Libre Jurídico*, 9(1) 29-43. Recuperado de <https://>

revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/  
article/view/740/575

Rabbi-Baldi, R. (2017). Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial: aproximación a algunos aspectos novedosos. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ramírez, R. (2010). “Socialismo del Sumak Kawsay o biosocialismo republicano”. En: Senplades (ed.). Los nuevos retos de América Latina: socialismo y Sumak Kawsay (pp. 55-76). Quito: Senplades.

Rodríguez, R. (s.f.). LA ADAPTABILIDAD DEL DERECHO FRENTE A LOS CAMBIOS EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO. Derecho & Cambio Social. Lima- Perú NÚMERO.03-Vol.-II. <https://www.derechoycambiosocial.com/revista003/CARTUTULA.htm>

Sánchez, A. & Morales, A. (2021). *Derechos bioculturales: entre la integración y la esencialización de relaciones naturaleza-culturas*. EN Gonzalez, V. (Ed.). (2021) *Derechos de la Naturaleza y Derechos Bioculturales: escenarios de posibilidad ante la degradación de la naturaleza* (pp. 95-123) Centro Sociojurídico para la Defensa Territorial Siembra.

Stutzin, G. (1985). “Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza”. *Ambiente y Desarrollo*. No. 1, Vol. 1, pp. 97-114.

Sunstein, C. (2008). Two conceptions of irreversible environmental harm. *Public Law and Legal Theory Working*

Paper No. 218, Reg-Markets Center, The Law School,  
The University of Chicago.

Tejedor, J. (2012). El modelo económico y su relación con los  
derechos humanos en Colombia. Una aproximación.  
Finanzas y Política Económica, ISSN: 2248-6046, Vol. 4,  
No. 1, enero-junio, 2012.

## CAPÍTULO IV.

# La filiación derivada de la relación padre/madre e hijo(a) de crianza

### **Kevin David Hernández Paternina**

Abogado, egresado del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Clínica Jurídica y Ciudadanías emergentes”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Yohelis Andrea Torres Caro**

Abogada, egresada del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena. Hace parte del semillero de investigación “Discurso jurídico, problemas sociales y globalización”, adscrito al grupo de investigación GIDERIC de la misma Universidad.

### **Yury Gómez Posada**

Abogada, especialista en Derecho de Familia, docente tiempo completo del programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Buenaventura, Cartagena.

## **Introducción**

La presente investigación hace parte de un proyecto de investigación que está basados en el análisis documental exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y Consejo de Estado, e incluso de la doctrina, en torno a las relaciones de hecho derivadas de las familias de crianza. El objetivo general que direcciona la investigación es analizar un nuevo tipo de filiación derivado de la relación de hecho: padre/madre e hijo(a) de crianza en Colombia. Los objetivos específicos son interpretar las nociones del concepto de familia de crianza en Colombia; comprender los criterios de las Altas Cortes frente al reconocimiento de derechos y obligaciones a los padres e hijos de las familias de crianza para garantizar su protección integral; y, por último, fundamentar la relación sociojurídica que existe entre los padres e hijos de las familias de crianza.

Actualmente nos encontramos en una sociedad compleja, en la que van surgiendo distintas relaciones sociales que se van nutriendo a diario y que trascienden al ámbito jurídico. El derecho debe estar acorde con la realidad, por lo que toda teoría jurídica debe estar cimentada en una teoría social, de ese modo el derecho se torna dinámico y se manifiesta frente a los distintos cambios sociales que van surgiendo.

Las familias en Colombia no solamente se constituyen por vínculos biológicos o naturales, o por vínculos jurídicos, sino también por vínculos sociales. Anteriormente, se tenía un concepto tradicional de familia, la cual solo se constituía por vínculos biológicos o jurídicos, pero gracias al papel

excepcional de las Altas Cortes colombianas, principalmente el de la Corte Constitucional, se ha reconocido que existen lazos de familia basados en las relaciones de afecto y cariño. Dicha relación de afecto y cariño constituiría una relación de hecho, que podría ser explicada con mayor facilidad en la relación padre-madre de crianza e hijo(a) de crianza, y cuya relación crea una paternidad llamada paternidad social. Ese padre o madre de crianza asume el rol de una autoridad parental que se encarga de brindar el amor, la solidaridad, la protección y todo lo que requiera el hijo o la hija para su completo desarrollo. Ahora bien, como los hijos de crianza han sido una creación jurisprudencial, se han establecido una serie de requisitos para probar esa relación de hecho, que en palabras más técnicas se denominaría la acreditación de la posesión notoria del hijo de crianza. Lo que se debe probar para acreditar la posesión notoria del hijo de crianza es la fama, el trato y el tiempo, lo cual más adelante será desarrollado con mayor rigor.

En ese orden de ideas, la relación padre/madre e hijo(a) de crianza no podría derivar en una filiación natural, ya sea matrimonial o extramatrimonial. Tampoco sería una filiación adoptiva, toda vez que esta se adquiere “una vez se haya surtido todo el trámite de la adopción entre adoptantes y adoptado” (Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2016). Mucho menos sería una filiación por reproducción artificial o asistida. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la relación padre/madre e hijo(a) de crianza crea un nuevo tipo de filiación, que podríamos denominar “filiación social”, nombre derivado de la paternidad social que se crea como resultado de dicha relación.

## **I. Nociones del concepto de familia en Colombia**

Al hablar de la institución jurídica familia es inevitable dirigirnos al artículo 42 de nuestra Constitución Política de 1991, la cual en su génesis cobijaba un concepto tradicional de familia, y que evidencia el papel excepcional de las Altas Cortes al incorporar en nuestro ordenamiento novedades jurídicas de la institución familia. Se hará un exhaustivo análisis respecto al contenido del Artículo 42 de la Constitución Política, el cual determinó el concepto de familia de la siguiente forma:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja

tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Const., 1991, art. 42)

En la familia se crean los primeros espacios educativos, así como las primeras relaciones de afecto y cariño. Es por ello que el numeral 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona que se le debe conceder a la familia “la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976).

A partir de la definición del Artículo 42 de la Constitución Política, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha ido más allá de esa concepción tradicional y ha estipulado que

la familia no solo es constituida por vínculos naturales o biológicos o por vínculos jurídicos, sino, como menciona la Corte Suprema de Justicia, “a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia” (Corte Suprema de Justicia, STC6009-2018).

La protección a la familia no solo recae en cabeza del Estado sino que la sociedad debe garantizar la protección al núcleo familiar. Por ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional “se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez” (Corte Constitucional, sentencia T-887 de 2009).

Cabe aclarar que la sociedad colombiana es una sociedad compleja y plural en la que surgen distintos tipos de familia, razón por la que no puede existir un solo concepto de tal forma que:

El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. (Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2009)

## **II. Familias de crianza**

Teniendo la claridad sobre la existencia de una pluralidad de conceptos de familia, la protección constitucional no solamente recae sobre las familias creadas por vínculos biológicos o jurídicos, sino también las creadas a través de relaciones de hecho o de crianza. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha mencionado lo siguiente:

(...) la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. (Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2013)

De forma breve, se puede definir a la familia de crianza de la siguiente forma, son aquellas que surgen “por las relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección” (Corte Constitucional, sentencia T-070 de 2015), es decir, no surgen a partir de vínculos consanguíneos o vínculos jurídicos. La sociedad es dinámica, es por ello que también el derecho debe tener ese dinamismo, lo cual lo faculta para regular esas relaciones sociales que

van surgiendo, conformadas a partir de la convivencia y asistencia que no siempre suele ser brindada por los padres biológicos, lo que indica que aquellas personas que ejercitan la autoridad parental puedan ser “destinatarias de las medidas de protección fijadas en la constitución política y la ley” (Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013).

El Consejo de Estado en su sección tercera también se ha manifestado sobre los vínculos sociales que dan origen a la familia de crianza:

(...) la familia no solo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. (Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia rad. 31252, 2013)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tampoco ha sido ajena a la concepción de la familia de crianza, la cual menciona que:

El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye también a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero puede haber relaciones de apoyo y afecto

incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituirarla. (Corte Suprema de Justicia, STC146080, 2015)

Dando lugar a la existencia de diferentes tipos de familia, en los que cabe enunciar las siguientes: “por adopción, matrimonio, unión marital entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensamblada” (Corte Suprema de Justicia, sentencia STC146080, 2015). Entonces, la familia de crianza surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia” (Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2016). Estas familias de crianza se fundan en el principio de la solidaridad, el cual se encuentra ampliamente respaldado por la Constitución Política de 1991.

### **III. Hijos de crianza en la Jurisprudencia de las altas cortes colombianas**

Teniendo claro el concepto de familia de crianza, en nuestra realidad social se ha vuelto común la expresión “hijo de crianza”, que no tiene su origen en vínculos sanguíneos o jurídicos, más bien en la “facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura” (Consejo de Estado, sentencia con rad.18846, 2008). Los hijos de crianza son los que se encuentran cobijados bajo la llamada paternidad social, es decir, bajo el cuidado de una autoridad parental (los padres de crianza) que les brinda el amor, la solidaridad, la protección y todo lo que requiera el hijo para su completo desarrollo.

Las altas cortes admiten el vínculo de crianza como una forma válida de familia, por lo que los hijos de crianza adquieren los mismos derechos que los demás hijos derivados del vínculo consanguíneo o jurídico. Actualmente en Colombia no existe una reglamentación expresa y taxativa en el ordenamiento jurídico; no obstante, en muchas ocasiones, las altas Cortes en Colombia se han pronunciado sobre la relación entre hijos, hijas, padres, madres, abuelos y abuelas de crianza por el nexo causal con la conformación y constitución de la familia de crianza. Lo anterior se da en primera medida porque la interpretación que realizan las altas Cortes de la norma y los artículos constitucionales que positivizan las garantías y derechos de las relaciones de obligación paterno filial entre hijos, hijas, padres, madres, abuelos y abuelas, la extienden y amplían el rango de protección a las relaciones consolidadas mediante el afecto y cariño, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos.

En cuanto a pronunciamientos de la Corte Constitucional, desde 1997, con la sentencia T-495 en la que un joven que había sido abandonado por sus padres biológicos fue acogido por una pareja que lo ayudó a salir adelante, cuando el joven creció se convirtió en el encargado de asistir las necesidades de quienes él reconocía como padres. Sin embargo, el joven fallece mientras presta el servicio militar y le solicitaron al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de una indemnización por la muerte de su hijo que la Corte en este caso determina que se trataba de una familia en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto.

to, respeto y asistencia entre los tres miembros. Por lo tanto, otorgaron el reconocimiento y pago de una indemnización a los padres de crianza del joven.

Desde ese momento son indiscutibles los derechos y obligaciones que se otorgan entre padres e hijos de crianza, toda vez que son muchos los pronunciamientos que han adoptado este concepto, brindando derechos y otorgando deberes filiales. Por ejemplo, las sentencias T-887 de 2009 y T-942 de 2014, por las que se reconoce subsidio familiar de vivienda a una familia de crianza.

Existen diferentes sentencias mediante las cuales el vínculo paterno-filial de crianza ha reconocido derechos derivados de afiliaciones a la seguridad social y el sistema general de pensiones, ordenando las Altas Cortes a fondos de pensiones y entidades prestadoras de salud la vinculación y reconocimiento de derechos entre familias de crianza. Por ejemplo, en la sentencia T-281 de 2018 se abordó un caso en el que se solicitaba la sustitución pensional de un sobrino político del causante a cargo de una empresa privada. En dicha oportunidad se determinó que se acreditaban los presupuestos para el acceso a la sustitución pensional por tratarse de una familia de crianza aduciendo que se vulneraba el derecho fundamental a la igualdad a que tienen derecho todos los tipos de familia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha ratificado la existencia de las familias de crianza, y en sentencia con radicado 1939-2020 se pronuncia sobre este tema. En uno de sus apartes señala:

Por ende, ante la defensa de un concepto amplio de la familia, y su protección sin lugar a discriminaciones por razón de su conformación, para la Corte no cabe duda de que la pensión de sobrevivientes con los requisitos previstos originalmente por el Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, así como la que introdujo la Ley 797 de 2003, se extiende a la familia de crianza, es decir, se repite, aquella en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que por esa razón, el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de una prestación que implica mantener la protección económica que le brindó la persona que asumió responsablemente y por solidaridad, la paternidad. (Corte Suprema de Justicia, SL 1939-2020)

Por lo anterior, el hijo de crianza tiene pleno derecho para disfrutar de la pensión de sobreviviente al cumplir con las condiciones que establece el artículo 74 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, debe acreditar la calidad de hijo de crianza y la jurisprudencia determinó los siguientes requisitos:

1. El reemplazo de la familia de origen, esto es, la relación de facto que se genera con otra persona por fuera del vínculo consanguíneo o civil, incluso, puede ser un pariente o familiar que asumió ese rol.

2. Los vínculos de afecto, protección, comprensión y protección, que se asimilan a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 —CIA— que permiten distinguir la interacción familiar entre sus miembros.

3. El reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo, en el sentido que no sólo basta el desarrollo de las manifestaciones de protección integral a quien se sumó al nuevo núcleo familiar, pues puede darse el caso que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no necesariamente vea a sus protectores como padres, por lo que se requiere que, ante la sociedad, incluso en el ámbito familiar, se pueda exhibir esa condición.

4. El carácter de indiscutible permanencia, que no significa establecer un límite de tiempo específico y arbitrario de verificación de esos lazos afectivos, sino como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, un término razonable en el cual se pueda identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, al punto de que verdaderamente se hayan forjado los vínculos afectivos.

5. La dependencia económica como requisito esencial no solo para acceder a la prestación pensional de sobrevivientes, sino como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a

efectos de proporcionarle a este último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado. (Ley 100, 1993)

Por otra parte, la Corte Constitucional en varias sentencias anteriores como las sentencias T-279/20, T-074/16, T-316/17 y T-281/18 se habría pronunciado sobre este asunto en el mismo sentido de la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en 2020.

La Corte Suprema de Justicia recientemente garantizó el derecho sucesoral de los hijos de crianza porque **“debe prevalecer la relación de crianza y la paternidad social frente a la paternidad biológica”**. La Corte Suprema de Justicia enfatizó en que la biología debe ser “compatibilizada con la realidad familiar y los nuevos mecanismos para su conformación, incluso con el desplazamiento de aquella, para hacer realidad la voluntad de quien asintió un vínculo de hecho, derivado de la crianza”.

Mancomunadamente el Consejo de Estado, en algunas sentencias, reiteró que los hijos de crianza y padres de crianza cuentan con legitimación en la causa por activa en procesos de responsabilidad estatal, es decir, ha adoptado los criterios establecidos por la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. La filiación puede ser natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva (por uno o ambos padres), o por reproducción artificial o asistida (CSJ. SC6359-2017, mayo 10/17, Rad. 2009-00585-01).

Existían en Colombia tres tipos de parentescos: por consanguinidad, por afinidad y civil. Sin embargo, el artículo 50 del Código Civil fue derogado por la Ley 5 de 1975 y este artículo definía que “el parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo” (Código Civil, 1873). Dicha modificación es concomitante a lo enunciado por la Corte Constitucional en sentencia C-336 del año 2016, con el fin de eliminar cualquier tipo de discriminación se señaló el artículo 64 de la Ley 1098 de 2006 que extiende el “parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante igual en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines a estos” (Código de Infancia y Adolescencia, 2006).

A la fecha, se reconoce como parentesco civil tanto aquel que hace alusión al tipo de parentesco producto del acto jurídico de adopción y del vínculo natural de consanguinidad. Por otro lado, el parentesco por afinidad que hace alusión a la relación existente entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer, tal como lo establece el Artículo 47 del Código Civil colombiano.

Del parentesco se deriva una relación que implica derechos y obligaciones de padres e hijos. Mientras que la filiación designa el estatus derivado del vínculo que une al hijo y a su progenitor, ya sea por adopción o por vínculo natural y los efectos jurídicos del principio filial, el parentesco designa la clase de relación que une a los parientes. Por su parte, el parentesco civil produce los

efectos jurídicos establecidos en el Artículo 64 del Código Civil colombiano y la doctrina ha clasificado lo anterior en derechos, obligaciones e incapacidades.

En sentencia C-258-15, estableció la Corte Constitucional de Colombia que:

La filiación es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros.

No obstante, en términos taxativos de la ley colombiana, entre los hijos de crianza no existe parentesco, y, por tanto, no existiría filiación porque se trata del vínculo jurídico derivado del parentesco que actualmente no se encuentra legislado en Colombia y apenas recibe la denominación debido a la jurisprudencia de las Altas Cortes, dejando claro la aplicación de precedente judicial al reconocer que existe una filiación derivada de la relación padre/madre e hijo(a) de crianza, que podríamos denominar “filiación social”, término al cual aludimos debido a la paternidad social creada en dicha relación.

## **Conclusiones**

Se hace necesario una interpretación amplia del artículo 42 de la Constitución Nacional no restringida solo a que los vínculos que son fuentes de la familia son los jurídicos y naturales. La Corte Constitucional en varias jurisprudencias ha corroborado que el concepto familia debe ser entendido

desde el principio de pluralidad. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente como aquella surgida del vínculo natural o jurídico.

De este modo, atendiendo a la capacidad análoga e interpretativa de la jurisprudencia en el ordenamiento colombiano, se ha percibido, aceptado y declarado hijo de crianza a aquel que ha sido acogido voluntariamente para integrarse a un hogar; son quienes conforman la familia de crianza sin perjuicio de que entre padres-hijos existan vínculos consanguíneos o jurídicos y se le otorgan derechos y deberes propios de la relación paterno filial de consanguinidad.

No obstante, al tenor de nuestra legislación, entre los hijos de crianza no existe parentesco y, consiguientemente, no existía filiación porque se trata del vínculo jurídico derivado del parentesco. Concluimos que la Corte en los pronunciamientos está creando un nuevo tipo de filiación, porque la declaración de derechos y deberes en el precedente judicial entre hijos de crianza y padres materializa la relación de obligaciones jurídicas que se presentan en los parentescos, solo que estos hijos de crianza no tienen regulación legislativa. Lo único que tenemos es el Artículo 4 de la Ley 45 de 1936 modificado por el Artículo 6 de la Ley 75 de 1968 que estableció que la posesión notoria del estado de hijo opera como una presunción legal de paternidad, pero tal figura está categorizada para los hijos extramatrimoniales, es decir, hijastros que desde antaño se les han reconocido esos derechos, cuyos efectos se extienden de esta presunción

a través de la jurisprudencia y deben acreditarse mediante tres elementos: el trato, la fama y el tiempo.

Aunque se pueda probar la relación de familia de crianza mediante la posesión notoria del estado civil de hijo, hija, padre, madre, no es suficiente con dicho reconocimiento presunto que admite prueba en contrario porque las decisiones de las Altas Cortes se refieren a las relaciones filiales que no solo repercuten dentro de un proceso de impugnación de la paternidad. Por el contrario, va mucho más allá influyendo sobre el orden sucesoral, sobre el sistema de seguridad social, indemnizaciones por reparación directa y sobre principios constitucionales del derecho civil privado. Téngase presente que reconocer la existencia de una filiación social implicaría desordenados grados de consanguinidad y la relación de cualquier familia se extenderán para todos los miembros de la de crianza. Es decir, al reconocer la filiación social por medio de la familia de crianza a padre-hijo produciría efectos jurídicos no solo entre ellos sino que se entienden tales actos jurídicos a los hijos del hijo de crianza, se convertiría el padre en abuelo de crianza, se abarcarán términos como hermanos de crianza, tíos de crianza y así sucesivamente con los demás miembros familiares.

Atendiendo a todo lo expuesto anteriormente y bajo el marco de un Estado como el colombiano, donde nos encontramos en un amplio “estancamiento estructural”, las Altas Cortes colombianas han tenido un rol dinámico y con gran protagonismo en la conquista de derechos que se derivan de las nuevas relaciones sociales reconocidas en el derecho colombiano como la relación de hecho padre/madre

e hijo(a) de crianza. El reconocimiento de los derechos derivados de dicha relación sería un gran avance dentro del derecho privado colombiano y dejaría por sentado un gran precedente que podría servir de guía para el reconocimiento de otras relaciones sociales que van surgiendo en nuestra sociedad compleja y dinámica.

## **Referencias**

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones (Ley 100 de 1993). [DO: 41.148].

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1993). Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes (ley 5 de 1992). [DO: 40.483].

Consejo de Estado. (11 de julio de 2013). Sentencia con radicado 31252, 2013. C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (26 de marzo de 2008). Sentencia con radicado.18846, 2008. C.P. Enrique Gil Botero.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991). 44° Ed. Legis.

Corte Constitucional Colombiana. (02 de junio de 2016). Sentencia C-292/16. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional Colombiana. (22 de febrero de 2016). Sentencia T-074/16. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional Colombiana. (23 de julio de 2018).  
Sentencia T-281/18. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional Colombiana. (31 de julio de 2020).  
Sentencia T-279/20. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional Colombiana. (18 de febrero de 2015).  
Sentencia T-070/15. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional Colombiana. (19 de febrero de 2016).  
Sentencia T-071/16. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional Colombiana. (2 de septiembre de 2013).  
Sentencia T-606/13. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional Colombiana. (26 de agosto de 2009).  
Sentencia C-572/09. M.P. Humberto Antonio Sierra.

Corte Constitucional Colombiana. (26 de julio de 2011).  
Sentencia C-577/11. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional Colombiana. (04 de diciembre de 2008).  
Sentencia T-887/09. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional Colombiana. (03 de diciembre de 2014).  
Sentencia T-942/14. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional Colombiana. (6 de mayo de 2015).  
Sentencia C-258/15. M.P. Jorge Ignacio Preteli Charjud.

Corte Constitucional. (1 de diciembre de 2009). Sentencia  
T-887/09. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia. (10 de mayo de 2017). SC 6359-2017 M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia. (9 de mayo de 2018). STC 6009-2018 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*, de 16 de diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, Disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html>

Este libro se editó en Alpha Group en octubre  
de 2024, con un tiraje de 200 ejemplares.

Se empleó la tipografía Noto Serif.