

Retos y Tendencias de la Participación Ciudadana
en el Modelo de Estado Democrático Colombiano.



Katherine Torres Sánchez

Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público
2020.

Retos y Tendencias de la Participación Ciudadana
en el Modelo de Estado Democrático Colombiano.

KATHERINE TORRES SANCHEZ

Trabajo de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Público

Directora:

Dra. Janeth Milena Pacheco

Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público
2020.

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Nota obtenida _____

Fecha: 2020

Agradecimientos

*Mis agradecimientos al Padre/Madre,
quien me da toda su luz
creadora de todas las cosas,
a mi familia en particular mi esposo Agustín Jiménez
e hijos Alejandro y Alejandra
y a mi tutora Janeth Milena Pacheco.*

Tabla de Contenido

	Pág.
Introducción.	8.
Capítulo I.	
1. Participación y democracia colombiana.	19.
1.1 Democracia y Participación ¿Fuerza Legitimadora del Poder?	20.
1.2 El giro Deliberativo de la Democracia.	30.
1.3 Participación y Democracia Participativa.	32.
1.4 El Sendero Democrático: de la Modernidad a la Posmodernidad.	37.
1.4.1 La Tercera Transformación Democrática.	40.
1.5 ¿Constitucionalismo Garantista o Neoconstitucionalismo?	42.
1.5.1 Los Derechos Humanos y la Participación Democrática.	44.
1.5.2 Democracia Participativa en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.	47.
1.6 Evolución de la Participación y la Democracia en Colombia.	51.
1.6.1 Avances Legislativos e Institucionales de la Participación.	59.
1.6.2 ¿La Participación de la Participadera?	61.
Conclusiones.	64.

Capítulo II.

2. Tendencias y nuevos escenarios para el fortalecimiento de la democracia.	65.
2.1 Escenarios internacionales de cara a las sociedades internacionalizadas.	67.
2.2 Sistema internacional de Naciones Unidas: Participación, sector privado y derechos humanos.	72.
2.2.1 La debida diligencia como mecanismos de inclusión y participación deliberativa.	77.
2.3 Organismos multilaterales y escenarios de participación con enfoque de derechos.	80.
2.4 Responsabilidad Social Corporativa y Empresarial como marco regulador de derechos y participación.	84.
2.4.1 Entre las leyes blandas y las leyes duras de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).	87.
2.5 Mecanismos de acceso a la justicia con enfoque Hard Law.	90.
2.5.1 Mecanismos de acceso a la justicia para la Protección de Derechos Humanos.	91.
2.5.2 Mecanismos Regionales.	94.
2.5.3 Mecanismos Judiciales ante las empresas.	95.
2.6 Visiones de gobernanza y de gestión pública que favorecen la democracia.	100.
2.7 Democracia, Participación y Acuerdo Final de Paz.	104.
2.8 Implementación de nuevos escenarios y tendencias de participación en Colombia (Escenarios implementados de leyes soft Law en Colombia).	109.
2.9 Marco Jurídico Colombiano del derecho Soft Law y la RSE.	112.
2.9.1. Marco Jurídico de Hard Law.	116.
Conclusiones	117.

Capítulo III.

3	Colombia en su trasegar por la Democracia.	119.
3.1	Los desafíos sistémicos e institucionales en nuestro modelo democrático.	120.
3.2	Fundamentos constitucionales y jurisprudenciales de democracia deliberativa en Colombia.	148.
3.3	Hacia la implementación de la democracia deliberativa en Colombia.	152.
3.3.1.	La democracia Deliberativa en Colombia, desde el modelo democrático vigente.	154.
3.4	Creación y ampliación de escenarios deliberativos con enfoque de gobernanza.	159.
3.5	Judicialización de derechos sociales con enfoque deliberativo.	162.
3.6	Recursos Naturales, Conflictos socioambientales y participación deliberativa.	166.
3.7	Modelos democráticos deliberativos en Chile Argentina.	175.
	Conclusiones.	181.
	Conclusiones Finales.	184.
	Lista de Referencias.	

Retos y Tendencias de la Participación Ciudadana en el Modelo de Estado Democrático Colombiano.

Introducción

Con profunda satisfacción y gratitud presento este trabajo de tesis denominado “Retos y Tendencias de la Participación Ciudadana en el Modelo de Estado Democrático Colombiano”, que tiene como objetivo profundizar en el análisis de nuevos escenarios generadores de nuevas tendencias que podrían favorecer visiones de democracia deliberativa, bien común y gobernanza, fortaleciendo así el sistema democrático a través de la participación ciudadana; reconociendo, por su puesto, desafíos y condiciones necesarias que el modelo democrático colombiano requiere superar para lograr implementar dichas tendencias en pro de un Estado democrático más desarrollado.

Participación y democracia son términos poco novedosos, o conceptos que las doctrinas jurídica y sociopolítica no han abordado de forma exhaustiva. Existe un amplio material documentado al respecto en que la democracia se define como la fórmula de participación del pueblo; o de incidencia en el gobierno de forma directa; o se concibe como el gobierno del pueblo; o es analizada de forma crítica considerándola más un ideal que una praxis en el ejercicio del poder. Es así como se podría interpretar que la democracia se ve como un fenómeno histórico, político, constitucional y social lleno de cambios y transformaciones en la medida en que van cambiando creencias, visiones y dogmas sobre gobernantes y gobernados.

No obstante, el análisis sobre la democracia sigue siendo vigente, ya sea porque se pretende comprender o interpretar a partir de sistemas que buscan maneras adecuadas de relacionarnos como seres humanos, que en efecto son relaciones y dinámicas cambiantes donde, según Bobbio¹, la democracia viene a transformar regímenes despóticos, teniendo como uno de sus hitos la Revolución Francesa y Norteamericana, conformando una

¹ Bobbio, N., & Santillán, J. F. F. (1996). El futuro de la democracia. Pág. 6.

democracia occidental de más de doscientos años de existencia que llegó a consolidarse después de la II Guerra mundial, en la que Europa no volvió a tener dictaduras después de instaurar el régimen democrático y que incluso hubo transformación de regímenes despóticos a regímenes democráticos en otros continentes.

En efecto, siguen proliferando cuestionamientos, reflexiones y buenos propósitos, que buscan encontrar fórmulas más afines a la creación de un relacionamiento que supere la dualidad y luchas de poder que existen entre grupos sociales, políticos y económicos de seres humanos (dónde unos mandan y otros obedecen) debido a que la praxis de la democracia por vía de la participación, parecen tener hondas brechas entre las diferentes teorías y el ejercicio de la democracia entre las esferas de poder y la ciudadanía o el pueblo.

Dichas contradicciones son evidentes para (Bobbio y Fernández, 1996) en la disyuntiva “democracia ideal y democracia real” y de otra parte por las relaciones nada pacíficas, como podría esperarse de una humanidad “civilizada”, en las que se ha desarrollado la democracia, donde la materialización de los derechos ha estado atravesada por violencia y guerras desde el origen de la humanidad y a lo largo de su historia.

Se puede ver con claridad que en esta discusión entre las corrientes de republicanismo y liberalismo (Participación directa vs. representativa), que tuvieron lugar en la época de la modernidad, se han venido resolviendo a través de la tercera corriente deliberativa que ha tomado mayor protagonismo ante el nuevo panorama mundial y los nuevos escenarios democráticos; en primer lugar porque existe una profunda crisis ambiental, social, política y cultural en el mundo que ha llevado a un camino de profundo cuestionamiento sobre los sistemas democráticos (con énfasis representativo) y políticos vigentes, debido a la falta de capacidad para contener asuntos de conflictos bélicos (internos y externos) que van en aumento; a la cooptación que hace el sector privado en la política pública; la corrupción, deterioro del ambiente por actividades económicas que afectan derechos, nuevas fuerzas económicas privadas que cobran cada vez mayor control y poder ante los Estados, etc.

Actualmente, las luchas de poder se evidencian en forma de triada (Estado, Sector Privado y Ciudadanía Base) por tanto, desde una mirada global y ante una nueva era tecnológica, se abordan los nuevos escenarios en materia de democracia respecto de actores

de una sociedad internacionalizada que quedaron por fuera de la Declaración Universal de los Derechos Humanos luego de la segunda guerra mundial, como es el sector privado.

Desde luego que no se puede olvidar que estos sectores provienen de una visión clásica de ciudadanía, que cuenta con un marco democrático de participación de base, de constituyente primario, limitado a un rol con poca incidencia y que, en efecto, no se adapta ni se compara con el rol y dinámica de las empresas debido al poder económico con el que cuentan, mucho mayor e incidente en las decisiones de los Estados, lo que impulsa una necesidad de reconocer el desarrollo del principio de igualdad² a partir de un tratamiento diferencial ante sujetos que son desiguales (ciudadanía base y sector privado), partiendo de una regulación en materia de participación de este actor; porque evidentemente debilita la democracia para quienes no cuentan con dichos niveles de poder que es ejercido ante los Estados y particularmente implementado en sus políticas y estas, a su vez, terminan afectando derechos y entornos de la ciudadanía base y desde una mirada global ecosistemas que sostienen la conservación del planeta.

Lo anterior, ha obligado a la comunidad internacional a crear escenarios que desarrollen un marco jurídico internacional, para estos nuevos protagonistas que se perciben como una sociedad internacionalizada en la esfera global, que incluso, en algunos casos, han llegado a tener más poder económico que los propios Estados; por tanto, dicho marco regulatorio se viene enfocando en la garantía de los derechos universales; con una visión de democracia desde el “giro deliberativo”³ planteado por Dahl 1991⁴ y Briks 2000⁵; orientado a reconocer responsabilidad en materia de derechos humanos a un nuevo actor, distinto a los Estados, que proviene del sector privado pero que hoy por hoy ha cobrado protagonismo en las esferas económicas, ambientales y de suministro de servicios públicos: las empresas transnacionales.

2 Según la sentencia C 178 de 2014 “El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho. Este principio, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. (...)”.

³ El “giro deliberativo” que se plantea en el capítulo II de esta tesis, es una teoría de Dahl que plantea que “no es suficiente que los ciudadanos voten; se requiere que además tengan capacidad de discutir con libertad y acceder a información, tanto para influir en otros ciudadanos como para formarse una opinión en libertad”. Por su parte Brisk menciona cuatro características de cualquier sociedad democrática: Debe ser representativa, debe rendir cuentas, debe ser plural, y debe respetar los derechos humanos.

⁴ Dahl, Robert. 1991. *La Democracia y sus Críticos*. Buenos Aires: Paidós

⁵ BRYSK, A., “Democratizing Civil Society in Latin America”, *Journal of Democracy* 11 (2000): 151-165.

Este fenómeno un tanto disruptivo respecto al modelo democrático colombiano, da cuenta, en efecto, de que si bien Colombia ha logrado grandes avances en su sistema democrático y participativo a lo largo de su trayectoria Constitucional (1886 a 1991), pasando de una democracia representativa a una democracia participativa o mixta, presentando, por supuesto, diferentes altibajos tanto en sus políticas, dinámicas locales y globales, donde la materialización de los derechos ha estado atravesada por corrientes y contracorrientes ocasionadas por la violencia, la ilegalidad y las guerras desatadas desde su origen y a lo largo de su historia, que hoy persisten; también es cierto que requiere una profunda mirada sobre su evolución, punto de partida y desafíos que tiene por delante para lograr implementar elementos deliberativos en su modelo democrático.

Lo anterior llevó a plantear el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son las circunstancias que dificultan la implementación de las nuevas tendencias democráticas deliberativas para fortalecer el sistema democrático colombiano?

La hipótesis que se plantea para este trabajo es: En Colombia y Latinoamérica el concepto de democracia fue evolucionando en consonancia con sus constituciones, que en efecto tomaron de las corrientes de pensamiento de Norteamérica y Europa de corte democrático liberal. Sin embargo, hoy en un mundo tecnológicamente globalizado, se viene replanteando dicho modelo clásico de democracia, dando apertura a nuevas tendencias y escenarios democráticos con énfasis deliberativo, que han generado cambios en las estructuras sociales e institucionales, que están permeando las dinámicas democráticas y que podrían fortalecer el modelo democrático colombiano. En consecuencia, el Estado colombiano ha venido incluyendo algunos escenarios democráticos con este enfoque, pero existen desafíos que han impedido que se materialice de forma calificada el derecho a la participación, en vía del fortalecimiento de la democracia y que requieren ser superados para lograr implementar plenamente estos nuevos escenarios y tendencias democráticas.

De esta manera se propone como Objetivo General profundizar en el análisis de los nuevos escenarios que pueden estar generando nuevas tendencias deliberativas, favoreciendo visiones de bien común y fortalecimiento de la democracia, a través de la participación ciudadana, reconociendo desafíos y condiciones necesarias para lograr un Estado democrático más desarrollado.

Los objetivos específicos pretenden, primero, presentar un análisis sobre el derecho a la participación implementado en Colombia, teniendo como marco la Constitución política de 1991, reconociendo sus altibajos, políticas y dinámicas locales y globales que los están potenciando; segundo, identificar los nuevos escenarios que podrían favorecer una visión del bien común y el fortalecimiento de la democracia, reconociendo sus ventajas y sus dificultades, que pueden ser significativas para el Estado colombiano; y en tercer lugar, plantear los desafíos que tenemos como Estado y sociedad frente a esos nuevos escenarios, para pasar a proponer fórmulas de índole deliberativas que permitan materializar y avanzar en el cumplimiento del derecho a la participación a nivel legal, institucional y social.

Es así que el primer capítulo, comienza por desarrollar un marco general a nivel conceptual y teórico sobre democracia y participación, a la luz de la teoría constitucional que bebe de corrientes de pensamiento de la modernidad y postmodernidad, en las que concluyen, por ejemplo, que en el concepto de democracia “*se vislumbran al menos, tres conceptos centrales: La democracia vista como fuente legitimadora de poder, como fundamento de derechos y obligaciones y como sistema organizativo de reglas y funcionamiento*”⁶.

Se consideran premisas como las de Hegel en que la “solución liberal” parece ser el camino a la resignación, al no encontrar condiciones para el desarrollo de las vocaciones cívicas y “solo cabe pensar en una protección *prepolítica* de los derechos y de la “privacidad”; si la ciudadanía es indiferente a los asuntos públicos, parece inevitable la delegación de las decisiones a los profesionales de la política”⁷.

Registrando así, una lucha entre la visión liberal y republicana de democracia, es decir entre la visión de democracia representativa y directa, donde Hegel prioriza la visión republicana sobre el concepto de participación por encima de la visión liberal, ya que apela a un concepto de democracia que demanda la participación de todos en decisiones que afectan a todos y opta por una visión de democracia directa.

Sin embargo, a lo largo de la doctrina constitucional, social y política, el mundo se plantea una la solución intermedia de giro deliberativo que considera que las decisiones públicas deben estar basadas en la deliberación, en la fuerza del mejor argumento; y que el

⁶ sentencia C 150, 2015

⁷ González, J. L. A. (2003). Hegel: liberalismo y sociedad civil. RECERCA. Revista de Pensament y Anàlisi, (3), 37-53.

resultado principal de estas deliberaciones es la legitimidad democrática de dichas decisiones. En la concepción habermasiana, la fuerza del mejor argumento está ligada a la racionalización o limitación discursiva del ejercicio del poder.⁸ Por otro lado, la legitimidad democrática no es sólo ni principalmente el apoyo de los individuos a una decisión tomada. Se desprende de un proceso de deliberación democrático donde puede participar cualquiera, personalmente o por medio de sus representantes”⁹.

En ese sentido, se vislumbran los hitos históricos que han reflejado la evolución de la democracia y la participación, hasta la modernidad, para pasar luego a teorías, que podrían llamarse de posmodernidad, que traen consigo desconfianza sobre teorías planteadas en el pasado y que tratan de buscar tesis y premisas que permitan superar la actual crisis de la democracia, que ha pasado de una teoría de democracia representativa, a una participativa y ahora más dialógica, en el sentido de gobernanza y mediación de relaciones entre Estado y Sociedad en el enfoque de una democracia deliberativa, con énfasis en una visión constitucionalista de derechos que autores como Carbonell y Ferrajoli, han catalogado como neoconstitucionalismo.

Luego avanza hacia la relación de los derechos Humanos y la participación y finaliza con un registro de la evolución de la participación en Colombia y los bemoles que presenta.

El segundo capítulo propone profundizar de forma más detallada los nuevos escenarios y tendencias relacionados con el sistema universal de derechos humanos y los instrumentos jurídicos internacionales creados para garantizar la democracia y la participación; orientado a hacerle seguimiento a estas nuevas tendencias que actualmente viene impulsando el mundo y la comunidad internacional, con el propósito de evidenciar esta nueva corriente deliberativa en materia de democracia.

Es así como se mencionan varios escenarios (soft law) que se han creado en el sistema universal de las Naciones Unidas y la comunidad internacional del derecho internacional, como, por ejemplo: la creación de Líneas Directrices¹⁰ de la Organización para la

8 Sermeño, “Razón y espacio público en la democracia deliberativa...”; John S. Dryzek, *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations* (Oxford: Oxford University Press, 2000)

9 Hernández, M. I. (2017). *Cabildeo ciudadano y democracia en México*. Págs. 23 - 25.

10 Las Directrices actualizadas y la Decisión conexas fueron adoptadas por los 42 gobiernos adherentes el 25 de mayo de 2011 en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50 Aniversario de la OCDE.

Entre los cambios introducidos a las Directrices se incluyen los siguientes: - Un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar

Cooperación y Desarrollo Económico a los Estados y las multinacionales. Cabe recordar que la OCDE es un grupo económico que se equipara a la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica), estos, vistos como nuevos escenarios que podrían favorecer una visión del bien común y el fortalecimiento de la democracia, reconociendo sus ventajas, como también sus dificultades que pueden ser significativas para el Estado colombiano. La Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Pacto Mundial de la ONU y los Principios Rectores, que de algún modo buscan fomentar la protección de los derechos humanos por parte de estas grandes corporaciones y que tienen contemplados mecanismos judiciales y escenarios de participación multisectorial (Empresas, Estado y Comunidad), catalogados como mecanismos no judiciales que se vinculan con la responsabilidad social empresarial y los principios rectores de derechos humanos y empresas.

Otro tipo de procedimiento para el control de las acciones de los Estados son los mecanismos basados en la Carta de Naciones Unidas; entre los mecanismos creados por la carta de Naciones Unidas, están el Examen Periódico Universal (EPU), creado por el Consejo de DDHH, que viene a reemplazar la antigua Comisión de DDHH, que tuvo numerosas acusaciones de parcialidad e ineficacia.

A nivel regional está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien ha adoptado en varias ocasiones resoluciones relativas a la obligación de los Estados de proteger a los individuos de los impactos negativos de las actividades empresariales.

Existen otros mecanismos en materia de responsabilidad civil extracontractual que son instrumentos utilizados por las jurisdicciones estadounidenses para fundar su competencia sobre los actos que nos ocupa, son por una parte la ley conocida como Alien Tort Claims (ATCA) de 1789 y, por la otra, la ley Torture Victim Protection Act (TVPA) de 1991¹¹ que tienen así una competencia cuasi universal y pueden conocer de toda acción de

y Remediar". - Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas. - Cambios sustanciales en numerosos capítulos especializados, tales como Empleo y relaciones laborales; Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión; Medio ambiente; Intereses de los consumidores; Divulgación de información y Cuestiones tributarias.

- Una guía de procedimiento más clara y estricta para fortalecer el papel que juegan los PNC, mejorar su desempeño y fomentar la equivalencia funcional. - Una agenda proactiva con el fin de ayudar a las empresas en el cumplimiento de sus responsabilidades a medida que surgen nuevos desafíos.

11 Capítulo sobre los estadounidenses, informe titulado Oxford Pro-Bono Público, op. Cit; Pág. 303 y Sig.

responsabilidad civil. A nivel penal Los Tribunales Penales Internacionales (TPI), Ad hoc que son temporales, y la Corte Penal Internacional (CPI), de carácter permanente.

Siguiendo el hilo conductor sobre la participación deliberativa como motor ante los grandes desafíos que está presentando, especialmente América Latina, en lo que tiene que ver con sus recursos naturales y la prevalencia de economías de materia prima, los conflictos socioambientales no se hacen esperar; por tanto, ha cobrado mucha relevancia la discusión sobre la responsabilidad de un sector de la sociedad, como es el sector privado. En este sentido, se ahonda con mayor detalle lo que significa la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y su relación con el tema de democracia, participación y las nuevas tendencias.

A raíz de esta preocupación, se crean mecanismos judiciales que buscan acceso a la justicia para remediación y reparación ante eventuales violaciones de derechos humanos mediante las denominadas (Hard Law), que consisten en medidas o mecanismos que monitorean la protección de los derechos humanos a nivel universal. Uno de ellos tiene que ver con la conformación de Comités temáticos de la ONU que examinan los compromisos de los Estados parte, a través de mecanismos como observaciones generales, informes de países, denuncias interestatales, denuncias individuales, investigaciones, entre otros.

En esa misma línea deliberativa se desarrolla el concepto de gobernanza democrática, yendo más allá de las buenas prácticas administrativas, planteando un giro sobre la forma en que se concibe al propio Estado y a las políticas públicas y recorriendo la complejidad social que la vincula.

Seguidamente se hace un registro de escenarios locales como el Acuerdo Final de Paz de tinte deliberativo y la forma en que el Estado Colombiano ha venido dando algunos avances en la implementación de estas nuevas tendencias y escenarios globales a nivel legislativo.¹²

Aterrizando en los nuevos escenarios más nacionales, en los que se resaltan los contenidos del Acuerdo Final relacionados con participación, no obstante, es de anotar que cada punto del acuerdo evidencia la transversalidad del derecho a la participación en

12 Carlos Milani, Carlos Arturo y Germán Solinís (orgs.), *Democracia et governança mundial*, Porto Alegre, UFRGS –UNESCO, 2002, p.

14. [Links].

diferentes temas, que fueron aprobados a nivel legislativo y declarados exequibles por la Corte Constitucional y contienen un profundo enfoque deliberativo, porque da mayor apropiación ciudadana en asuntos públicos sustanciales de ordenamiento territorial, recursos naturales, acceso a derechos, inclusión rural y de género, etc.

Es así que estas nuevas tendencias y escenarios globales y locales, dejan relegada la visión constitucional clásica de democracia (Estado – Sociedad), que hoy desafía al sistema democrático Colombiano a emprender un viaje hacia una visión de democracia con enfoque deliberativo, no sin antes advertir que para tomar de manera decidida este camino, se requiere reconocer y superar los desafíos y falencias existentes que han impedido que se materialice de forma cualificada y real el derecho a la participación y el modelo democrático al que aspiraba el Constituyente, en su firme propósito del fortalecimiento de la democracia.

Finalmente, en el tercer capítulo, se afirma que efectivamente las nuevas tendencias pueden fortalecer el sistema democrático en Colombia, pero que, sin embargo, todavía no está a la altura de estas, porque tiene desafíos o factores que históricamente no ha logrado superar para contar con las condiciones necesarias que permitan su plena adopción e implementación.

El primero de ellos se registra en las dinámicas institucionales, tomando como ejemplo el análisis de los mecanismos de participación y su poca eficacia en la incidencia de la ciudadanía ante asuntos públicos que les afecta; un segundo factor, denominado conflicto de intereses, tiene mucha relación con la triada mencionada en el capítulo II (Ciudadanía base, Sector Privado y Estados) porque son intereses que se yuxtaponen y termina imponiéndose el sector que tiene mayor poder económico y político; el tercer factor tiene que ver con el conflicto armado, que concurra como uno de los primeros factores, y que está atravesado por conflictos de intereses y luchas de poder, pero particularmente por relaciones injustas, acercándose a una valoración de impactos en detrimento de la democracia que han traído las décadas de violencia; otro factor, enumerado como el cuarto, tiene que ver con autonomía territorial y la disputa entre el principio de unidad nacional, que también muestra una cruda relación de centralismo excesivo y desconocimiento de las propias dinámicas institucionales territoriales.

Finalmente, se registra como último factor, falencias en la promulgación de la democracia desde visiones y prácticas culturales y de formación pedagógica para la cualificación del ciudadano “virtuoso” porque, como lo expone Ovejero, es necesario tomar en cuenta que la participación y la deliberación solo podrán tener éxito con la virtud cívica o ciudadana. Tesis que toma diametralmente distancia de la liberal, porque pone como base dicha virtud, ya que “(...) sin virtud no hay una buena democracia, eso es, democracia que camine en la misma dirección que la justicia y la libertad. Permitiendo ser un reflejo de sus gobiernos democráticos y viceversa, que transite hacia el desarrollo del bien común y del cuidado de lo público, que finalmente revierte en la convivencia desde el bienestar y el goce de derechos para todos los habitantes del mismo país”¹³.

Por tanto, comienza una premisa clave para dimensionar el modelo democrático vigente y es, que la participación no puede ser medida únicamente por el establecimiento institucional de mecanismos de participación, o la participación electoral, sino que este sistema organizativo debe lograr que su implementación y uso resuelvan a favor de los derechos de las ciudadanía que se ven afectados en su desarrollo y ejercicio, ya sea por la falta de seguimiento en el cumplimiento de políticas públicas, por la inadecuada prestación de servicios, por el deficiente goce de sus derechos económicos, sociales o culturales, o por las decisiones administrativas y políticas que afectan su entorno y buen vivir; y por ende, la falta de diálogos constructivos y transformadores en esa interacción entre autoridades y comunidades a la hora de traslaparse intereses, ya que por lo general, las autoridades reaccionan de forma coactiva y violenta ante el descontento social que produce la insatisfacción en el goce de sus derechos.

Más allá de valorar los daños, que nítidamente se evidencian en dichos factores, es necesario reconocer cual es el punto de partida en el que se encuentra el modelo democrático colombiano ante el modelo deliberativo; por ello, se analizan los fundamentos constitucionales y jurisprudenciales que han dado apertura a la construcción de unas bases iniciales de lo que podría ser un modelo democrático y de participación con enfoque deliberativo, partiendo por reconocer que Colombia no comienza de cero.

¹³ Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 15.

Desde este punto de partida, se proponen fórmulas que permitan una implementación más intencional que van desde mecanismos alternativos de participación, en una combinación de mecanismos judiciales y no judiciales que dinamicen dicha aplicabilidad de las nuevas tendencias, garanticen el derecho a la participación a nivel legal, institucional y social; así, como la identificación y exploración de posibilidades y oportunidades que podrían aprovecharse para lograr fortalecimiento institucional y legitimidad ante la ciudadanía base globalizada, que indique que se está fortaleciendo la democracia.

Dichas fórmulas o propuestas van desde la creación y ampliación de escenarios deliberativos con enfoque de gobernanza; judicialización de derechos sociales con enfoque y participación deliberativos como fórmula para solucionar conflictos socioambientales, en pro de la protección del medio ambiente y los recursos naturales.

Finalmente, se presentan como casos ejemplarizantes, desde el derecho comparado, un modelo de participación con enfoque deliberativo en Chile, que consiste en el desarrollo de institucionalidad gubernamental que previene conflictividad en proyectos de inversión a través del diálogo y la participación ciudadana y; Argentina, con la creación del programa Acción sin daño, que pretende implementar procesos de participación y diálogo entre las partes y los poderes ejecutivo y judicial, como forma de prevenir y gestionar los conflictos sociales complejos, con la intervención de la Dirección Nacional de Mediación conflictos sociales.

Capítulo I

Este capítulo inicia dando una aproximación sobre el concepto de democracia y participación, para luego evidenciar las tendencias mundiales de giro deliberativo en la tercera transformación democrática con enfoque de derechos, a de esta manera analizar la evolución legislativa e institucional de la misma en Colombia.

1. PARTICIPACIÓN Y DEMOCRACIA EN COLOMBIA

Este capítulo pretende profundizar conceptualmente sobre la democracia y su relación con la participación, definiendo el marco conceptual y teórico, así como los linderos constitucionales, teniendo en cuenta teorías y conceptos de las corrientes de pensamiento de las que ha bebido la doctrina colombiana, provenientes de Norteamérica y Europa quienes han edificado sus sistemas de poder propios, y se han expandido en algunos continentes a partir de la aplicación dialéctica de sus modelos y sistemas de democracia en países de América Latina y en general en países que se encuentran en vía de desarrollo.

No sin antes advertir que hoy nos encontramos con nuevos escenarios y tendencias, producto de las relaciones sociales, jurídicas y políticas afectadas o permeadas por la tecnología, la globalización, la transversalidad de los derechos humanos y los desafíos mundiales y nacionales, que dejan relegada la visión clásica de democracia y nos direcciona a una visión de democracia deliberativa, que se ubica en un posición intermedia entre la democracia directa y la representativa que podremos vislumbrar en el segundo capítulo.

El enfoque teórico en que se profundiza será el neoconstitucionalismo, teniendo como referencia la transversalidad de los derechos y los principios que surgen en esta nueva corriente.

El concepto “neoconstitucionalismo”, o constitucionalismo garantista planteado por Ferrajoli¹⁴, surge en Europa desde la segunda guerra mundial, y en América Latina desde los

14 Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., Mohíno, J. C. B., Abellán, M. F. G., Sanchís, L. P., & Miguel, A. R. (2011). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.

años 80, con la aparición de nuevas constituciones que pretenden hacerle frente al totalitarismo de las dictaduras y los extremismos. Claramente la Constitución de 1991, interpretó esas dinámicas y se esforzó por generar las transformaciones necesarias que dieron apertura a esta visión neoconstitucional. Sin embargo, tal como lo plantea Uprinmy, sigue pendiente el fortalecimiento de la democracia a través de la apertura del sistema político y de la eficacia o materialización en los mecanismos de participación.

Así mismo se incluyen desarrollos doctrinales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, los conceptos sobre democracia directa, representativa y deliberativa; para abordar una reflexión sobre la evolución de la democracia en Colombia, a lo largo de su historia política y constitucional.

Finaliza analizando la forma en que evolucionó la participación y la democracia en Colombia a partir de los avances constitucionales, legislativos e institucionales para concluir con una mirada crítica sobre lo que ha significado la participación en Colombia y la “institucionalización” o “formalización” de la misma.

1.1. Democracia y Participación ¿Fuerza Legitimadora del Poder?

El tema de participación y democracia ha sido abordado ampliamente por diferentes autores y corrientes de pensamiento que presentan sus impresiones, visiones y conceptos, ya sea de manera crítica, analítica o justificable. Desde el ámbito disciplinar este tema ha sido más estudiado en el campo de la sociología, filosofía, y por supuesto de teoría política y constitucional.

Vale la pena profundizar en los conceptos de democracia y participación para dar mayor lucidez a las premisas planteadas a lo largo de este capítulo, comenzando con una aproximación conceptual planteada por autores como (Dominguez, 2013) quien a su vez cita a Habermas, para definir la democracia como un “principio racional de legitimación¹⁵ que tiene diversos tipos específicos de organización, en que la fuerza legitimadora cobra

15 Conceptualización que comparte Bobbio y Fernández cuando afirman que la democracia nació como método de legitimación y de control de decisiones políticas en sentido estricto, o de “gobierno” propiamente dicho, tanto nacional como local, donde el individuo es tomado en su papel general de ciudadano y no en la multiplicidad de sus papeles.

relevancia en la medida en que este principio sea vinculado con una dimensión normativa, es decir que se establecen razones para aceptar el ejercicio del poder tanto del Estado como del soberano popular, que permiten su consentimiento, pero que requiere que este principio racional, sea cual fuere, se materialice en normas que lo hagan efectivo. Equivalentemente, la democracia va a fortalecerse en la medida en que estos tipos específicos de organización funcionen para el cumplimiento de este fin: la legitimación del poder¹⁶”.

En el mismo sentido desde una interpretación axiológica la democracia se define jurisprudencialmente en el sentido de “*establecer la fundamentación del poder político ejercido por los diferentes órganos (la democracia como fuente de legitimidad), para reconocer y tutelar los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e imponer deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares (la democracia como fundamento de derechos y obligaciones) y para definir la forma en que tal poder opera democráticamente y los ámbitos en los que su aplicación puede exigirse (la democracia como expresión de reglas de funcionamiento y toma de decisiones)*¹⁷(...)”.

Este concepto resumido es tomado por Bobbio¹⁸, a quien parafraseo de este modo: la democracia plantea un sistema de participación de forma directa o indirecta en la toma de decisiones de un grupo, colectivo o sociedad, que contempla unas reglas o procedimientos, como la decisión de las mayorías, quienes votan a favor o en contra y se determina e impone de forma obligatoria para toda la colectividad, en la medida en que sea aprobada por el mayor número de votantes, otros requisitos más específicos como la aptitud de quienes pueden votar, entre otros. En resumen, es “un régimen en el que todos los ciudadanos adultos tienen derechos políticos, donde en pocas palabras, existe el sufragio universal¹⁹”.

Otra característica de lo que significa democracia es que quienes estén facultados para votar, tengan posibilidad de decidir de forma real y cuente con las condiciones para hacerlo, condiciones como los derechos a la libertad de expresión, de opinión, de asociación etc. Derechos enmarcados en el Estado Liberal, que tienen un reconocimiento constitucional,

16 Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta política*, 4(5 Jul-Dic), 301-326.

17 (sentencia C 150, 2015).

18 Bobbio, N., & Santillán, J. F. F. (1996). *El futuro de la democracia*. Pág. 15.

19 Ibid. Pág. 35.

siendo estos derechos más que reglas, principios o elementos preliminares a las reglas y procedimientos planteados.

Sin embargo, el concepto de democracia no nace en el seno de una visión comunitarista o colectiva, sino individualista, que se distancia de la teoría iusnaturalista que predominó en la Antigüedad y la Edad Media, a partir de concebirse dentro de un todo y no solo como una parte.

Pero ¿de dónde viene esa nueva concepción que parte del individuo? Bobbio y Fernández mencionan tres sucesos que confluyeron en la época moderna: el primer suceso fue el surgimiento de la teoría del contractualismo (s XVII y XVIII) “que parte de la hipótesis de que antes de la sociedad civil, existen el Estado de naturaleza, en la que los soberanos son los individuos libres e iguales, en los que se ponen de acuerdo para dar vida a un poder común (...)”, que defendía un interés común entre ellos, la propiedad privada.

El segundo suceso tiene que ver con el nacimiento de la economía política, donde Adam Smith plantea “persiguiendo el interés propio, frecuentemente promueve el interés social de manera más eficaz de lo que pretendía realmente promover”, configurando así con Hobbes y Locke una “prefiguración de una sociedad de mercado.”²⁰

El tercer suceso fue la creación de “la filosofía utilitarista, de Bentham a Mill, según la cual, el único criterio para fundamentar un ética objetiva y, por tanto, para distinguir el bien del mal sin recurrir a conceptos vagos como "naturaleza" o cosas por el estilo, es el de partir de consideraciones de condiciones esencialmente individuales, como el placer y el dolor, y de resolver el problema tradicional del bien común en la suma de los bienes individuales o, de acuerdo con la fórmula de Bentham en la felicidad del mayor número”.

Sin embargo, tal como lo presentan (Noberto Bobbio y Jose Florencio Fernández , 1996), se terminó cayendo en una visión de “democracia ideal” como la concibieron sus fundadores, tal vez con intención de consolidar verdades casi absolutas que permitan justificar el poder de unos sobre otros seres humanos, creando una narrativa de un sistema de creencias aceptado y legitimado por quienes obedecen, que en muchas ocasiones se ha logrado mediante la fuerza, (entre guerras, conquistas y colonizaciones) pero que a lo largo de la historia, fue más

20 Bobbio, N., & Santillán, J. F. F. (1996). El futuro de la democracia. Pag 17.

eficaz y perdurable implantarlo desde las creencias. Pero ¿qué pasa cuando esas creencias comienzan a replantearse, a ser objeto de cuestionamiento?

Es así que se configuró un modelo ideal de democracia denominada por Bobbio y Fernández como centrípeta, porque el poder venía del centro, partiendo del individuo soberano, que hace un contrato entre iguales para crear la sociedad política, en el que ellos son el centro; no obstante, lo que se configuró en la posmodernidad, fue las sociedades centrífugas, ya que no existe un solo poder, sino muchos poderes que surgen en el ejercicio de derechos como de la libre asociación, en el que se configuran grupos diversos, con disímiles y antagónicos intereses (empresas, sindicatos, comunidades, partidos políticos etc.).

Concibiendo el pueblo, ya no como unidad, sino como un pueblo fragmentado en grupos de intereses opuestos. Es así como se ha transitado de individualismo de sujetos a individualismo de grupos, con el común denominador de defender sus propios intereses, como si fuesen los intereses de toda la nación. Conclusión, como afirma Joseph Schumpeter “un gobierno democrático no es la ausencia de elites sino la presencia de muchas élites que compiten entre ellas, por la conquista del voto popular²¹”

Surge así, la necesidad de complejizar el concepto de democracia, a partir de la resolución de esas contraposiciones, que se han desgastado entre la reivindicación de intereses y la manipulación en la toma de decisiones por quienes tienen la fuerza y capacidad económica de permeare las decisiones políticas o la capacidad de generar ingobernabilidad.

Entonces, la valoración del concepto simple de democracia como el poder del pueblo, no tiene mucho asidero. ¿Cómo entender ese poder en intereses, visiones y posiciones tan diversas y contrapuestas?, podría ser que tenga más sentido profundizar en el concepto de democracia deliberativa, que se abordará más adelante.

Ahora bien Bobbio y Fernández consideran que de la democracia moderna del Estado liberal surge una democracia configurada en la representación, distinta a la visión de la edad Antigua sobre democracia, que se concebía como democracia directa, donde se tenía un mandato libre a partir de las decisiones del colectivo, pero que dicho mandato fue transferido por la fuerza, a los reyes o monarcas en los sistemas despóticos, y en las luchas y guerras

21 Ibid.

(especialmente en Inglaterra) de poder de grupos económicos burgueses, terminó trasladado aparentemente al pueblo soberano para que este votara por quienes podrían representarlos, en el parlamento ante la tiranía del rey²².

Finalmente, el mandato imperativo queda dividido en tres ramas del poder público la ejecutiva que se rige por representantes electos por “el pueblo soberano”; el poder legislativo que también se conforma por voto popular y el poder judicial que es el único poder que no cuenta con voto popular, sino que sus representantes son elegidos por los otros dos poderes, surgiendo así la figura de la democracia representativa, que se apoya en sus orígenes con clásicos pensadores como Hobbes, quien planteaba que el “hombre es un lobo para el hombre” y por tanto requería de un ente externo regulador de deseos y comportamientos destructivos entre unos y otros; o como Montesquieu quien planteaba en su libro *Del Espíritu de las Leyes* “que los representantes eran quienes tenían capacidad para discutir los asuntos, mientras que el pueblo no estaba preparado para esto”²³. Es decir que “las decisiones que involucran a toda la colectividad no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para ese fin.”²⁴

Sin embargo, se mantuvo la disyuntiva entre democracia representativa y democracia directa, desde la crítica de Rousseau sobre el pueblo inglés “((que se cree libre)), pero que se engaña porque solamente lo es cuando elige a su parlamento; después de esta elección vuelve a convertirse en ((esclavo, ya no es nada))” (contrato social, III cap. 15). Lo que hace pensar que pasa por una discusión de jerarquización y de modelos de democracia piramidales, que van de arriba - abajo en el sistema representativo y de abajo hacia arriba en el sistema directo, o como plantea Bobbio la democracia política en contra posición con la democracia social.

Es así como se desarrolla la tesis de que se aumenta la democracia cuando ésta es más directa que representativa, pero si el concepto de “directa” proviene de la simple afirmación de que es la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones que los atañen, participando en primera persona en todas las decisiones²⁵. Esto estaría dejando por fuera toda

22 Cabe aclarar que democracia representativa no es lo mismo que parlamentarismo inglés. Solo es un modelo de aplicación del sistema representativo.

23 García, J. A. (2008). El concepto moderno de democracia. In *La democracia ayer y hoy* (pp. 149-224). Gadir. Pág. 12.

24 Bobbio, N., & Santillán, J. F. F. (1996). *El futuro de la democracia*. Pág. 33

25 Se asemeja a un acercamiento al concepto de participación, desde una concepción de democracia liberal la plantea Giovanni Sartori (1994, 74) “tomar parte personalmente, un tomar parte activo que verdaderamente sea mío, decidido y buscado libremente por mí. Así, no es un ‘formar parte inerte’ ni un ‘estar obligado a formar parte’. Participación es ponerse en movimiento por sí mismo, no ser puesto en movimiento por otros (movilización)”. Este concepto se relaciona con la democracia directa.

la reflexión del dinamismo y complejidad de las sociedades que finalmente son resultado de la democracia liberal y que someramente se ha expuesto en este capítulo.

Este sistema directo de democracia fue posible en sociedades antiguas, con poblaciones y sistemas políticos y sociales más simples que los actuales, y de menor número; que, entre otras cosas, era ejercida por ciudadanos libres, que no incluían a esclavos ni a mujeres, por ejemplo. Sus figuras más emblemáticas eran las asambleas o “ágoras” sin intermediarios y el referéndum²⁶. Este tipo de democracia en visiones de Rousseau, eran aptas para comunidades pequeñas que fueron denominadas “ciudades - Estados²⁷”

Pero hoy en día la democracia directa, está íntimamente vinculada con la democracia representativa, porque la primera se hace presente cuando falla la segunda. Ejemplo de ello es la revocatoria del mandato, donde ejercida la democracia representativa, y el representante se distancia de los intereses de sus representados, se revoca al representante, por parte del pueblo “soberano”. Actualmente no existe democracia directa absoluta, ni representativa persé. Aunque si hay que reconocer que es más prevalente la representativa y como sostiene Bobbio, las dos son necesarias, pero insuficientes.

Por otra parte, para Sartori, Bobbio y Fernández la democracia directa planteada por Rousseau se hace inviable²⁸ ante las demandas y desafíos poblacionales que tiene cada país. Por ende, la democracia no puede ser únicamente de participación directa o representativa del modelo clásico, que no se limite a la democracia minimalista de la participación por medio del sufragio, o a la participación idealista de participación en todas las decisiones en primera persona, sino que dé un giro deliberativo. Por tanto, se hace necesario buscar otros tipos de democracia que puedan articularse o complementarse con éstos, que bien podrían hacer énfasis en conceptos como la democracia deliberativa, participativa planteados por autores como Habermas, Elster, Nino, Chevallier, Latour²⁹ entre otros.

Sin embargo, este asunto de la inviabilidad de la democracia directa y la prevalencia de la democracia representativa registró sospechas en (Ovejero, 2008) quien argumenta que la

26 Figura que se mantiene en las democracias del presente, pero que son excepcionales. Ya que se hace inoperante ante el sistema de producción de leyes en proliferación.

27 Ibid. Pág. 40

28 Se dificulta la democracia directa en territorios extensos, por su amplio número de población y la complejidad de problemas que deben resolverse en cada territorio que tiene su propia dinámica.

29 Politique de la Nature, La Découverte, Paris, 1999.

democracia liberal, realmente nunca ha confiado en los ciudadanos, pues estos son vistos como un problema³⁰. Además, expresa su inconformismo con la tesis de que la democracia representativa fue la solución ante el problema de la participación masiva y de número inmanejable de ciudadanía, como principal motivación de rezagar la democracia directa, como lo han planteado Madison y Sieyès³¹.

Es así como concluye que “La democracia parece exigir la participación de todos en decisiones que recaen sobre todos. Desde esa sensibilidad, la democracia atenta de dos modos muy fundamentales contra la libertad. Por una parte, las decisiones adoptadas, lo que le parece bien a la mayoría, regula buena parte de la vida en cada uno. Puedo querer A, pero si todos quieren B, no tendré más remedio que aceptar algo distinto de lo que deseo. Por otra parte, el funcionamiento de la democracia exigiría una disposición cívica, una participación en la gestión de la vida colectiva que, (...) está lejos de poder reclamarse en – o presumirse a- el conjunto de los ciudadanos. De un modo u otro, la democracia deriva en intromisiones, establece “imposiciones” que no son de un consentimiento libremente asumido (...) por esta razón aduce que “La democracia liberal es la solución institucional a los problemas de compatibilidad entre democracia y liberalismo³²”.

En el mismo sentido, señala que para justificar la desconfianza de la democracia directa argumenta varias razones, tales como: “(...) a las ventajas de la división de trabajo, de dejar la política a los interesados en ella, a los peligros “irracionalistas” de los sistemas asamblearios o al derecho de los individuos a no verse obligados a ocuparse de los asuntos públicos, a que nadie les diga a qué tipo de vida (cívica) deben llevar.”³³

Esta premisa, condujo a Ovejero a analizar la democracia, vista desde la participación a la luz de sistemas de decisión que se han catalogado como democráticos, pero que evidencian diferencias desde tres dimensiones: (..) “grado de participación, alcance de las decisiones y criterio de decisión” (...).

La primera dimensión sobre el grado de participación hace referencia a la relación entre quienes toman las decisiones y aquellos sobre los que las decisiones recaen (...)

30 Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 39

31 B Manin, Principes du gouvernement représentatif, Paris, Calmann. Lévy, 1995, p. 20.

32 Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 40

33 Ibid. P. 45.

dar desde un sistema participativo³⁴ a delegativo³⁵ (o representativo). “En el primer caso, los que toman las decisiones son los mismos sobre quienes las decisiones recaen; en el otro, unos eligen a otros que toman decisiones que los afectan a todos (...) La segunda dimensión atañe al alcance de las decisiones. En unos casos, sólo pueden ser votados ciertos asuntos; en otros, todo es susceptible de ser votado, no hay límites a lo que la mayoría política pueda decidir.

Respecto a la dimensión de alcance en las decisiones en las “democracias contemporáneas,”³⁶ que tiene como linderos, desde una visión liberal, los parámetros constitucionales sobre el derecho a participar sus alcances y mecanismos de participación, siempre y cuando esté a la luz de los derechos de toda la sociedad, sin exclusión y se atienda en la decisión al interés general, pero sin detrimento de los derechos de las minorías. No obstante, existen otras visiones liberales que “ven en los derechos “cargados de contenidos”³⁷”, comprometidos con principios sustantivos, una peligrosa inyección de moralismo incompatible con el principio de neutralidad de las instituciones”. De hecho, ha sido la discusión de prevalencia de unos derechos respecto de otros, que ha sido funcional al sistema económico.

“La tercera dimensión sobre el criterio de decisión, en algunos casos, la decisión es el resultado de un proceso deliberativo, de exposición pública de argumentos que llevan a corregir las propuestas a la luz de principios imparciales o de interés general. En otros, la decisión adoptada es consecuencia de negociación, entre los distintos intereses que buscan un equilibrio traducido en poder – en votos, por ejemplo- de cada uno. Así, un grupo puede ceder en una propuesta acerca de algo que considera carente de importancia, siempre que asegure el apoyo de otro grupo en otra propuesta que si les importa.

En la deliberación, los protagonistas corrigen sus juicios a la luz de razones impersonales, de principios de imparcialidad. Ello conlleva a ciertas exigencias de virtud cívica, cierta disposición a actuar de acuerdo con consideraciones de justicia y a dejar en un segundo plano los propios intereses o los intereses de los representados. En este sentido la negociación es menos optimista desde el punto de vista antropológico: no exige “pensar en los demás”. Los

34 El autor menciona un ejemplo común, como los miembros de un Comité. Piénsese en las asambleas de copropietarios o grupos de colectivos de organismos no gubernamentales o de stirpe social o comunitario.

35 El autor menciona un ejemplo, como una empresa en que los accionistas eligen un consejo directivo que gerencia el funcionamiento de la empresa.

36 Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 45

37 Ibid. P 46.

que participan en una negociación, si pueden, intentarían imponer sus propios intereses, y si no lo hacen es porque tienen que aceptar que otros tienen mayor poder de negociación que ellos, no porque modifiquen sus juicios.³⁸”

En los diferentes matices y degradados sobre el concepto liberal, se pueden destacar dos clases de democracia liberal: la de mercado promovida por Downs, Schumpeter y Riker³⁹ y la democracia liberal de deliberación (Montesquieu, Madison, Sieyès, Burke, J.S. Mill). “la primera funciona sin virtud. La segunda, con un mínimo de virtud. Las dos operan según el mecanismo de competencia descrito y las dos buscan, a través de ese mecanismo, asegurar que se atiendan los intereses generales, sin presumir una preocupación de los ciudadanos por los intereses generales. Las dos quieren ante todo preservar la libertad negativa y por ello no reclaman virtud cívica, participación ciudadana, (...) establecen límites a los ámbitos de decisión a través de derechos protegidos constitucionalmente y garantizados desde instituciones contramayoritarias⁴⁰” (...).

“la democracia de mercado no contempla otro individuo que el *homooeconomicus*, egoísta y racional, opera mediante procedimientos de negociación y busca atender los intereses de la mayoría, al bienestar agregado. El sistema de competencia obliga a los políticos a defender los intereses de los votantes, aunque no les preocupe los intereses de los votantes (...). Por su parte, la democracia de deliberación reconoce la posibilidad de – unos pocos- ciudadanos excelentes, más informados y honestamente interesados en el interés general. (...). Una vez en el Parlamento, los más virtuosos, mediante procesos de deliberación, argumentan y modifican sus opiniones a la luz de principios normativos generalmente aceptados”.⁴¹ Dejando la deliberación como una facultad exclusiva de los representantes parlamentarios, no para el pueblo o la ciudadanía en general.

Con relación al republicanismo, Ovejero reconoce en los autores republicanos los elementos más significativos: “virtud, participación, deliberación, libertad, autogobierno.”⁴² Así como el desarrollo de tesis en la que la ciudadanía solo es libre si está “libre de dominación externa y de la tiranía interna y que para ello se requiere que estén fuertemente

38 IBID

39 J. Schumpeter, *Capitalism. Socialism and democracy* (1949), Nueva York, Harper 1976, A. Downs, *An economic theory of democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1957; W Riker, *Liberalism against populism*, San Francisco, Freeman, 1982.

40 Lucas, F. O. (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo* (Vol. 3047). Katz Editores. P. 56

41 Ibidem Pag. 57.

42 Ibidem.

comprometidos con su suerte común, que acepten sus deberes políticos y militares; que el peligro fundamental para la República es la corrupción, eso es, que el Estado obedezca los intereses particulares y que el gobierno de las leyes justas, se vea sustituido por el poder arbitrario de los poderosos.

Pero evitar tales males se necesitan, primero, diseños institucionales, que impidan la concentración de poderes (...), y controles democráticos regulares de los gobernantes; segundo, ciertas condiciones sociales o económicas, (...) que hagan posible la independencia material, y con ella la independencia de juicio, y que limiten la desigualdad, porque en una comunidad con profundas disparidades los ciudadanos no se reconocen con intereses comunes ni partícipes de una sociedad justa, y por ende, resulta improbable el compromiso cívico, y, finalmente la disposición a la participación activa de las personas, la virtud ciudadana (...). En suma: instituciones democráticas, igualdad material y virtud cívica”⁴³.

Aclara que esta ley justa, tiene íntima relación con la democracia deliberativa, ya que, se plantea como justa cuando es resultado de una democracia participativa en su mayor grado, y deliberativa porque debe garantizar escenarios en las que operen reglas del ejercicio de la argumentación con criterios de imparcialidad. Siendo esto fundamental para no caer en el otro extremo de la participación de todos, cual es la voluntad despótica de la mayoría.

43 Ibidem

1.2. El giro Deliberativo de la Democracia

Tal como lo mencionan (Mara I. Hernández y Luz Paula Parra, 2017), “En las últimas décadas, como respuesta a los problemas de legitimidad que enfrentan las democracias del mundo, los teóricos han convergido en torno a definiciones más amplias sobre democracia⁴⁴” dentro de las cuales se encuentra la de Robert Dalh,⁴⁵ “menciona algunas características que debe tener una democracia. Algunas de las principales son la libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, elecciones libres e imparciales, diversidad de medios de información, entre otras.⁴⁶ Para Dahl no es suficiente que los ciudadanos voten; se requiere que además tengan capacidad de discutir con libertad y acceder a información, tanto para influir en otros ciudadanos como para formarse una opinión en libertad. Brysk⁴⁷ menciona cuatro características de cualquier sociedad democrática: Debe ser representativa, debe rendir cuentas, debe ser plural, y debe respetar los derechos humanos.

Bajo este tipo de concepciones más amplias, la democracia es un sistema dinámico y abierto diseñado para producir resultados legítimos mediante la posibilidad de que todos los individuos participen, y donde las decisiones se justifiquen de forma convincente.⁴⁸

Habermas⁴⁹ y Avritzer,⁵⁰ grandes exponentes de lo que se ha llamado el ‘giro deliberativo’ en la teoría de la democracia, hablan de la formación de un espacio o ‘esfera pública’, en la que actores políticos, económicos y sociales entran como iguales en cuanto a su capacidad de exigir rendición de cuentas y justificación moral para las acciones del Estado.

En otras palabras, una esfera que se convierte en una arena para la construcción de contrapesos al ejercicio del poder, al ser fuente de generación de opinión pública. Desde esta óptica, no podemos hablar genuinamente de democracia si no existe un espacio o esfera

44 Hernández, M. I. (2017). *Cabildeo ciudadano y democracia en México*.

45 Dalh, R. (2009). *La poliarquía: participación y oposición*. Madrid: Tecnos.

46 Dalh, R. (2009). *La poliarquía: participación y oposición*. Madrid: Tecnos.

47 Alison Brysk, “Democratizing Civil Society in Latin America”, *Journal of Democracy* 11 (2000): 151-165.

48 John Dryzek, *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations* (Oxford University Press on Demand, 2000)

49 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg (Cambridge, MA: The MIT Press, 1996).

50 Leonardo Avritzer, *Democracy and the Public Space in Latin America* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2002).

donde los ciudadanos puedan expresarse en condiciones mínimas de libertad e igualdad para influir de manera efectiva en la toma de decisiones.

Esto cambia el paradigma de la democracia vista como fuente legitimadora de poder, porque pone al constituyente primario en una libertad y a su vez responsabilidad emancipadora, activa y no solo pasiva ante quienes detentan el poder.

Surge así el concepto de democracia deliberativa⁵¹, en los años 80,⁵² por autores como Joseph M. Bessette quien crea el concepto de “Deliberative Democracy”, también Bohman y Rehg; Nino, Rawls y Habermas en los años 90; Durango, Susteín, Elster, Marin y Valencia en el siglo XXI quienes dan cuenta de la necesidad de integrar dos visiones antagónicas de democracia: republicanism y liberalism.

Este concepto ahonda en la necesidad de la generación de espacios de participación en el debate público, en temas que son relevantes para la comunidad, compartiendo visión con Álvarez y compañía,⁵³ temas como inclusión, respeto de minorías, garantías de derechos fundamentales y posiciones de vulnerabilidad y toma de decisiones compartida entre la ciudadanía y quien ejercen el poder legislativo, y yo diría ejecutivo e incluso judicial.

En términos de (Ovejero, Lucas Felix, 2008), la visión de democracia liberal⁵⁴ es elitista, mientras que la republicana es igualitaria. En el primer caso, reconoce que hay una tensión entre libertad y democracia en el liberalism, ya que consideran que no todos debe decidir todo, por tanto, crea la profesionalización de la actividad política y considera la participación ciudadana más enfática en la selección de representantes, que se ocupe del asunto público.

“En segundo lugar, un catálogo de derechos que, recogidos normalmente en una constitución, impone límites a lo que los ciudadanos pueden votar. Los derechos protegen la

51 donde según Bohman el término fue acuñado por Besette en su ensayo de 1980 "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government

52 Jaramillo, L. G. (2006). LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO IDEAL REGULATIVO Y CONCEPTO NORMATIVO. *Universitas Philosophica*, 23(47).

53 Álvarez, G. A. D., Galeano, M. S. M., & Grajales, J. F. V. (2017). Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*, 74(164), 223-254.

54 En el libro de ovejero “la palabra “liberal” aparece por primera vez en 1812, en las Cortes de Cadíz,” pero no hay una sistematicidad de los principios liberales antes de Locke, es así como solo en el siglo XVII y XIX se podría reconocer la tradición del pensamiento liberal. Se asocia con derechos, individualismo, garantía de las minorías, libertad etc. Y sus dilemas entre libertad y democracia. El liberalism tiene un enfoque de libertad negativa, en el sentido en que nadie interfiere en mi actividad y puede actuar sin que se obstaculizado por otros, o cuando se tiene “obligaciones o deberes para con ellos, desarrollando la libertad en el individualismo; y solo se está atado por compromisos adquiridos voluntariamente, en un aspecto contractual y de una relación de intercambio, donde solo vincula a sus protagonistas. la pérdida de libertad comienza cuando las decisiones de “otros”, de la comunidad política, recaen sobre mí, y mi libertad aumenta cuando aumento los ámbitos de mi vida excluidos de esas decisiones. Siendo así la privacidad el reino de la libertad, frente a la intromisión de lo “público”.

libertad y, lo que es más importante, su garantía es externa a la comunidad política, no depende de que los ciudadanos los consideren justos y se comprometan en su defensa. En suma, el mecanismo no requiere virtud ciudadana.”⁵⁵

La contrariedad es cuando esa falta de virtud ciudadana o por decirlo de otra forma, esta ausencia de cualificación política del ciudadano afecta la manera de decidir sobre asuntos públicos, que afligen toda la sociedad, como la selección de representantes, que corren el riesgo de adolecer de idoneidad moral y ética política, malogrando proyectos y planes de vida colectivos que involucran individualidades y núcleos sociales básicos como las familias. La apatía por ignorancia a la participación de la ciudadanía deteriora las condiciones de la vida en sociedad, de la vida pública y la construcción de la visión de bien común.

Ahora bien, tal como lo plantea Ovejero, es necesario tomar en cuenta que la participación y la deliberación, solo podrán tener éxito con la virtud cívica o ciudadana. Tesis que toma diametralmente distancia de la liberal, porque pone como base dicha virtud, ya que “(...) sin virtud no hay una buena democracia, eso es, democracia que camine en la misma dirección que la justicia y la libertad.”⁵⁶

1.3. Participación y Democracia Participativa

Se ha abordado el concepto de democracia ampliamente, ahora se pretende ahondar en el término de participación con una conceptualización que permita desarrollar el vínculo con la democracia, para luego avanzar en el concepto de democracia participativa.

Autores como (Sanchez Torres, Carlos Ariel; Muriel Ciceri, José Hernán, 2007) conciben la Participación “Idiomáticamente, se comprende la participación como la acción y efecto de participar, esto es, tomar parte en algo como, por ejemplo, en procesos decisorios⁵⁷ y en principio, en el proceso político⁵⁸.”

55 Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 14

56 Ibidem pag. 16.

57 Compar. Schweizerische Vereinigung für Sozialpolitik –SVSP- (2007). Wörterbuch der Sozialpolitik [Diccionario de política social]. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de <http://www.socialinfo.ch/cgi-bin/dicoposode/show.cfm?id=447>

58 Compar. Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (2004), Die Bedeutung rechtsstaatlich-demokratischer Strukturen für den Prozess politischer Partizipation [El significado de las estructuras democráticas del estado de derecho para el proceso de la

Dichos autores citan a su vez (Schultze, 2005, p. 75).⁵⁹ Quien define la participación, de dos formas: (...) “instrumental y normativa. Respecto de la instrumental se plasma como una herramienta a través de la cual el ciudadano participa limitadamente en las decisiones. Tal participación implica la competencia entre las élites políticas, quienes presentan al ciudadano diferentes programas”.⁶⁰

Luego, él elige entre los programas presentados, aquel que le prometa la mayor utilidad.⁶¹ Este proceso refleja parte de la democracia representativa, ya que se constituye un gobierno elegido libremente por el pueblo a través del derecho de voto, que representa la voluntad popular y se basa en el dominio de esta élite⁶². Por lo tanto, el ciudadano puede participar en el sistema político a través de su voto,⁶³ pero son los representantes elegidos, quienes tienen el verdadero poder político decisorio.⁶⁴ En este concepto se encuentran implícitas, según Jordi, las teorías económicas⁶⁵ y de liderazgo⁶⁶.

El segundo concepto sobre participación normativa tiene un énfasis en elección.⁶⁷ El ciudadano debe participar y hacer válidos sus intereses.⁶⁸ Aquí se objeta a la participación instrumental, que los ciudadanos dentro del periodo legislativo solamente asumen una

participación política], Der Beitrag stellt die Position des Wissenschaftlichen Beirats beim BMZ dar [El aporte representa la posición del consejo científico del Ministerio Federal para la Cooperación Económica y el Desarrollo]. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de <http://209.85.165.104/search?q=cache:AxQBAr5bJFYJ:www.bmz.de/de/service/infothek/fach/spezial/spezial097/spezial097.pdf+Bundesministerium+f%C3%BCr+wirtschaftliche+Zusammenarbeit+und+Entwicklung+Referat:+%E2%80%9EEntwicklungspolitische+Informations+und+Bildungsarbeit%E2%80%9C,+Der+Beitrag+stellt+die+Position+des+Wissenschaftlichen+Beirats+beim+BMZ+dar.+Stand:+Mai+2004&hl=de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a>

59 Compár. Josowic, L. (2003), Partizipation in lokaler Demokratie: Das Orçamento Participativo in Porto Alegre (Brasilien) [Participación en la democracia local: El Orçamento Participativo en Porto Alegre], Arbeitspapiere ZUR Lateinamerikaforschung, C. Wentzlaff-Eggebert & M. Traine (Eds.), III-15, Arbeitskreis Spanien – Portugal – Lateinamerika, Philosophische Fakultät der Universität zu Köln, 2003, p. 4 s, con otros antec. Recuperado el 26 de febrero de 2007 de <http://www.uni-koeln.de/phil-fak/aspla/forschung/publikationen/arbeitspapiere/>; Schultze, R.-O. & Nohlen, D. (1995), En D. Nohlen (Ed.), Lexikon der Politik. Politische

Theorien, [diccionario de la ciencia política. Teorías políticas] Bd. 1, München, Alemania: Beck, p. 397 s

60 Compár. Schultze, R.-O./Nohlen, D. (1995), p. 397 s., con otros antec.; Josowic, L. (2003), p. 6 s.; Jordi, S. (2006), Die Anwendung partizipativer Verfahren in der Entsorgung radioaktiver Abfälle, [La aplicación de los procedimientos participativos en la evacuación de desechos radioactivos] Schweizerische Eidgenossenschaft, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK Bundesamt für Energie BFE Abteilung Recht und Sicherheit, p. 24, con otros antec. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de http://209.85.165.104/search?q=cache:3yaC7xbAilJ:www.entsorgungsnachweis.ch/media/dokumente/partizipation/Partizipation_in_2520_der_Entsorgung_web.pdf+jordi+Die+Anwendung+partizipativer+Verfahren+in+der+Entsorgung+radioaktiver+Abf%C3%A4lle&hl=de&ct=clnk&cd=7&client=firefox-a

61 5 Ídem.

62 Compár. Josowic, L. (2003), p. 6 s.; Schultze, R.-O./Nohlen, D. (1995) p. 397 s.

63 Compár. Josowic, L., (2003), p. 7.

64 Respecto a la teoría económica de la democracia según Anthony Downs véase Marxer, W. (2004)

65 Respecto a la teoría económica de la democracia según Anthony Downs véase Marxer, W. (2004),

„Wir sind das Volk“: Direkte Demokratie - Verfahren, Verbreitung, Wirkung, [„Nosotros somos el pueblo“: Democracia directa – procedimientos, difusión, efecto] Schriftliche Fassung des Vortrages am Liechtenstein-Institut vom 2. November 2004 in der Vorlesungsreihe „Herausforderung Demokratie“ Beiträge Nr. 24/2004 [versión escrita de la conferencia en el instituto Liechtenstein del 2 de noviembre de 2004 en la serie de clases „desafío democracia“, artículo Nr. 24/2004] p. 7. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de http://209.85.165.104/search?q=cache:52FG-JO8MREJ:www.liechtenstein-institut.li/Portals/11/pdf/lib/LIB_24.pdf+Direkte+Demokratie+-+Verfahren,+Verbreitung,+Wirkung&hl=de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a

66 Jordi, S. (2006), p. 24, con otros antecedentes.

67 Compár. Josowic, L. (2003), p. 7, con otros antec.; Jordi, S. (2006), p. 24, con otros antec.

68 Ídem

posición de espectadores, a pesar de iniciativas ciudadanas, escaños directos o referéndum⁶⁹. En este sentido, comprende doctrinalmente el concepto de la participación normativa, la influencia y consecución de intereses, la autorrealización en el proceso democrático del actuar conjunto democrático-directo y la participación política, en lo posible, en muchos ámbitos de la sociedad.⁷⁰

De manera general, se puede entender este concepto, como aquellas formas de participación democrática, que los ciudadanos realizan libre, individual y/o colectivamente en unión con otras empresas, con el fin de influir directa o indirectamente en decisiones políticas para su beneficio (Schultze, 2005, p. 75) Ahora bien, las teorías de democracia se derivan fundamentalmente del nivel de participación del ciudadano en el proceso político y es allí donde encuentran vinculados estos dos conceptos, entendiendo que la democracia se fortalece en la medida en que la participación se aumenta; por supuesto una participación de una connotación compartida (Sánchez y sgs.) que se acerca al concepto de normativa es decir cualificada y decisoria, que también es ampliamente expresada en la constitución y no meramente instrumental.

Desde un enfoque de políticas públicas, (Canto, 2008) en su artículo sobre Gobernanza y Participación Ciudadana, ofrece diversas formas de entender la participación de la sociedad clásica que surge de la democracia representativa que se desarrolla por la emisión del sufragio, (participación política) y que desarrollamos anteriormente. También menciona que “la participación ciudadana en las políticas implica que los decisores tomen en cuenta las preferencias y las opiniones de los ciudadanos para que, por este solo hecho, el público se convierta en actor de los procesos de formulación de políticas”⁷¹; a su vez da cuenta de otros autores más progresistas quienes consideran que, (...) “la participación ciudadana implica los diversos mecanismos e instancias que posee la sociedad para incidir en las estructuras estatales y en las políticas públicas. Por lo tanto, el estudio de la participación social es el de las mediaciones entre Estado y sociedad”.⁷² O bien: "el proceso a través del cual distintos sujetos sociales y colectivos, en función de sus respectivos intereses y de la lectura que hacen

69 Compár. Josowic, L. (2003), p. 7

70 Compár. Schultze, R.-O. (2005), p. 75 s.

71 Canto Chac, M. (2008). Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. Política y cultura, (30), 9-37.

72 Darío Restrepo, "Relaciones Estado-sociedad civil en el campo social. Una reflexión desde el caso colombiano", Revista CLAD Reforma y Democracia, núm. 7, Caracas, enero de 1997, p. 97. Disponible en <http://www.clad.org.ve/rev07/0028504.pdf>. [Links]

de su entorno intervienen en la marcha de los asuntos colectivos con el fin de mantener, reformar o transformar el orden social y político".⁷³

Para Canto estos conceptos sobre participación “giran en torno de la efectividad de la democracia, pero la paradoja⁷⁴ señalada al inicio nos conduce —no sin cierta cautela— a considerar las posibilidades de la capacidad organizativa de la población para generar participación ciudadana en un contexto de creciente deterioro de las condiciones sociales y para influir en las decisiones sobre el desarrollo social. Esta consideración nos fuerza a tomar en cuenta no sólo la efectividad de la democracia, sino también la efectividad del desarrollo como causa y consecuencia de la participación ciudadana en las políticas públicas”⁷⁵

Nuestra constitución política ha hecho un híbrido de estos dos términos de participación y democracia, acuñando el concepto de democracia participativa⁷⁶. Que surge del dilema histórico entre democracia representativa y democracia directa, y es reforzada y justificada por, (Sanchez Torres, Carlos Ariel; Muriel Ciceri, José Hernán, 2007) dando como resultado salomónico a esta dualidad la democracia participativa que es concebida como aquel método cuyo epicentro es la participación del ciudadano en el proceso político.⁷⁷ En este sentido, dicha modalidad se refiere, de manera general, a la participación real y efectiva en el poder (Archila, 2005, p. 239). Para ello, se procura aumentar el número de personas con derecho al voto y ampliar la participación del ciudadano en la decisión de asuntos públicos,⁷⁸ siendo la voluntad política de cada ciudadano y de la totalidad de personas con derecho al voto, un producto del proceso de conformación de la voluntad y de la decisión política.⁷⁹ Se trata en principio, de la repartición suficiente del poder en la sociedad.⁸⁰ Es así como Schmidt⁸¹,

73 Fabio Velásquez y Esperanza González, La planeación participativa en Bogotá D.C. Análisis y propuestas, Colombia, Fundación Corona, Foro Nacional ProColombia, enero de 2004, p. 2. Disponible en <http://www.fundacióncorona.org.co/descargas/planeaciónparticipativaenBogotá.pdf>. [Links]

74 Manuel Canto plantea como paradoja que “Hablar de participación ciudadana en los asuntos públicos encierra una paradoja sintetizada en las dos citas que encabezan este texto: por un lado, un elevado optimismo discursivo sobre los alcances de esta participación; pero, por el otro, una escasa intervención real de la ciudadanía en las políticas públicas, derivada seguramente de la precariedad de las condiciones sociales básicas para el ejercicio de los derechos del ciudadano”.

75 Canto Chac, M. (2008). Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. Política y cultura, (30), 9-37.

76 la participación democrática consagrada en la Constitución Política de 1991, se entiende como las garantías para que los derechos fundamentales sean profundizados y respetados; para que la participación sea verdaderamente voluntaria, como lo señala el artículo 16 de la Carta; que las decisiones sean expresión de las opciones personales, artículo 18 y 20 de la C. P., que cada opinión sea valorada, arts. 13 y 14 C. P.; que los procedimientos señalados en las normas sean cumplidos, artículo 29 C. P.

77 Compár. Marxer, W. (2004), p. 8; en Colombia ante todo Sánchez Torres, C. A., (2006), p. 388 s.

78 Compár. Sartori, V. (2004), p. 7

79 Idem.

80 Compár. Jordi, S. (2006), p. 25, con otros antec.

81 Y con él también Josowich, L. (2003), p. 8. s., con otros antec

describe a la participación democrática, desde la óptica de "en lo posible mucha participación política y en lo posible sobre mucho, a saber, en el sentido por un lado, de participar ,tomar y dar parte y por otro, la participación interna en los acontecimientos y el destino de la comunidad" (2000, p. 251).

Para (Pérez j. 2003, 100) la democracia participativa o democracia directa, consiste en la ampliación de los espacios democráticos para otorgar al pueblo la posibilidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también de participar más directa y frecuentemente en la toma de decisiones que afecten a la comunidad. Mientras Naranjo aborda el concepto según la teoría constitucional, en "la soberanía popular cada ciudadano es titular de una pequeña parte de la soberanía y esta le da el poder al pueblo para darse sus propias leyes, organizarse políticamente y auto-gobernarse". (Naranjo 2000, 451). Esta última definición produce varios interrogantes, por ejemplo ¿Cuál es la porción o la parte que le corresponde a cada ciudadano? ¿Cómo lograr que sea equitativo para todas las personas?; si la norma es prescriptiva ¿Cómo podría el ciudadano o constituyente primario hacer sus propias leyes y autogobernarse? En otras palabras, no define los alcances de la democracia participativa.

La segunda definición que hace Pérez se ajusta al enunciado del artículo 2 de la Constitución Política, pero también trae consigo otras inquietudes, desde la realidad social, realmente ¿se logra de manera fáctica una participación más directa y frecuente?, si es así ¿porque las tensiones entre los intereses, derechos y necesidades cada vez encuentran mayor tensión con las medidas y decisiones del Estado nacional y territorial?

También aborda la concepción de Eduardo R. Graña y César Álvarez (2008, 186) quienes a su vez citan a Max Weber (1981, 235 y ss.), quien entiende por representación la situación objetiva en virtud de la cual la acción de determinados miembros se imputa al conjunto, que la admite como legítima y obligatoria y así sucede en la práctica.

Este tipo de democracia fue la que imperó en la Constitución de 1886, que posteriormente tuvo que ampliarse a una democracia mixta en la Constitución de 1991. En este sentido estas dos democracias, no necesariamente deben ser antagónicas, por el contrario, requieren encontrar el equilibrio ineludible que permita el cumplimiento de los fines de Estado para con su soberano popular.

En ese sentido se hace indispensable analizar este tipo de democracias, con los desafíos que plantea esa visión de postmodernidad, que no necesariamente se repelen, sino que pueden llegar a ser complementarias, tratando siempre de resolver el interrogante sobre si los mecanismos de participación ciudadana en Colombia han permitido superar la crisis reflejada en parte por un conflicto armado interno que estamos a punto de superar, pero que está en riesgo de diluirse, después de casi seis décadas de violencia y que conviene ajustar para aportar en la sostenibilidad de la paz.

Partiendo de allí, el concepto de democracia participativa, vigente en nuestra constitución, encuentra asidero en una democracia más deliberada, dialógica, vista desde la gobernanza, que la Organización de Naciones Unidas define como la promoción de equidad, participación, pluralismo, transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero.

1.4. El Sendero Democrático: de la Modernidad a la Posmodernidad.

El enfoque de democracia, se nutre de la evolución del estado moderno que nace de Europa caracterizado, como lo plantea Max Weber⁸², por una serie de elementos en desarrollo científico y técnico, económicos y políticos, que denomina como la “racionalización de las sociedades en todos los planos” que construyó valores en el sentido de darle prevalencia a la razón, orientado por una concepción más secularizada y el valor de la prevalencia del individuo; por ende de lo individual más que lo colectivo se va a canalizar el concepto de democracia liberal y de ciudadano.

En el mismo sentido cita a (Rawls, 2012), quien argumenta que en las sociedades contemporáneas occidentales, plurales, complejas y fragmentadas es necesario un reconocimiento efectivo entre los individuos como interlocutores válidos, quienes en igualdad de derechos y desde variedad de doctrinas, están a favor de las concepciones del

82 Citado en el libro El Estado Postmoderno. Chevallier, J. (2011). El estado posmoderno. U. Externado de Colombia. PAG. 17.

bien y la buena vida que puedan alcanzar en condiciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación social.

Es así como la teoría contractualista de Rousseau, muy relevante para el Estado moderno, queda relegada en el Estado posmoderno, según (Chevallier, 2011), “porque la postmodernidad está marcada por la incertidumbre, la complejidad y la indeterminación”.

Por un lado, se desconfía de que haya existido un momento específico de la historia de cada continente y país, en la que hemos pactado ceder nuestro poder ciudadano para que otros sean quienes lo ejerzan como forma de mantener el orden y la justicia.

Sin embargo, a pesar de estos grandes cambios para el mundo en el surgimiento del Estado liberal, surge una crisis de estos prevalentes valores de la razón y la individualidad⁸³ en la posmodernidad⁸⁴. Para Taguieff⁸⁵ (2004) lo más significativo de la crisis del estado moderno tiene que ver con la desconfianza o cuestionamiento sobre el porvenir, que ha sido un mito prevalente en el siglo XVII, pero que no desapareció en el siglo XX, que ha llevado a no tener la certidumbre en la teorías que brindaba la teoría del Estado moderno; sin embargo con el valor de individualidad no pasó lo mismo, pues para Chevallier (2011) lo que se desarrolló fue un *hiperindividualismo* como polo opuesto del humanismo que afecta la relación entre lo colectivo y lo individual y por ende afecta la democracia y la participación, por la precariedad de los lazos sociales.

Teniendo en cuenta esta última característica sobre la influencia de la constitución en las relaciones políticas, combinando, como plantea Nino⁸⁶, los derechos y la democracia, comienza a complejizar este binomio. En primer lugar, porque la democracia se entiende por la regla de las mayorías, mientras que los derechos individuales, suponen unanimidad y decisiones de funcionarios que como los jueces no son elegidos popularmente, pero además pone dudas sobre la prevalencia de las mayorías como forma de garantizar la operatividad o

83 Jackc Chevallier cita C. Taylor (1991) quien presenta las tres dificultades esenciales que tuvo el concepto de Estado Moderno: “el individualismo condujo a la “pérdida de sentido”, traducido como la desaparición de los ideales y el encierro en sí mismo; la primacía de la “razón instrumental” condujo al “eclipse de los fines”: La eficacia máxima es el único patrón hoy en día; en fin la pérdida de libertad” resulta del sentimiento de impotencia que siente el individuo-ciudadano, atrapado en el remolino del mercado y del Estado”.

84 Para Chevallier el Estado posmoderno, se caracteriza por la incertidumbre y desconfianza ante justificaciones que ofrecía la modernidad frente a la legitimación del poder y la soberanía popular. Igualmente se caracteriza por que tiene la tendencia de dejar de lado la soberanía, para enrutarse hacia una nueva lógica de interdependencia y cooperación, borrando la separación entre asuntos exteriores e interiores. Este fenómeno se produce debido a los avances tecnológicos y la forma de interconexión que hoy tienen las sociedades del mundo globalizado. Véase El Estado postmoderno de Jacques Chevallier págs. 35 a la 56.

85 Taguieff, P. A. (2004). Les Protocoles des sages de Sion: faux et usages d'un faux. Fayard.

86 Nino, C. S. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa.

materialización de los derechos y principios. En esta misma tesis se encuentra Carlos Nino, pero sin descartar que el constitucionalismo requiere de un proceso democrático, con el respeto de los derechos individuales y la preservación de una práctica jurídica estable. Sin desconocer la constitución histórica, que incluye un reconocimiento de una práctica o convención social. Por ende, la decisión del juez aporta en esta práctica social y democrática.

Claramente la Constitución de 1991, interpretó esas dinámicas y se esforzó por generar las transformaciones necesarias que dieron apertura a esta visión neoconstitucional, sin embargo, tal como lo plantea Uprimny, sigue pendiente el fortalecimiento de la democracia a través de la apertura del sistema político y de la consagración de mecanismos de participación.

Cabe subrayar estos dos últimos elementos de concebir la democracia como derechos y obligaciones, en el sentido de ejercer libremente los derechos tanto individuales como colectivos, pero también de respetar los derechos como Estado y particular, por ende hay una fuerza vinculante entre los mecanismos de participación para decidir sobre asuntos que afectan derechos, superando una visión, ya no solo de libre expresión, sino que avanza hacia lo que podría denominarse libre decisión y participación de quienes se ven afectados, tal como lo plantea la concepción de democracia deliberativa.

Valora lo dialógico del proceso de decisión política, procurando identificar la voluntad popular para llevarla a la práctica. En este sentido, la perspectiva deliberativa se ha propuesto trascender la mera validez jurídica intrasistémica para acatar la legitimidad política extrasistémica que es la que vincula en el proceso decisorio la deliberación pública. Así entonces, un simple proceso agregativo que convierta las preferencias privadas en decisiones no cuenta con los recursos para dar razón del grado de legitimidad y justicia que deben tener las decisiones al interior de la política pública.

La democracia representativa liberal clásica, en la que el ciudadano se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado, que es evidentemente insuficiente. En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu: “Como la mayoría de los ciudadanos, que reúnen condiciones bastantes para elegir pero no para ser elegidos, el pueblo está capacitado para tomar cuentas en la gestión de otros, pero no administrar por sí

mismos”⁸⁷. En este sistema de democracia directa, planteada por Rousseau en lugar de desconfiarse del ciudadano éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos.⁸⁸

1.4.1. La Tercera Transformación Democrática.

Tal como lo expuso en el subtítulo sobre giro deliberativo de la democracia, en que el concepto de democracia deliberativa⁸⁹, pretendía integrar dos visiones antagónicas de democracia: republicanismo y liberalismo, ésta se propone como una tercera teoría sobre democracia que se enmarca en el concepto moral y liberal de los derechos individuales, pero se distancia de la tesis de Rawls sobre una democracia que no requiere discusión colectiva, sino que parte por una reflexión individual.

Esta democracia deliberativa se centra en alcanzar soluciones justas a partir de la discusión colectiva de la moral (entendida desde el reconocimiento de derechos individuales); superando el autointerés para darle espacio al diálogo que construye una democracia imparcial, partiendo de un proceso informal de discusión que enriquezca la toma de decisiones, pero que logre un procedimiento institucionalizado. Esto quiere decir que se requiere el reconocimiento de contextos sociales y un diseño institucional que refleje diferentes grados de satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos. Será sobre este parámetro que se proyecte una valoración de los mecanismos de participación propuestos por la presente tesis.

87 De Secondat Montesquieu, C. L. (2002). El espíritu de las leyes (Vol. 206). Ediciones AKAL. Pág. 96.

88 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

89 Para Elster en su publicación “La Democracia Deliberativa”. Este concepto de democracia deliberativa no es nuevo inicialmente reconoce la influencia de Jürgen Habermas desde su concepción sobre la democracia como una forma de transformación y no solamente como la acumulación de ideas. Más adelante reconoce que este concepto tiene antecedentes desde el siglo v a.C. Su definición concordante con todos los autores en dos sentidos: primero que incluye la toma de colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados, por la decisión o sus representantes y segundo, incluye una toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad. Al primero se le denomina el elemento democrático y el segundo es el deliberativo.

Por tanto la tesis de democracia deliberativa consiste según Habermas⁹⁰ (1992), en la profundización democrática contemporánea, o tercera ola de democratización, se fundamenta en la auto comprensión procedimental de la democracia constitucional a través de la deliberación, es decir, la posibilidad de llegar a consensos y buenas decisiones a través de procesos deliberativos en la esfera pública, algo que lleva a la definición de aquello que es público y la identificación de la soberanía que después se ejercerá en la esfera política a través de los representantes políticos.

También para Dahl⁹¹, la tercera transformación democrática se traduce en la reducción de la distancia entre gobernantes y el demos, específicamente transformando a este demos en un minipopulus (1989: 339-340), una masa crítica de ciudadanos informada y activa que permita un buen entendimiento de las propias preferencias y del procedimiento democrático, conocimiento alcanzable a través de la deliberación (Galdós 2006, 47,69)⁹². Partiendo de las ideas de Rawls sobre el concepto de ciudadanía, dentro de la que se ubican Habermas y Dworkin, no radica en el reconocimiento en tanto copartidarios, miembros de la misma comunidad religiosa o seguidores de la misma doctrina filosófica, sino en el reconocimiento de la divergencia, porque el hallazgo de una mínima base de acuerdo y comprensión mediante la deliberación no obliga a estar de acuerdo con la otra concepción, pues el diálogo no es para eliminar la alteridad ideológica, sino para hacer vivible y viable la sociedad en medio de ella, que se pretende ampliar y profundizar.

Esta teoría cobra relevancia, en la medida en que permita fortalecer el ejercicio deliberativo, un proceso en que los actores afectados por políticas y decisiones del Estado, tomen decisiones en pro de fortalecer los consensos nacionales auténticos, que conlleven a la construcción de paz, estable y duradera a partir de la profundización y cualificación de la participación que revierta en pacto de acuerdos intermedios, materialización de nuevos modelos de participación democrática, coexistencia de derechos, intereses y necesidades disputados por grupos que tienen relaciones en permanente tensión; prevalencia del diálogo y el consenso de la sociedad, como forma efectivamente que logre convivencia,

90 Habermas, J. (1992). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *Debats*, 39, 18-21.

91 Dahl, R., & San Martín, J. M. (1989). *La poliarquía* (Vol. 2). Madrid: Tecnos.

92 Galdós, L. J. (2006). Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa. *Revista Española de Ciencia Política*, (14), 47-69.

autorregulación, conservación del entorno, a partir del reconocimiento del otro y el tratamiento de conflictos producidos por el relacionamiento humano.

La propuesta de investigación aborda los términos más notables para el desarrollo de esta. Este estudio se ubica, dentro de la noción de neoconstitucionalismo, democracia participativa, representativa y democracia deliberativa.

1.5. ¿Constitucionalismo Garantista o Neoconstitucionalismo?

Luego de la evolución del constitucionalismo clásico, surge una concepción de Estado posmoderno, en las que renacen nuevas corrientes de teoría constitucional como la del “Neoconstitucionalismo”, que otros teóricos denominan constitucionalismo garantista como Ferrajoli⁹³. Surge en Europa desde la segunda guerra mundial, y en América Latina desde los años 80, con la aparición de nuevas constituciones que pretenden hacerle frente al totalitarismo de las dictaduras y los extremismos.

En términos de Carbonell⁹⁴ está basado en valores de libertad, igualdad y límite a los poderes estatales. Reconoce que las constituciones no son ahistóricas, y están determinadas por dinámicas globalizadas y locales en el ámbito social, político, jurídico y por supuesto económico.

Para Carbonell⁹⁵, a partir de la segunda guerra mundial los textos constitucionales son diferentes a los del siglo XVIII especialmente por los amplios catálogos de derechos que desarrollaron; también se vislumbran constituciones, que no solo responden a la división de poderes, sino al diseño de las sociedades, como sucedió en Alemania (1949), Italia (1947), España (1976), Brasil (1998) y Colombia (1991; Ecuador más recientemente (2008).

La teoría neoconstitucionalista o de constitucionalismo garantista, privilegia siete características que Carbonell⁹⁶ propone y que resumo a continuación: en primer lugar se plantea ***la rigidez de la constitución en su reforma***; la segunda característica es ***la garantía***

93 Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., Mohíno, J. C. B., Abellán, M. F. G., Sanchis, L. P., & Miguel, A. R. (2011). Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Trotta.

94 <https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>

95 Carbonell, M., & García, L. (2010). El canon neoconstitucional (No. 8). U. Externado de Colombia.

96 Ibidem

jurisdiccional de la constitución, en que ésta se impone al resto del ordenamiento jurídico y a las leyes; la tercera es **la fuerza vinculante de la constitución**, en donde todas las normas jurídicas son plenamente aplicables y obligatorias en el sentido más pleno, superando así esa visión aspiracional o declarativa de los principios constitucionales; una cuarta característica es la sobre *interpretación constitucional*, en que no queden espacios vacíos o libres y la constitución se vuelve entrometida; el quinto elemento es la **aplicación directa de las normas constitucionales**, supone que la constitución tienen que ver con dos elementos, en primer lugar que la constitución rige especialmente las normas de derechos fundamentales la relación de particulares, no solo a las autoridades; la sexta característica es **la interpretación de las leyes, conforme a la constitución**. El juez debe esforzarse por interpretar la ley que se acomode con la constitución para salvar la constitucionalidad (Control constitucional); finalmente la séptima es **la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas**, que prevea un sistema de solución de conflictos en los órganos políticos, es decir la jurisdicción constitucional orgánica; que los órganos jurisdiccionales asuman el conocimiento de los casos sin necesidad de apelar a la idea de la “cuestión política”, en donde los jueces no se pueden meter por ser de carácter político; que los actores sociales debaten, deliberan, participan tomando en cuenta la constitución. Por tanto, cobra relevancia analizar y valorar, desde esta teoría neoconstitucional, a la luz de la constitución el derecho de participación que pretende materializarse en parte por los mecanismos de participación ciudadana.

1.5.1. Los Derechos Humanos y la Participación Democrática.

Pérez Luño en su libro sobre la Fundamentación de los derechos Humanos, conecta la teoría de los valores y los principios constitucionales, y de democracia deliberativa desarrollada a partir de la teoría consensual de la verdad, en la que según Hábermas el positivismo parte de que las cuestiones prácticas no son susceptibles de discusión racional por lo que, en definitiva, tienen que ser decididas⁹⁷. Es decir que las justificaciones y afirmaciones sobre los conceptos jurídicos, no se han dado, meramente por la racionalidad, como lo plantea el positivismo, sino que surgen mediante un proceso, que ha validado en consenso por el colectivo social (La conducta).

Partir por esta fundamentación, en materia de participación democrática, permite revalorar la necesidad de establecer consensos entre las necesidades, intereses ya no de un segmento de la población que interfiere en las relaciones humanas, para lograr la materialización de sus intereses y necesidades, sino enfoca el sentido de una colectividad humana global, teniendo presente la otredad, la cooperación y solidaridad como forma de conservación de la especie, de su entorno y ambiente; trascendiendo la visión del pensamiento individual del ser humano para dimensionar la verdad desde una dimensión social, en una dinámica interconecta de estos tres elementos: la norma, los valores y la conducta, reconociendo que la norma prescribe o describe la conducta, que está enmarcada en principios y valores⁹⁸.

De allí que interpretar el concepto de democracia se hace relevante desde una interpretación axiológica que jurisprudencialmente se ha definido para “*establecer la fundamentación del poder político ejercido por los diferentes órganos (la democracia como fuente de legitimidad), para reconocer y tutelar los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e imponer deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares (...)*”⁹⁹.

97 Luño, A. E. P. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. Revista de estudios políticos, (35), 7-72. Pág. 39.

98 Ibidem.

99 (sentencia C 150, 2015).

Cabe subrayar estos dos últimos elementos de concebir la democracia como derechos y obligaciones, en el sentido de ejercer libremente los derechos tanto individuales como colectivos, pero también de respetar los derechos como Estado y particular, por ende hay una fuerza vinculante entre los mecanismos de participación para decidir sobre asuntos que afectan derechos, superando una visión, ya no solo de libre expresión, sino que avanza hacia lo que podría denominarse libre decisión y participación de quienes ven involucrados sus derechos en las decisiones públicas o privadas tal como lo plantea la concepción de democracia deliberativa, y lo plasma la Constitución política, desde un enfoque de derechos.

Sin embargo, aparecen dilemas y tensiones dentro de la misma constitución, especialmente en principios como el de unidad nacional e interés general, frente autonomía territorial, derechos colectivos y de medio ambiente, por no mencionar otros, que harían ver que el neoconstitucionalismo, podría resolver, a partir de la prevalencia de los derechos humanos, enmarcados dentro de sus características, la influencia de la constitución en las relaciones políticas, económicas y sociales en caso de que se esté en riesgo la vulneración de derechos.

Nuestra jurisprudencia ha tenido aciertos y desaciertos. Todos justificados desde la Constitución Política, por tanto, surge la inquietud sobre si es suficiente tener una visión de derechos como lo concibe el neoconstitucionalismo, que permita la eficacia de esa prevalencia, en el sentido de hacer rígida la Constitución al punto en que no hubiese duda o intereses de por medio entre fallos y sentencias, que puedan afectar los estándares en derechos humanos.

Es allí, donde Habermas¹⁰⁰ plantea la concepción de los derechos humanos, ya no solo desde la nominalidad constitucional, únicamente que da espacio a “libres” interpretaciones, sino como categorías vinculadas a las relaciones sociales concretas, que tienen un contenido social y político como expresión de un orden jurídico integral, que abarca el Estado y la sociedad,¹⁰¹ superando la brecha creada que ha fragmentado el derecho, separándolo “formalmente” de la política, de la sociedad y su realidad, y perdiendo de vista una mirada integral a nivel constitucional y de derechos. Por tanto, Habermas toma como premisa que la teoría de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho debe orientar a la praxis

100 J. Habermas, *Theorie un Praxis*, cit., págs. 122.

101 *Ibid*, pág. 121.

política (e incluso institucional) en cuanto a normas básicas del sistema, que a su vez entraña el proceso transformador de la sociedad, aceptando las ciencias sociales sobre las condiciones necesarias para hacer efectivo los derechos fundamentales.

Esto no se logra con el sistema actual de separatividad y brechas entre sociedades y estados, sino a partir de lo que el citado autor denomina la situación comunicativa ideal, que consiste en darle vía a un proceso de emancipación,¹⁰² cobrando así protagonismo la participación de las sociedades para el fortalecimiento de la democracia que permita la construcción de consenso sociales y universales, materializados en satisfacción de necesidades¹⁰³ que son de connotación universal porque le son comunes a todos y no, a un grupo determinado o a una persona con predilecciones o intereses particulares.

Lograr este consenso desde la comunicación argumentada, que es plateada desde la democracia deliberativa, teniendo como marco central a los derechos humanos, es parte de las apuestas más sensibles del neoconstitucionalismo o constitucionalismo garantista, que aún no se vislumbran factibles, por el propio diseño institucional de toma de decisiones en cada rama del poder público, donde las sociedades y su ciudadanía no cuenta con una real emancipación sobre asuntos, no necesariamente de sentido nacional, sino que afectan su proyecto de vida, sus necesidades y sus derechos bioculturales.

Por tanto, es pertinente reconocer en esta discusión que la materialización de la democracia va de la mano de la efectividad, garantía y goce en el ejercicio de los derechos y el pleno desarrollo de una participación cualificada, que en términos de Habermas está libre de cualquier tipo de dominación.

102 J. Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen*, cit., pág. 140; *Technik und Wissenschaft*, cit., págs. 164-165; *Auszug aus Wahrheitstheorien*, cit., pág. 258.

103 J. Habermas, *Auszug aus Wahrheitstheorien*, cit., pág. 254.

1.5.2. Democracia Participativa en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La participación ciudadana es un derecho humano fundamental. El derecho a la participación se encuentra recogida en los principales acuerdos, declaraciones y pactos del derecho internacional.

Mediante el artículo 93¹⁰⁴ de la Constitución Política colombiana, se promulgó el bloque de constitucionalidad que consiste en la inclusión de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que sin aparecer en el contenido de la Constitución tienen fuerza vinculante en su aplicación y cumplimiento¹⁰⁵ y de manera especial los derechos humanos.

Tratándose del derecho a la democracia concebido como valor supremo, (O'Donnell, 2004) los principales instrumentos universales e interamericanos sobre derechos humanos reconocen la importancia de la democracia como valor y bien jurídico que determina la licitud de las restricciones; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 diciembre de 1948), artículos 21¹⁰⁶ y 29¹⁰⁷; La Declaración Americana aborda el valor de la democracia en el mismo sentido, mientras que La Convención Americana concibe la democracia en su preámbulo en este sentido: "... Los Estados Partes reafirman su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social (...)."

A diferencia con la Carta de Naciones Unidas, para la Organización de Estados Americanos, la democracia está concebida desde la representatividad, siendo este un

104 Artículo 93. C.P. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

105 Sentencia C 066 de 2013: "por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu."

106 la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en 1948 se proyectó el concepto de democracia declarando en el artículo 21 "que la voluntad del pueblo será la base de la autoridad del gobierno" [5], señalando la fuente de la legitimidad del Gobierno, y contempla que "toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos (...)."

Declaración Universal de los Derechos Humanos Art.29 "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás (...)."

principio sustancial para el sistema interamericano, sin perder de vista que la promoción y protección de los derechos humanos y derechos sociales es condición fundamental para la existencia de la sociedad democrática¹⁰⁸

Los instrumentos internacionales reconocen dos formas de participación o modalidades en la dirección de los asuntos públicos: una participación que se hace por medio de elegir a los representantes¹⁰⁹ y la participación directa y en esta última modalidad identifica el referéndum y el plebiscito. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional reconocen que no solo se trata de ejercer derechos políticos, sino que está íntimamente vinculado con la libre determinación de los pueblos, de elegir la forma de su constitución o de gobierno.¹¹⁰

Luego, reconocen una forma de participación que denomina la participación directa permanente haciendo referencia al diálogo directo entre comunidad y autoridades. Es decir que esta última modalidad de participación tenga un marco universal de alta relevancia, que permita el direccionamiento de los asuntos públicos, no solamente por el Estado expresado en las ramas del poder público, sino que reconoce la participación de la ciudadanía, que necesariamente requiere una interacción permanente con sus representantes.

Es así como postula esta modalidad de participación directa, como una forma complementaria a la participación representativa, tomando como eje fundamental de esta participación directa, el derecho de la persona a participar en la toma de decisiones que lo afectan, dando como ejemplo los derechos de las comunidades indígenas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros¹¹¹.

Al respecto el Comité de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que “Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el dialogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda, garantizando la libertad de expresión y asociación”.¹¹²

108 Artículo 3 y 4 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

109 Véase, por ejemplo, informe sobre la situación de derechos humanos de Chile, 1985, pp 297,308, citado en Informe del a CIDH 1990, 1991, pág. 562.

110 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25 párr. 2.

111 Ibidem

112 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 8.

Incluso el Comité de Derechos Humanos, va más allá al reconocer que las comunidades minoritarias que eligen no tener una representación de otras comunidades mayoritarias pueden ejercer su derecho de participación directa, este marco lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹¹³

Igualmente, la doctrina del sistema universal insiste sobre la importancia de la participación directa en la formulación y puesta en práctica de las políticas públicas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto de San José (7 al 22 de noviembre de 1969)¹¹⁴, pone como ejemplo el caso de la comunidad mikmaq en Canadá, donde indica que los Estados deben tener una estrategia nacional de vivienda y que ésta “deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tiene hogar, las que están alojadas inadecuadamente (...).”¹¹⁵

En el mismo sentido menciona el ejercicio de la participación directa, en derechos como la salud, la alimentación y caracteriza las poblaciones que prioritariamente deben participar, como los grupos marginados, personas en condición de discapacidad, personas mayores, grupos gitanos entre otros.¹¹⁶ Aduciendo que la inclusión de toda ciudadanía refleja una organización justa y eficaz de participación.

La Carta interamericana se refiere a la participación directa como “participación permanente” y a “diversas formas de participación”, contenidas en el artículo 2 y 6 respectivamente¹¹⁷. Señala además que la democracia está ligada con el desarrollo social, político y económico¹¹⁸, lo que nos insta a mirar de manera más integral la democracia y su

113 En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16-12-1966) se indica que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las restricciones mencionadas en el artículo 2 (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), y sin restricciones indebidas de los siguientes derechos y oportunidades para participar en la dirección de los asuntos públicos directamente, o por medio de representantes libremente elegidos votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre voluntad de los electores y c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (artículo 25). Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr.7.

114 En la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos / Pacto de San José (7 al 22 de Noviembre de 1969) se expresa que, todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (artículo 23).

115 Comité de Derechos Humanos, La población mikmaq c. Canadá. Párr.5.5. (1991)

116 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párr. 54. Véase también los párrs. 11, 17 y 34.

117 Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional; Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

118 Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

forma de organización, que va más allá de la representación, para lograr la evolución de dicho desarrollo, en donde *“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia.”*¹¹⁹

Es así, que en la última década la CIDH¹²⁰ ha reconocido en algunos informes la participación directa, como el caso de Perú, adoptado en 1993 donde señala que “los derechos políticos (...) no deben ser reducidos a la sola dimensión de un esporádico proceso electoral (...). En 1997 instó al Estado Ecuatoriano a “adopte medidas para fomentar la participación de la población afroecuatoriana y demás grupos minoritarios, en la adopción a nivel local y nacional.”¹²¹

Lo que permite concluir, que la democracia y la participación no solo está vinculada con los derechos políticos enmarcados en la representatividad, que en efecto son sustanciales para los sistemas internacionales de derechos humanos, sino que lo amplía y conecta con el respeto y garantía de los derechos humanos y derechos sociales, mostrando que además existe una modalidad de participación directa, que viene no solo a complementar la representativa sino que reconoce que hay dos partes en la dirección de los asuntos públicos: Las autoridades y la ciudadanía y es desde esta interacción se legitima la democracia, reflejada en la gestión, protección y garantía de derechos por parte de los Estados, tendiendo presente que es condición necesaria, para fortalecer la democracia, la participación de la ciudadanía en temas que atañen a su desarrollo, que además destaca la participación con el principio de inclusión hacia los más vulnerables.

119 Artículo 6 Carta Democrática Interamericana 11 de septiembre de 2001.

120 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

121 O'Donnell, D. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá. pág. 743 a 777.

1.6. Evolución de la Participación y la Democracia en Colombia

El marco jurídico de la Constitución de 1886 establecía que el Estado de Derecho y la democracia estaban fundamentados sobre la base de la representatividad y el centralismo, donde la participación de la ciudadanía estaba limitada al derecho al voto como mecanismo para elegir los representantes que iban a gobernar o legislar en su nombre. Concepto que pretendió dar argumentos de justificación o legitimación del poder, en los que, por su puesto Colombia no fue ajena, razón por la cual en el artículo 2 de la Constitución Política del 1886 prevaleció el concepto de nación y no de pueblo, el cual establecía que la soberanía residía esencial y exclusivamente en la nación, es decir en los poderes y sus representantes ya que de ella emanaban los poderes públicos.

Es así como el constituyente de 1991, se plantea la reformulación de la democracia a través de la adopción de una democracia participativa, incluyendo principio de soberanía popular, el valor y derecho fundamental de participación ciudadana, que llevaron al constitucionalismo colombiano a adoptar un sistema mixto.¹²² Lo que produjo una proliferación de espacios de mecanismos de participación, que dieron un carácter expansivo a la misma tal como lo afirma la Corte Constitucional.

Por tanto, la Constitución de 1991, crea un nuevo marco normativo a partir de un concepto de Estado Social de Derecho que inicia desde su preámbulo cuando afirma en su artículo 2 “ El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente,” (...) (subrayado fuera de texto), dejando de manera taxativa que ya no es la Nación quien encabeza la soberanía sino el pueblo, abriendo paso a un sistema de participación política, ciudadana y social del pueblo como soberano, consagrando fines y principios constitucionales que reconoce el derecho ciudadano a la participación, “en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (...).

122 En este sentido se pronuncia la Corte Constitucional en la Sentencia C 150 de 2015: “El tránsito de una democracia representativa a una participativa (CP art. 1) significa abandonar un sistema político y social restringido a la elección de los representantes del electorado y adoptar un nuevo modelo que incorpora junto a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa - plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto, etc. -, y de participación en las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación (CP art. 2).”

El artículo 3 describe la forma en que el pueblo ejerce dicha participación; el artículo 40¹²³ señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, estableciendo la forma de ejercer este derecho; el artículo 103 establece los mecanismos de participación como el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato; entre otros que tienen como fin materializar el derecho de participar, en materias específicas donde el Estado debe facilitarla y garantizarla.

Este derecho de participación ha evolucionado de manera sustancial y la forma en que se ha venido desarrollando, de una parte con la múltiple promulgación de leyes y decretos, aunque con un seguimiento precario en cuanto a la implementación de las mismas; de otra parte, básicamente se enmarca en las mutaciones constitucionales,¹²⁴ ya que realmente han sido los jueces constitucionales quienes han profundizado y regulado las dinámicas y asuntos referentes a los derechos, que incluye el de participación, por falencias en el legislador, como así lo afirma (Vicente, 2011) donde las mutaciones constitucionales jurisprudenciales han ampliado derechos y han protegido a minorías o grupos excluidos con la intención de ampliar la democracia¹²⁵.

En este mismo sentido (Uprimny R., 2004) plantea que, como consecuencia del desencanto de los colombianos frente a la política, ha hecho que ciertos sectores exijan del poder judicial respuestas¹²⁶ a problemas que en principio deberían ser debatidos y

123 El artículo 40 consagra la participación como derecho fundamental: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse¹²³.

124 Como se observa, las mutaciones constitucionales nacen como un medio para cambiar las Constituciones, sin necesidad de modificar el texto de sus disposiciones.¹⁰ Como suele suceder en el derecho –y en particular en el derecho constitucional–, hay varias definiciones y conceptos sobre las mutaciones constitucionales que se podrían sintetizar en tres: (i) la perspectiva –que se podría denominar sociológica–, de acuerdo con la cual una mutación “se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por el otro”,¹¹ (ii) por otra parte y desde una perspectiva objetiva, Konrad Hesse expresa que “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”,¹² y (iii) la definición más acertada –además de que fue la primera en el tiempo– es la que ofrece Georg Jellinek: es la “modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”

125 . En algunos de esos eventos, la intervención de la Corte es tanto constitucional como democrática (al menos, en el sentido sustancial ya visto), debido a que en gran parte sus intervenciones que han modificado el texto constitucional (i) han creado o han ampliado derechos para grupos tradicionalmente excluidos (desplazados, presos, etc.), (ii) han respetado el principio de pluralismo y de igualdad etc.

126 Así lo explica Esteban Restrepo en artículo para el Seminario en Latinoamérica en Teoría Constitucional y Política: Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia; que si bien “La Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ciertamente no han producido la pacificación definitiva de Colombia ni han acabado con la pobreza y los demás males que históricamente han afectado al país. Sin embargo, los valores, principios y derechos constitucionales se han infiltrado en la vida cotidiana de los colombianos produciendo transformaciones más silenciosas y sutiles que, en mi opinión, han sentado las bases para la formación de procesos

solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas y desde el ejecutivo; sin embargo, esto no ha sucedido.

Por eso, plantea que la creación de la Corte Constitucional en la Constitución de 1991 aparece, dentro de un contexto histórico muy complejo, como un intento por realizar un pacto de ampliación democrático, a fin de enfrentar la violencia y la corrupción política. Y hemos visto como algunos sectores de la judicatura se han comprometido en la defensa de los derechos ciudadanos, lo cual ha hecho que el aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por voto, con lo cual ha operado un cierto desplazamiento, bastante paradójico, de la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial.

En el caso colombiano, la debilidad de los mecanismos de representación política es más profunda, por lo cual es mayor la tentación de sustituir la política por la acción judicial en donde La Corte prácticamente se fue convirtiendo así en la única ejecutora del proyecto constituyente.¹²⁷

Sin embargo hay que advertir que esto es un riesgo muy grande que corre la democracia de un Estado, porque deben ser los estándares en materia de derechos humanos, la medida de toda decisión judicial, como lo plantea en neoconstitucionalismo o el constitucionalismo garantista y no el activismo judicial que depende la voluntariedad y subjetividad del juez, que pueden estar muchas veces vinculadas con sus posiciones y visiones políticas y estas a su vez pueden ser progresistas o regresivas, dependiente del poder que verdaderamente represente o del cual tenga afinidad, lo que genera inestabilidad e inseguridad jurídica.

En Colombia coexiste la democracia representativa y la democracia participativa. Se ha dicho que con la democracia participativa se amplían los espacios democráticos para darle a los asociados la oportunidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar

de emancipación social y de movilización colectiva que, en el tiempo, pueden impulsar las grandes transformaciones sociales y políticas que Colombia tanto anhela. Por lo pronto, el fortalecimiento de la sociedad civil que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiende a producir a través de la constitucionalización de la vida cotidiana, es un paso decisivo en el establecimiento de un terreno propicio para la construcción de una paz duradera y de la convivencia pacífica entre los colombianos”.

127 En 1996, decía una ONG de derechos humanos: “La Corte Constitucional se ha convertido en uno de los pocos espacios estatales desde los cuales se lucha con denuedo por la vigencia efectiva de la Constitución de 1991” (Comisión Colombiana de Juristas. (1996) Colombia, derechos humanos y derecho humanitario, 1995. Bogotá: autor: 97)

más directa y frecuentemente en las actividades políticas y en la toma de decisiones que afecten a la comunidad.¹²⁸

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional en la sentencia C150 de 2015 sostiene que “La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.” (negritas fuera del texto).

Es así, que la democracia se entiende fortalecida en la medida en que se concreta la intervención e incidencia, desde la participación de la ciudadanía en los asuntos y actividades de los gobernantes, a quienes se les confiere el poder para actuar en pro de garantizar derechos, satisfacción de necesidades de la población, organización y administración de los bienes y servicios estatales.

Desde este enfoque se conectan los principios sobre democracia plasmados por la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2008:

“Ahora, existe relativo consenso en la doctrina sobre el contenido del concepto jurídico de democracia y sobre las reglas generales que la identifican y estructuran, las cuales, para efectos prácticos, pueden denominarse principios democráticos. De este modo, resulta indudable que, dentro de los elementos de la democracia sustantiva o también denominados principios materiales de la democracia, se encuentran la dignidad humana, libertad, la igualdad y el pluralismo y, dentro de los elementos propios de la democracia procedimental o principios estructurales encontramos, por ejemplo, la participación, la representación, la adopción de decisiones por mayoría, el respeto por las minorías, la prohibición de la arbitrariedad y el principio de imparcialidad.”¹²⁹

128 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-089 A de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

129 En la sentencia SU747 de 1998 la Corte había ya tenido oportunidad de advertir la doble dimensión procedimental y sustancial de la democracia.

Y va más allá al predecir que la falta de una participación que no se relacione con los derechos humanos en la medida en que éstos sean atendidos, puede generar falta de legitimidad del Estado. Es así que la jurisprudencia colombiana nota una evolución sobre el valor de la democracia y el derecho fundamental de participación, en el que reconoce su carácter expansivo en la Sentencia T-263/10 y Sentencia C 150 de 2015:

“La democracia participativa como principio, finalidad y forma de gobierno (CP Preámbulo, arts. 1 y 2) exige la intervención de los ciudadanos en todas las actividades confiadas a los gobernantes para garantizar la satisfacción de las necesidades crecientes de la población. Sin la participación de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.”

Desde esta órbita, el artículo 3 de la Constitución establece el principio de participación o principio democrático. Acerca del principio democrático la Corte Constitucional al estudiar la Ley 130 de 1994 manifestó:

“El principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente”.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-551 del 9 de julio de 2003 en la cual revisó la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 donde expresa que: (...) “La Constitución busca entonces “democratizar la democracia”, estableciendo una democracia participativa que articula las formas representativas con los mecanismos propios de la democracia directa”.

Es así como, para dar un ejemplo del carácter expansivo de la participación, la Corte en la sentencia C-230A de 2008 hace una clasificación de las diferentes formas de participación, reconociendo que no son las únicas precisamente por dicho carácter:

“En primer lugar, la participación se manifiesta en la posibilidad que tienen todos los individuos, así como las minorías de oponerse a las determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad. De otra forma dicho se trata de la protección de un ámbito de libre configuración personal, inmune a cualquier injerencia injustificada y que permite a las personas tomar decisiones individualmente o en familia. Esta protección de las decisiones privadas como forma de participación se apoya, entre otras disposiciones, en el artículo 1º que reconoce la dignidad de las personas y el pluralismo, en el artículo 16 de la Carta al amparar el libre desarrollo de la personalidad y en el artículo 42 al establecer el derecho de la pareja a definir la conformación de su familia”.

En segundo lugar, la Constitución reconoce la participación de comunidades étnicas en los procesos de adopción de medidas que puedan impactar o afectar directamente sus formas de vida (art. 330 y Convenio 169 de la OIT).

En tercer lugar y según se recordó en otro lugar de esta providencia, la Constitución prevé diversas formas de participación social mediante la habilitación para que las personas constituyan organizaciones que gestionen sus intereses o los representen en diferentes instancias. Allí se encuadran, entre otros, los colegios profesionales (art. 26), las organizaciones sindicales y gremiales (art. 39), las organizaciones en las que participan los jóvenes (art. 45), las organizaciones deportivas (art. 52) las instituciones de educación (art. 68), las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 78) así como los partidos y movimientos políticos (art. 107).

En cuarto lugar, la Constitución establece formas de participación en entidades públicas o en el ejercicio de funciones públicas. Ello ocurre, por ejemplo, al admitir que los jóvenes intervengan activamente en los organismos públicos o privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud (art. 45), al señalar que los usuarios del servicio de salud o los ciudadanos impactados por una medida ambiental puedan intervenir en los procesos de decisión (arts. 49 y 79) o al permitir la participación de las comunidades en los Consejos Nacional y territoriales de Planeación (art. 340). Tal forma de participación se prevé también cuando se dispone, por ejemplo, que los particulares puedan ejercer

funciones públicas (arts. 123 y 210) administrando justicia (art. 116) o que los colegios profesionales actúen en igual dirección (art. 26).

En quinto lugar, la Constitución fija como una forma de participación el ejercicio de las acciones administrativas o judiciales requeridas para el control de las actividades a cargo del Estado o para la efectividad de los derechos colectivos. En ese marco se establece el derecho de petición (art. 23), la acción de cumplimiento (art. 87), la acción popular (art. 88), la solicitud de aplicación de sanciones penales o disciplinarias (art. 92) y la acción pública de inconstitucionalidad (art. 241), entre otras. Igualmente, tal y como lo señala el artículo 89 de la Carta, deberán preverse los demás recursos, acciones y procedimientos para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

En sexto lugar, el texto constitucional disciplina las formas de participación que se instrumentan mediante la representación en los órganos correspondientes. En esa medida prevé el conjunto de reglas que determinan el funcionamiento democrático estableciendo, por ejemplo, las reglas para la conformación de las mayorías y para la votación en las corporaciones públicas (arts. 145, 146, 153, 157, 376 y 378, entre otros). En ese marco fija las reglas de composición de los diferentes órganos (arts. 171, 176, 190, 258, 260, 262, 263, 299, 303, 312, 314, entre otros)”.

La Carta adopta también, en séptimo lugar, un régimen que regula las formas de participación directa de los ciudadanos en desarrollo de los mecanismos que, según el artículo 103 de la Constitución, puede desplegar el pueblo en ejercicio de su soberanía (arts. 155, 170, 375, 377, 378, entre otros)”. (...)

Además, indica que las anteriores formas de participación no agotan las posibilidades existentes en esta materia. En efecto, en atención al carácter expansivo de la democracia y a la condición de mandato de optimización del principio de participación, es posible identificar y desarrollar otros instrumentos que hagan realidad el compromiso constitucional de promover, en la mayor medida posible, la incidencia de los ciudadanos en las decisiones que los afectan (art. 2).

Esto refleja el exhaustivo trabajo jurisprudencial y doctrinal que existe sobre la democracia desde la lente constitucional, que evidentemente el derecho de participación está

catalogado como fundamental y bebe del principio de supremacía en la jerarquía jurídica. Pero no se pueden desconocer los desafíos y retos que ha tenido la participación y la democracia a lo largo de la evolución histórica y constitucional de Colombia.

Ahora bien, referente a la democracia participativa colombiana, como se mencionó en la primera parte de este texto, desde la Constitución de 1991 se observa un acercamiento entre democracia representativa, y democracia directa que es lo que se puede denominar democracia participativa. Hace referencia a una democracia semidirecta que surge con la aparición de nuevos mecanismos de participación en los cuales el pueblo adquiere protagonismo como el plebiscito, la consulta, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y otras formas de participación.

Y esta democracia participativa, se materializa, tal como lo propone Pardo Schlesinger¹³⁰ desde un concepto moderno de participación ciudadana como posibilidad de actuar directamente, ejerciendo prerrogativas propias del poder público, ya sea adoptando normas jurídicas, definiendo políticas públicas o participando en el debate previo a su adopción; ejerciendo control al poder soberano. Sin ese actuar directo de los ciudadanos en estas materias no es posible hablar de participación en el sentido que le otorga al término el derecho constitucional moderno. Por ello, La democracia participativa empieza donde, además de lo meramente representativo, aparece la posibilidad del ciudadano de actuar personal y directamente.

130 Araújo, R. O. y Torres, M.L.V. (2011). Retos de la democracia y de la participación ciudadana, editoras académicas. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 66 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia).

1.6.1. Avances Legislativos e Institucionales de la Participación

El marco constitucional, ha desarrollado un marco legal para materializar la participación, a partir de un impulso normativo, como las leyes: 134 de 1994, 294 de 1996, 375 de 1997, 115 de 1995, 397 de 1997, 434 de 1998, 850 de 2003 y la más reciente ley 1757 de 2015. Esta última, otorga una mayor institucionalidad para la participación ciudadana, creando fondos departamentales, municipales y distritales para la participación y complementando procedimientos en los mecanismos de participación existentes, entre otros.

Es preciso resaltar los avances legislativos más recientes, en la rendición de cuentas como en la promulgación de la ley estatutaria 134 de 1994 y la ley 1757 de 2015 que luego del trámite en el Congreso y del control previo en la Corte Constitucional, el Gobierno publicó el texto de la ley estatutaria que regula la promoción y protección del derecho a la participación democrática.

En lo que tiene que ver con la Ley 1757 del 2015, es de señalar que quedan establecidos los nuevos lineamientos con los que se garantizan las modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, así como también se garantiza el derecho a controlar el poder político.

De esta manera, pretende mejorar y agilizar la participación democrática. Dentro de los cambios más importantes se destaca la eliminación de requisitos que hacían perder agilidad al proceso ciudadano. Por ejemplo, el artículo 5°, **quedó contemplada la eliminación de las firmas para algunos mecanismos, como la consulta popular que en la ley 134 de 1994 exigía el respaldo con firmas del 5 por mil de los ciudadanos del censo electoral para convocar este mecanismo. A partir de ahora, un solo ciudadano podrá ser vocero y promotor de referendos y revocatorias de mandato**, y ya no será necesaria la recolección de firmas para constituir el comité promotor.

Las consultas populares, por su parte, serán de origen ciudadano tanto en el orden nacional como el territorial y contarán con el apoyo del 5 %, 10 % y 20% del censo electoral, respectivamente. De acuerdo con el artículo 31, en el primer evento, el presidente de la República podrá consultarle al pueblo una decisión de trascendencia nacional, mientras que en el segundo podrán hacerlo los gobernadores y alcaldes, como lo establece la ley 134 de 1994.

También hubo cambios en la revocatoria del mandato, **ya que disminuyeron los porcentajes requeridos, para convocar los comicios de revocatoria** (del 40% al 30% del total de votos que obtuvo el mandatario elegido) y los porcentajes de participación en dichas elecciones (del 50% al 40% de la votación válida registrada el día en que se eligió al mandatario).

Del mismo modo, se estableció su promoción siempre y cuando hayan pasado 12 meses desde la posesión del gobernante y no falte un año para que termine su respectivo periodo, tal y como fue condicionado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 del 2015.

Esta ley estatutaria, hace referencia a la creación de un acceso directo a la información pública a través de los mecanismos relacionados en la Ley 1712 de 2014, para recibir información oportuna y veraz y de esta forma ejercer las acciones de participación.

Hay un mandato a las entidades de la administración pública de brindar capacitación en todos sus niveles, quienes deben incorporar en su planeación las acciones tendientes a garantizar el derecho ciudadano a la participación, incluyendo acciones de incentivos a la participación como la sensibilización o la capacitación.

También, tiene avances importantes en lo relacionado con la organización a la participación, reconociendo la importancia de la misma, especialmente en la participación institucionalizada, a la que le da prevalencia en el aumento de su regulación para hacerla más efectiva, y de esta manera aumentar la interlocución entre las autoridades y la sociedad, necesarios para dinamizar las dinámicas institucionales de participación, como requisitos constitucionales en temas como presupuestos y planes participativos, control social, rendición de cuentas etc.

Pero aun con lo que se cuenta hoy a nivel legislativo es insuficiente, no en cantidad, sino de manera sustancial de democracia participativa o directa, ejemplo de ello, es que la participación sigue estando mayoritariamente a discrecionalidad de las autoridades locales y/o nacionales, tanto en la convocatoria como en la decisión de esta.

1.6.2. ¿La Participación de la Participadera?

Sin embargo, el concepto de democracia participativa asumió un sentido diferente a partir de dinámicas institucionalizadas de participación, reflejadas en la creación de múltiples espacios de participación, que si bien pretendían cumplir con el requisito de la participación de la sociedad, ha sido una participación un tanto “inerte”, como lo menciona Sartori, en el sentido de configurar la formalidad que demanda la Constitución, pero donde la ciudadanía no logra acercarse al corazón de las decisiones del poder público, que los afecta, dejando por fuera de los escenarios de participación, las decisiones relacionadas con el medio ambiente, los recursos naturales, derechos humanos, derechos colectivos y particularmente los derechos económicos, sociales y culturales; generando una participación no institucional e informal por iniciativa de la ciudadanía, como forma de ser escuchada, con la pretensión de que se resuelvan sus demandas y prerrogativas.

Tal como lo menciona (Velásquez, 2003) la amplia infraestructura normativa, construida probablemente con muy buenas intenciones, no se corresponde con prácticas efectivas de participación que le den vida al frío articulado de los reglamentos. Así mismo, la dispersión de las normas sobre participación ciudadana o, lo que es lo mismo, su falta de articulación en un sistema que tenga sentido para la gente; constituye una de las restricciones más mencionadas por los usuarios de las instancias participativas.

Cobra sentido esta discrecionalidad institucional o estatal, desde esta afirmación que hace el Departamento de Administración Pública al explicar la ley estatutaria 1757 de 2015 sobre participación ciudadana: “Participar en las fases de planeación, implementación, seguimiento y evaluación de la gestión pública y control político. En este sentido, participar no necesariamente significa decidir, significa precisamente hacer parte de la toma de decisiones y ejecución de estas a través de escenarios de discusión y la construcción de acuerdos.”¹³¹ (negritas fuera de texto).

A mi juicio, es una antinomia, ya que de una parte argumenta que participar no es decidir, pero menciona, que es hacer parte de las decisiones. Si participar no es decidir, así sea en

131 El ABCE de la ley 1757 de 2015. Estatuto de la participación democrática en Colombia. Departamento Administrativo de la Función Pública, Dirección de Participación, Transparencia y Servicio al Ciudadano. Bogotá D.C., Colombia 31 de mayo de 2016. Pág. 46.

parte, ¿qué es participar?; ¿es hacer presencia, asistir, opinar, expresarse de manera libre, hacer veeduría, presentar propuestas? Creo que todas las anteriores, pero también hacer parte de las decisiones que le atañen a sus dinámicas sociales culturales y de derechos tanto individuales como colectivos como prerrogativa de todas las sociedades del mundo, en la que ni Colombia ni ningún país debería estar exenta.

De otro lado, es equivocado pretender superar la crisis de legitimidad del Estado y sus instituciones, y el fraccionamiento en esa relación Estado-Sociedad, aumentando burocracia institucional, por ejemplo con la creación del Consejo Nacional de Participación (CNP), a sabiendas que ha sido el corazón en el descontento ciudadano, porque aumenta una institucionalidad poco receptiva, y lo que se requiere es una actitud de mayor escucha y resolución a los problemas de la ciudadanía por parte de las autoridades.

Dicho CNP, se crea con el mismo esquema del Consejo Nacional de Paz que muy pocas veces se ha reunido y cuando lo hace, tiene un papel poco relevante a nivel de incidencia en políticas públicas y de gobierno, pues no cuenta con un plan de trabajo y la convocatoria depende de las autoridades, particularmente del presidente, ejerciendo un papel más de órgano asesor y consultivo, que tampoco ha desempeñado. Valga decir que para que fuese convocado, tuvo que aplicarse una acción de cumplimiento, para que el expresidente Álvaro Uribe Vélez en su momento lo convocara.

Las dinámicas legislativas de participación fortalecen mayoritariamente una participación institucionalizada que depende de las autoridades y se han convertido en un requisito establecido por la reglamentación legal de este derecho, sin embargo, la participación de iniciativa popular cuenta con pocas garantías, tiene mayores requisitos y ha tenido obstáculos y mensajes contradictorios por parte del Gobierno Nacional¹³². Además, sus ministerios no han logrado liderar para resolver los asuntos de participación respecto a escenarios que han sido creados legalmente por las propias entidades, pero que terminan dilatando la tramitación y atención de las necesidades de esa sociedad civil organizada quienes han elaborado pliegos de petición que aunque se ha acordado para darles seguimiento y ejecución, no se han cumplido por parte del Gobierno, por tanto ¿cómo lograr legitimidad

132 Como es el caso del a Consulta popular, que ha sido el mecanismo de mayor efectividad, pero que como se evidencia en el capítulo II, se ha querido limitar y restringir legalmente por parte del ejecutivo, cuando se trata de consultas definen sobre proyectos extractivos en las comunidades y territorios.

y credibilidad de escenarios como el Consejo Nacional de Participación adscrito al Ministerio del Interior? Posiblemente, comenzando por atender desde un diálogo constructivo y de manera eficaz y productiva los otros escenarios que ha creado con la sociedad civil.

De otra parte, no hay financiación para la ciudadanía en su labor constituyente de gestar campañas y promoción para utilizar los mecanismos de participación, sino que ésta debe subvencionar todo este ejercicio previo a su aplicación; pero, de otra parte, si se crea un fondo que aumenta la burocracia y sigue fortaleciendo una participación institucionalizada que ha tenido poco seguimiento sobre su eficacia, evidencia de ello, es el aumento del descontento social por falta de atención a sus necesidades, expresado en algunos ejemplos arriba mencionados, solo en lo que va corrido del año 2017.

Conclusiones.

Este capítulo pretendió registrar la forma en que se ha desarrollado los procesos y diseños democráticos a lo largo de la historia occidental de la humanidad y sus Estados. Luego logra abarcar los diferentes hitos y altibajos de la evolución del derecho de participación y la apuesta por la profundización de la democracia particularmente en el fenómeno democrático colombiano, lo que permitió partir de la premisa de que los escenarios no están agotados, por el contrario, son dinámicos y cambiantes.

Este recorrido teórico e histórico logra identificar la teoría de la democracia deliberativa, que no es del todo novedosa, pero que de forma ecléctica permite dar una salida intermedia a la tensión entre las visiones de democracia liberal y republicana, cual es De esta manera este capítulo ahonda en las características de la democracia deliberativa desde una visión de transversalidad de derechos y garantista a nivel internacional

Es así que se descubre la forma en que se van adaptando al contexto local y global desde un fenómeno que se puede denominar “la globalidad de la aldea”, que observa la interconexión interestatal y globalizada, que ha generado grandes transformaciones al interior de cada país, y éste a su vez cuenta con sus propios procesos de cambio que son proyectados hacia el mundo; en que Colombia no es la excepción sino que por el contrario se logra registrar su evolución con todos sus matices y altibajos de forma apreciativa para luego reconocer sus avances y desafíos vigentes en el modelo democrático.

Capítulo II.

Este capítulo clasifica las tendencias y escenarios internacionales de democracia deliberativa, para luego pasar a desarrollar una mirada sobre gobernanza y la forma en que Colombia ha desarrollado sus propios escenarios como El Acuerdos Final de Paz y avances legislativos en la implementación del enfoque deliberativo.

2. TENDENCIAS Y NUEVOS ESCENARIOS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA.

Este capítulo profundiza los nuevos escenarios y tendencias de participación que podrían favorecer la democracia desde dimensiones locales y globales, en primer lugar reconoce un nuevo actor que viene a configurar un relacionamiento multisectorial, que dista de la visión del modelo clásico de democracia, (Estado- Sociedad), porque se han creado nuevas estructuras sociales, que permean las dinámicas democráticas, pasando a precisar una participación de tres lados (Estado- Sociedad y empresas) que se vinculan con el sistema universal de derechos humanos que ha logrado crear nuevos instrumentos de regulación en el marco del derecho internacional.

Gracias a la presión de esta ciudadanía base global, estos nuevos escenarios reflejan mayor reconocimiento por parte de la comunidad internacional en el marco del derecho internacional de los derechos humanos de nuevos actores, quienes tienen origen en el sector privado y quienes hoy tienen un mayor protagonismo en la esfera de lo público, como son las empresas. Lo que hace reevaluar la visión clásica de democracia que partía de una narrativa binaria de Estado y Ciudadanía, logrando así un mayor compromiso con la materialización de la participación, que como lo ha dicho la Corte Constitucional, tiene que ver con la concreción en la efectividad de los derechos humanos que ya no solo deberán garantizar los Estados, sino que deben respetarse por parte del sector privado.

En la misma línea, la visión de Gobernanza democrática revierte en una mayor eficiencia en los procesos de formulación de políticas porque las instancias de decisión son capaces de adoptar, a bajo costo, políticas de calidad bajo niveles altos de consenso social, que se inserten dentro de una línea de proyección temporal para el país de corto, mediano o largo plazo, y que sean factibles a la hora de la instrumentación,¹³³ que finalmente tendrá mejores resultados a largo plazo. En Colombia existen ejemplos de pactos de gobernanza que así lo evidencian¹³⁴.

El tercero de ellos que tiene parte de un proceso de cambio interno en Colombia, y considero que es el más papable y estructurado en materia de participación: el acuerdo final de paz y la participación ciudadana que está presente de forma transversal en cada uno de los puntos del acuerdo, para un total de 51¹³⁵ acuerdos o tareas pactadas entre las partes que le permitieran diseñar una arquitectura institucional de participación, complementaria a la existente, prevista en la Constitución del 91.

Finalmente se hace un registro de lo que Colombia ha desarrollado o avanzando en materia de mecanismos no judiciales y judiciales de *soft law* y *hard law*, que como se menciona a lo largo del documento, buscan la forma de reconciliar los intereses de las ciudadanías hoy más globalizadas que antes, con los intereses y políticas de los Estados que necesariamente pasa por la garantía de derechos y solución de necesidades que han expresado tener las sociedades. Ciudadanías, ya no vistas como sociedades objetos de observación en las que se implementan medidas sin contar opiniones, necesidades y visiones, sino como sujetos parte de la solución de la crisis. Desde luego, sin olvidar los desafíos suscitados para el caso particular que están en constante riesgo de control y presión que ejerce el sector privado para que la política pública se ajuste a la medida de sus necesidades y no a la de la

133 Canto Chac, M. (2008). Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. Política y cultura, (30), 9-37.

134 El Foro Nacional por Colombia, una organización de sociedad civil ha sistematizado experiencias de pactos de gobernanza, que, si bien no han sido totalmente exitosos, si da una muestra de la implementación de esta visión de gobernanza con un grado importante de participación de ciudadanía en las políticas públicas. Se desarrollará con mayor detalle en el capítulo II.

135 Para ver más en detalle el componente transversal de participación de los acuerdos de paz, véase el documento realizado por Fundación Foro por Colombia, en alianza con el Alto Comisionado para la Paz, Ministerio del Interior y el Departamento Nacional de Planeación. ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. Julio 15 de 2016 link: https://docs.wixstatic.com/ugd/ef61f6_4a780e93626c4bc59fd220a7ca4ac660.pdf

ciudadanía base que en últimas es la que mayoritariamente sostiene las instituciones, tanto financieramente, como desde la necesaria legitimidad del poder del Estado.

2.1. Escenarios internacionales de cara a las sociedades internacionalizadas.

En concordancia con escenarios de instrumentos internacionales que han desarrollado un marco jurídico en pro de la potenciación de la participación y el fortalecimiento de la democracia, la estructura de la sociedad internacional ya no solo es interestatal, como lo expone (Busturia, 2015)¹³⁶, si bien es cierto los protagonistas del derecho internacional, por excelencia han sido los Estados; sin embargo, han ido apareciendo progresivamente nuevos actores, que tienen relevancia y cumplen con funciones en la esfera pública nacional y global, como es el caso de las organizaciones internacionales no gubernamentales, organismos multilaterales y empresas transnacionales; estas últimas que aparecen en la mitad del siglo XXI, generando un proceso de transformación en las estructuras sociales que también plantean nuevos escenarios de participación, con un enfoque globalizado, generando protagonismos de la sociedad organizada como el sector privado y la sociedad no gubernamental.

Se dice que estas nuevas tendencias, se han desarrollado en parte por la evolución de las comunicaciones y la tecnología, la interdependencia de la sociedad internacional respecto de los problemas globales, que quiere decir que las actividades, funciones y decisiones de determinada organización o empresa internacional, tiene implicaciones en las políticas públicas del país objeto, y estas a su vez en la vida y los derechos de ciudadanos.

Esto plantea nuevamente la necesidad del “giro deliberativo” desde la concepción de Habermas¹³⁷ y Avritzer¹³⁸, quienes proponen un espacio o ‘esfera pública’, en la que actores políticos, económicos y sociales entran como iguales en cuanto a su capacidad de exigir

136 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Págs. 83 – 88.

137 Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg (Cambridge, MA: The MIT Press, 1996).

138 Leonardo Avritzer, *Democracy and the Public Space in Latin America* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2002).

rendición de cuentas y justificación moral para las acciones del Estado y añadiría del sector privado.

Actualmente se cuenta con iniciativas impulsadas por Naciones Unidas que van desde la Declaración Universal de DDHH, hasta los Principios Rectores; la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Las directrices de la OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que de algún modo buscan fomentar la protección de los derechos humanos por parte de estas grandes corporaciones y que tienen contemplado mecanismo judiciales y con escenarios de participación multisectorial (Empresas, Estado y Comunidad) catalogados como mecanismos no judiciales.

Para comprender de donde se desprenden estos nuevos escenarios, comienzo por abordar lo que ha significado la internacionalización de los derechos humanos, que como bien lo plantea Busturia¹³⁹, comenzó a partir de la Segunda Guerra Mundial, debido al gran impacto que provocó en la violación masiva y mundial de los derechos humanos, y llevó a que hubiese un reconocimiento por parte de los Estados y la comunidad internacional de estos, mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que no se quedan en el ámbito declarativo, sino que, siendo inherentes a la naturaleza del ser humano, se creó un reconocimiento y sistema de protección de carácter jurídico, que han permitido garantías efectivas para su salvaguarda, que parte por la suscripción y ratificación de pactos internacionales, por Estados y Naciones que han pactado el respeto y protección de los derechos humanos.

Esta responsabilidad de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos estuvo exclusivamente dirigido a la responsabilidad de los Estados. De hecho, aún son los Estados los que deben regular todas las relaciones al interior del país, quienes tienen la capacidad coercitiva de obligar el cumplimiento de las leyes; de sancionar y perseguir a quienes cometan delitos que vulneren los derechos humanos. Esto en el modelo clásico funcionó hasta los años 70.

139 Ibidem.

Sin embargo, como consecuencia en parte de la evolución tecnológica, hubo un aumento de las relaciones y vínculos establecidos a todos los niveles entre los distintos miembros de la sociedad internacional contemporánea que tiene un carácter interdependiente, es decir que su actuación no se subordina a los Estados, como en la visión clásica debe suceder. Lo que conlleva a relaciones completamente diferentes a las acostumbradas entre sociedad y Estado, afectando considerablemente las democracias y limitando la participación ciudadana, que ya no es la protagonista de las decisiones importantes en los mercados y las economías que necesariamente afectaran derechos. Ocurre así que las actividades de las empresas transnacionales intervienen en un determinado país, ocasionando efectos directos sobre la vida de la ciudadanía arraigada en este territorio; o se han visto como las decisiones de un Estado, pueden afectar sustancialmente las políticas de otros Estados. Es decir que cualquier decisión de actores internacionales van a repercutir en mayor o menor medida, en las decisiones y actuaciones de los demás¹⁴⁰ y estos sobre las comunidades.

Esta interdependencia transnacional se suma a una serie de problemas globales que deben afrontar los Estados, como la violación de los derechos humanos, las dictaduras, las guerras internacionales y otros como el cambio climático, el terrorismo etc. Que trató de ser prevenido desde la Carta de Naciones Unidas, en su artículo 1.3¹⁴¹. que afirma un compromiso de cooperación entre Estados para abordar dichos asuntos globales.

Es así que, en el siglo XX, cobran todo el protagonismo los Estados en materia de responsabilidad de los derechos humanos, pero para el siglo XXI, se evidencia claramente el protagonismo y poder de las grandes empresas (provenientes de una sociedad del sector privado que se internacionalizó), que lleva a que hoy nadie pueda cuestionar la imperiosa necesidad de que estas empresas puedan y deban contribuir a hacerle frente a los problemas comunes colaborando a dar estabilidad al sistema¹⁴². Si las grandes empresas no cuentan con marcos regulatorios frente a sus participaciones, que son más bien intervenciones, estarían

140 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Págs. 85- 86.

141 Artículo 1.3. de Carta de la Carta de las Naciones. Los propósitos de las Naciones Unidas son: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

142 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 87.

provocando efectos nocivos y desequilibrados en países, donde las democracias son frágiles o recientes¹⁴³, desequilibrios en los grupos de poder, que ya tienen un desequilibrio interno, y en los niveles de incidencia y toma de decisiones de la ciudadanía y los Estados, que de por sí también se desarrollan desde relaciones asimétricas¹⁴⁴.

Pero una intervención indebida por parte de actores tan poderosos como las empresas transnacionales han contribuido como lo advierte Busturia, a mantener regímenes dictatoriales, prácticas laborales abusivas, influencias en la caída de gobiernos, desestabilización regional y crisis de derechos y recursos naturales en comunidades y contaminación del medio ambiente¹⁴⁵.

A raíz de estas preocupaciones, en las últimas décadas se ha intentado crear un marco regulatorio a nivel internacional, que cree instrumentos de vinculación jurídica a las empresas. Pero esto no ha sido posible, en el nivel en que existe para los Estados, por ejemplo, los sistemas regionales en el derecho internacional de los derechos humanos, que para el caso de las Américas opera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde existe una obligación jurídica internacional para los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en sus Naciones y a favor de sus sociedades.

Permitiendo de la manera un poco más concreta el desarrollo de la teoría deliberativa, en el sentido en que se convierte en una arena para la construcción de contrapesos al ejercicio del poder, al ser fuente de generación de opinión pública. Desde esta óptica, no podemos hablar genuinamente de democracia si no existe un espacio o esfera donde los ciudadanos

143 Ibidem.

144 En la jurisprudencia internacional son evidentes este tipo de casos. Ejemplo de ello es el caso de la Comunidad de la Oroya Vs. Perú: el 31 de agosto de 2007 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de 65 moradores de la ciudad de Oroya en Perú por los impactos provocados por el complejo metalúrgico explotado por Doe Run Perú, creado por la empresa estadounidense Doe Run, propiedad del grupo Renco. Los estudios realizados indican que las comunidades sufren de una serie de afectaciones a la salud a consecuencia de altos índices de contaminación del aire, suelo y agua en la comunidad de la Oroya, producto de partículas de metales liberadas por la empresa Doe Run allí instalada. A pesar de las mejoras anunciadas por la empresa, los problemas de contaminación continúan. A finales del 2009, el ministro de Energía y Minas amplió a 30 meses el plazo concedido a la empresa para adecuarse al Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA), que incluye la reducción de emisiones tóxicas. Desde agosto de 2009, el caso está pendiente ante la Comisión Interamericana. En marzo de 2010, la Comisión celebró una audiencia sobre la aplicación de medidas cautelares en las que las ONG reiteraron el incumplimiento de las medidas cautelares por parte del Estado y recordaron la gravedad de la situación. (Federación Internacional de Derechos Humanos – FIDH – CIDH, Marco, Arana, Mirtha Vásquez et. Al. Vs. Perú, op.cit., pp. 46.

145 Caso Bhopal: Uno de los mayores desastres industriales registrados a la fecha del 2 al 3 de diciembre de 1984, se produjo en la India. Una nube tóxica escapó de una planta química operada por Unión Caribe – India Limited (UCIL), una filia india de la multinacional estadounidense Union Caribe (UCC). Grandes cantidades de sustancias tóxicas se expandieron en la atmósfera a causa del incidente, teniendo consecuencias desastrosas, tanto humanas, como ambientales. Según Amnistía Internacional, entre 7.000 y 10.000 personas murieron. Después de la catástrofe más de 15000 personas murieron en el curso de los veinte años posteriores. En total, más de 100.000 personas fueron afectadas (Amnistía Internacional, Clouds of injustice 20 years on Bhopal – Disaster (Nubes de injusticia veinte años del desastre de Bhopal, 2004).

puedan expresarse en condiciones mínimas de libertad e igualdad para influir de manera efectiva en la toma de decisiones.

Para Busturia, lo que se ha podido avanzar actualmente son iniciativas que incluyen recomendaciones y sugerencias que podrían acoger de forma voluntaria desde el enfoque de Responsabilidad Social Empresarial (RSE); sin embargo, reconoce que existen otras tesis que plantean la responsabilidad social de las empresas en materia de derechos humanos, que a diferencia de la (RSE) si es de carácter obligatorio. Pero, si bien existe un compromiso de los Estados tanto político como jurídico de regular las relaciones y actividades económicas de las empresas, también es sabido que existen innumerables casos de cooptación estatal por parte de ciertas empresas que ejercen lobbies ilegales en algunos casos o ilegítimo en otros, que afecta la independencia y transparencia de los Estados de Derecho¹⁴⁶.

Es así como la comunidad internacional, impulsa varias iniciativas que pretendían lograr un equilibrio, en la democracia y la participación; ya no solo desde una relación de Estados y sociedades, sino entre la intervención e impacto de las empresas transnacionales, respecto de los Estados, las sociedades, sus economías y derechos. Estas iniciativas se gestionaron desde el sistema de la Organización de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales, que ven con preocupación el tema o al menos han sido objeto de presiones a causa de grandes movilizaciones y activismo ciudadano, ya sea por afectación directa o por la solidaridad globalizada.

146 Pueblo de Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador. El caso comenzó con un contrato firmado en 1996 entre el estado de Ecuador y la empresa petrolera ARCO para la explotación del 65% del territorio ancestral de los Sarayaku. Desde entonces, ARCO (Estados Unidos), Burlington Resources (Estados Unidos) y, en la actualidad, la Compañía General de Combustible (CGC -Argentina) llevaron a cabo actividades de explotación. Los peticionarios denunciaron problemas de salud relacionados con las actividades de la empresa, además del acoso de las fuerzas militares y la policía. Las alegaciones se refieren también al uso, por parte de la empresa, de materiales explosivos con el objetivo de intimidar a los Sarayaku (Corte IDH, Claude Reyes et al. Vs. Chile, 19 de septiembre de 2006 Serie C. pág. 151).

En junio de 2004 y con motivo de la inacción del Estado, la Comisión presentó una solicitud a la Corte con el objetivo de adoptar medidas provisionales en nombre de los miembros de la comunidad indígena Kichwa de Sarayaku para proteger su vida e integridad personal, su libertad de tránsito y la relación especial que mantiene en sus tierras ancestrales.

El 6 de julio de 2004, la Corte ordenó medidas provisionales en las que solicitaba al Estado de Ecuador, la garantía de la vida y la integridad personas del pueblo Sarayaku.

2.2. Sistema internacional de Naciones Unidas: Participación, sector privado y derechos humanos.

Desde el Sistema de Naciones Unidas se destacan algunos que le dieron origen a estos nuevos escenarios, como la Declaración Universal de 1948; El Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (1983) que consistía en proporcionar directrices socio- ambientales, en el que se advierte, además la falta de regulación jurídica internacional después de la Segunda Guerra Mundial, donde comenzó la creciente interdependencia entre los Estados, producto del mercado libre globalizado. Por tanto, la Corte Internacional de Justicia en 1981, en cabeza de su vicepresidente, defendió y argumentó la necesidad de este Código de Conducta, que permitiera armonizar y complementar a escala internacional las reglas jurídicas internas en materia de derechos humanos y empresas, que permitiera la creación de un marco legislativo a implementar internamente en cada país. Sin embargo, este Código fue fallido porque no hubo la suficiente voluntad de los Estados parte en sacarlo adelante y se suspendió la iniciativa en 1992¹⁴⁷.

La Declaración del Milenio del año 2000, en la que los Estados miembros se reunieron en Nueva York y comprometieron a sus países a cumplir antes del año 2015 los objetivos del milenio que se resumen en 8 puntos: Erradicar la pobreza extrema y el hambre; Lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; mejorar la salud materna; Combatir el VIH, paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una asociación mundial para el desarrollo¹⁴⁸.

El punto que compete para el tema de fortalecimiento de las democracias y la participación ciudadana de cara a un mundo globalizado es el punto de desarrollo sostenible, en el que ya no reduce la participación a los escenarios formales de asistencia de la ciudadanía que concurre para tratar los asuntos locales, sino que amplía el espectro que en palabras del secretario general de la ONU (2015 Ban Ki Moon) “ (...) se ponga fin a la pobreza y transformen el mundo a fin de atender mejor las necesidades humanas y la necesidad de transformación económica, protegiendo al mismo tiempo el medio ambiente y garantizando

147 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 89.

148 Resolución aprobada por la AGNU – Declaración del Milenio <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552pdf>.

la paz y el disfrute efectivo de los derechos humanos, (...) nuestro fin es lograr desarrollo sostenible para todos.”¹⁴⁹ Es esto lo que realmente está en juego en materia de democracia, tanto a nivel local como global .

Otra iniciativa que tuvo lugar en 1999 propuesta por el entonces secretario General de la UNO Kofi Annan fue el Global Compact- Pacto Mundial de la ONU, que tuvo lugar en la Cumbre Económica Mundial de Davos, en el que pide a las empresas que “hagan suyos, apoyen y lleven a la práctica un conjunto de valores fundamentalmente en materia de derechos humanos, Normas Laborales, Medio Ambiente y Lucha contra la Corrupción”. Este Pacto se asume como un compromiso voluntario y no es vinculante. A fecha de abril de 2014 hay más de 10.000 entidades firmantes en más de 130 países¹⁵⁰. El Pacto Global de las Naciones Unidas es una iniciativa que promueve el compromiso del sector privado, el sector público y la sociedad civil por alinear sus estrategias y operaciones bajo diez principios universales en cuatro áreas temáticas (derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anticorrupción)¹⁵¹.

Adicionalmente, la Red del Pacto Global busca contribuir a la consecución de los objetivos de desarrollo de Naciones Unidas (Objetivos de Desarrollo del Milenio -ODM o nueva agenda Objetivos de Desarrollo Sostenible ODS) ¹⁵².

Pero aún el carácter voluntario y no vinculante jurídicamente, sigue siendo un factor de debilidad para materializar la protección de derechos humanos; es así que la ONU, da un paso de tinte intermedio entre la voluntariedad y la obligación jurídica de las empresas a partir de la creación de “Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos elaboradas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano subsidiario de expertos de la antigua comisión de Derechos Humanos”.

El preámbulo de este proyecto reconoce por primera vez que más allá de la responsabilidad de la promoción, respeto, garantía de cumplimiento y protección de los derechos humanos por parte de los Estados, las empresas transnacionales y otras empresas

149 Puntos 1 y 2 del Informe Síntesis del Secretario General. “El Camino hacia la Dignidad para el 2030)

150 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 210.

151 Ibidem

152 <https://www.larepublica.co/responsabilidad-social/la-red-del-pacto-global-en-colombia-ya-suma-500-organizaciones-2301856>

comerciales como **órganos de sociedad** (negritas fuera de texto), también tienen la responsabilidad de promover y asegurar los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵³. Como resume John Ruggie en el punto 2 de su informe¹⁵⁴, “se trataba esencialmente de imponer a las empresas directamente, conforme al Derecho Internacional, la misma gama de obligaciones de derechos humanos que han aceptado cumplir los Estados en virtud de los tratados que ratifican (...)”¹⁵⁵

En cuanto al estatus legal, estas normas no constituían un tratado internacional abierto a la firma de los Estados,¹⁵⁶ eran obligaciones que las empresas debían cumplir, pero no tenían fuerza de ley, ya que no habían sido incorporados a los marcos legales nacionales. Ruggie reconoce que esta propuesta generó un gran debate, pero la división de opiniones entre la comunidad empresarial (representada por la Cámara Internacional de Comercio y la Organización Internacional de Empleadores) y las agrupaciones de defensa de los derechos humanos fue notoria. La sociedad civil albergaba la esperanza de que con su aprobación se sentarían las bases para la elaboración de una legislación internacional vinculante. Sin embargo, este proyecto recibió escaso apoyo por parte de los gobiernos.¹⁵⁷

Finalmente, no fue aprobada por la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que se abstuvo de actuar en relación con la propuesta.¹⁵⁸

Otra iniciativa que continuó el camino de seguir fortaleciendo regulaciones jurídicas internacionales fue la elaboración de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2011).

Dichos principios se basan en tres pilares fundamentales:

a. Proteger: Obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de DDHH cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

153 Preámbulo parafraseado de las Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los DDHH.

154 https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf

155 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas.

156 “UN Human Rights Norms for Business. Briefing Kit” international Network for Economic, Social & Cultural Rights. Enero de 2005. Página 4. http://www.escr-net.org/usr_doc/Briefing_Kit.pdf.

157 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 220.

158 Informe del Representante Especial del Secretariado General para la cuestión de los derechos humanos --- Op. Cit. punto 3.

b. Respetar: Responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros. Siendo la debida diligencia un proceso para “identificar, prevenir, mitigar y responder las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”. También incluye una evaluación de impacto real y potencial de las actividades sobre los DDHH.

c. Remediar: Mejorar el acceso a las víctimas a vías de reparación efectiva, tanto judiciales como extrajudiciales¹⁵⁹.

Esta por ahora es la iniciativa más importante de los últimos años, que haya propuesto el señor Ruggie, tratando de crear un proyecto nuevo para que tuviese aceptación mundial.

La ponencia de Ruggie reconoce también que es una primera base y primera piedra de la cual hay que seguir construyendo un edificio que está por cimentar, para reforzar la protección internacional de los DDHH y por su puesto generar espacios de participación, ya no solo entre autoridades y comunidades, pues avanza en un relacionamiento y participación multisectorial entre las empresas, las autoridades y las comunidades como actores involucrados en los conflictos socio ambientales¹⁶⁰.

Estos esfuerzos en el plano internacional demuestran la profunda preocupación por el desarrollo de la teoría de democracia liberal desde la democracia de mercado, defendida por Downs, Schumpeter y Riker,¹⁶¹ que como lo afirma Lucas Ovejero “la democracia de mercado no contempla otro individuo que el homo economicus, egoísta y racional, opera mediante procedimientos de negociación y busca atender los intereses de la mayoría, al bienestar agregado. El sistema de competencia obliga a los políticos a defender los intereses de los votantes, aunque no les preocupe los intereses de los votantes (...)”¹⁶²

159 Moltó, J. E. E. (2011). Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? Anuario Español de Derecho Internacional, 27, 317-351.

160 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 220.

161 J. Schumpeter, Capitalism. Socialism and democracy (1949), Nueva York, Harper 1976, A. Downs, An economic theory of democracy, Nueva York, Harper and Row, 1957; W Riker, Liberalism against populism, san Francisco, Freeman, 1982.

162 Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. P. 56

Esto genera un cambio sustancial, en materia de participación, que se había limitado a desarrollar espacios bilaterales mayoritariamente formales entre ciudadanía y autoridades, sin mayor virtud y cualificación en los diferentes espacios nacionales, regionales o locales, en pretensión de dirimir conflictos, atender necesidades y garantizar derechos.

En el mismo sentido hace referencia a la necesidad de establecer una comunicación con quienes se podrían o se ven afectados por el impacto de sus actividades por tanto declara que “En cuanto a la comunicación por las empresas de las medidas que adoptan para tener en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos, puede variar, desde simples compromisos informales con los afectados hasta la publicación de informes oficiales. Es importante que los Estados alienten y si es preciso exijan este tipo de comunicación, a fin de promover el respeto de los derechos humanos por las empresas. Los incentivos para comunicar la información adecuada podrían incluir disposiciones que den valor a ese tipo de informes internos en la eventualidad de un procedimiento judicial o administrativo. La obligación de comunicar puede ser particularmente apropiada cuando la naturaleza de las actividades empresariales o el entorno en que se llevan a cabo entrañen un riesgo importante para los derechos humanos. Las normas o leyes a este respecto pueden ser útiles para aclarar lo que deben comunicar las empresas y la forma de hacerlo, contribuyendo así a garantizar tanto la accesibilidad como la exactitud de los informes”¹⁶³.

Por supuesto que *“Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”*¹⁶⁴.

163 Ibidem pág. 8.

164 Ibidem pág. 7.

2.2.1. La debida diligencia como mecanismos de inclusión y participación deliberativa.

Debe aconsejar los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos, y explicar cómo tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias.”¹⁶⁵ Este proceso debe: a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación”.¹⁶⁶

Pertinente recordar lo que significa la debida diligencia en materia de derechos humanos para dar mayor claridad sobre estos nuevos mecanismos que involucran la participación de los tres actores relevantes (Empresas, comunidades y autoridades) en un mismo escenario de forma incluyente y equilibrada.

En el mismo sentido Naciones Unidas señala que “La debida diligencia en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”¹⁶⁷

“El primer paso en el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos es identificar y evaluar la naturaleza de las consecuencias negativas actuales y potenciales sobre los derechos humanos en los que pueda verse implicada una empresa. El objetivo es comprender las consecuencias concretas sobre personas concretas en un contexto de operaciones concreto. Por lo general, esto implica evaluar el contexto de derechos humanos antes de emprender una actividad empresarial propuesta, siempre que sea posible; identificar a los posibles afectados; catalogar las normas y cuestiones pertinentes de derechos humanos; y proyectar las consecuencias de la actividad propuesta y de las relaciones comerciales

¹⁶⁵ https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf pág. 7.

¹⁶⁶ Ibidem. Págs. 22 – 23

¹⁶⁷ Organización de Naciones Unidas, Óp. cit. Ver también Black’s Law Dictionary (6th ed., St. Paul, Minnesota, West, 1990).

correspondientes sobre los derechos humanos de las personas identificadas. En este proceso, las empresas deben prestar especial atención a las consecuencias concretas sobre los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o de marginación, y tener presentes los diferentes riesgos que pueden enfrentar las mujeres y los hombres¹⁶⁸”.

Sin embargo, siguen dentro del marco de regulación jurídica y normativa denominada “soft law”, (ley blanda) porque no contempla obligaciones jurídicas para las empresas y mecanismos obligatorios de rendición de cuentas. Pero para Ruggie si existe una fuerza vinculante desde un marco jurídicamente obligatorio para las empresas en el respeto de los derechos humanos, ya que en el punto 1 de su informe declara que “son los Estados quienes deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Es decir que en caso de que existan vulneraciones a los derechos humanos, o infracciones legales y penales por parte de empresas, serán los Estados quienes deban tomar medidas judiciales o legales para proteger los derechos inculcados.

Todo suena bien, pero comparto con Busturia que esto se enfrenta a un desafío palpable de Estados débiles, sin sistemas judiciales eficaces, para el caso de países en vía de desarrollo, y/o que tienen historiales graves de corrupción, o de violaciones a los Derechos Humanos,

168 Ibidem.

no solo en países emergentes¹⁶⁹, que les ha faltado y les faltará voluntad para poner límites a la actuación empresarial irresponsable,¹⁷⁰ casos que a nivel mundial vienen en aumento.

Esto realmente es un hito significativo en materia de democracia, participación y gobernanza, porque las relaciones entre los Estados y la sociedad cambió sustancialmente, para bien o para mal, al menos en un fragmento de ciudadanía que existe hoy como un actor o grupo de actores, que si bien, hacen parte de la sociedad hoy tiene mayor incidencia y participación que cualquier ciudadano o grupo organizado de la sociedad civil, ya no por la taxatividad de la ley, la norma o la constitución, sino por lo que resultó de la dinámica política institucional y social de grandes grupos económicos globalizados del sector privado que hoy tienen incluso mayor poder político, social y legislativo que los propios Estados. Evidenciado su capacidad económica para transformar y afectar economías, democracias, culturas, marcos legislativos y jurídicos de países donde tienen operatividad. Esto lo cambia todo, es un giro que ha creado una tendencia que aún los Estados y la comunidad internacional, no han sabido abordar de forma regulativa y eficaz.

Por tanto, cada paso que se avance en un marco jurídico regulatorio de protección de derechos humanos de parte de las empresas es muy significativo para el logro de equilibrios

169 Caso *Aguinda Vs. Texaco – Jota Vs. Texaco*: Involucra alrededor de 30.000 indígenas y agricultores ecuatorianos y a la empresa estadounidense *Chevron – Texaco*, que explotó entre 1972 y 1992 los recursos petroleros de la región oriente del Ecuador. La empresa presuntamente utilizó métodos de trabajo obsoletos o prohibidos en otros países debido a sus impactos adversos sobre el medio ambiente y la salud. *Texaco*, la empresa nacional ecuatoriana *Petroecuador* y el gobierno del Ecuador, siempre han negado su responsabilidad por los daños a la salud y al medio ambiente ocasionados por estas prácticas. *Texaco* ha sido acusada desde 1972 de haber vertido residuos tóxicos, así como más de 70.000 millones de galones de agua contaminada, en los ríos y arroyos. El suelo también fue contaminado y los pueblos indígenas y los agricultores, cuyos modos de vida dependen de estos recursos naturales (abastecimientos de agua, irrigación de las tierras agrícolas y pesca), se vieron afectados por dicha contaminación. Se registraron tasas especialmente altas de cáncer, leucemia, problemas respiratorios y digestivos, malformaciones congénitas, abortos involuntarios y otras enfermedades. En 1993, las comunidades afectadas presentaron la primera denuncia ante la Corte Federal de N.Y. El Gobierno ecuatoriano intervino en el juicio alegando, en particular, que solo él tenía autoridad para resolver litigios sobre tierras pertenecientes al dominio público en el Ecuador, y que los particulares no tenían derecho de acción entorno a estas tierras públicas. La opinión del Gobierno ecuatoriano, reticente a la celebración del juicio en los Estados Unidos, fue un factor decisivo para el Tribunal Federal estadounidense que, con base en la doctrina de reciprocidad internacional, declinó su competencia. No fue sino a partir del cambio de gobierno en Ecuador que expresó su deseo de continuar con el juicio, (...) (Cfr. *Aguinda Vs. Texaco Inc.*, 945 F.Supp.625, 627 (SDNI – 1996) – *J Vs. Texaco, Inc.*, 157 F.3d. 153,158-61 (2d Cir. 1998) Seguidamente, registra las nuevas tendencias para América Latina, muy encaminadas al desarrollo de relaciones de gobernanza más colaborativas que fortalecen la democracia proponiéndose como fórmula para asumir de manera asertiva los desafíos presentes. Dichas tendencias están relacionadas con temas como las nuevas tecnologías, los recursos naturales, las transformaciones demográficas, el calentamiento global, y la gobernabilidad democrática; identificados por potencias, grupos económicos y organismos multilaterales que necesariamente van afectando las relaciones sociales, la gobernabilidad, los derechos y la democracia de todos los países. Particularmente en América Latina se proyectan, mínimo para los próximos 10 años, de forma resumida cinco (5) tendencias: nuevas tecnologías como la disruptiva y las incrementales; recursos naturales; transformaciones demográficas; cambio climático y gobernabilidad democrática, que tienen un desarrollo a lo largo del capítulo y la forma como se vienen dinamizando. Aborda los nuevos escenarios deliberativos y democráticos que pretenden hacerle frente a la conflictividad socio ambiental, como son la responsabilidad social empresarial y los principios rectores enfocando a América Latina, - *Aguinda Vs. Texaco, Inc.*, 33F.3d 470, 480 (2d cir. 2002).

31 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. *Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial*. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 224.

de poderes entre Estados y sociedades que permitan realmente una relación de gobernanza en un sentido responsable y colaborativo.

Pero también, quita el velo de considerar equívocamente una democracia que garantiza participación de forma homogenizada, sin tener en cuenta que la sociedad y la ciudadanía tiene un carácter diverso que necesariamente debe estimar tratamientos diferenciales, a la hora de regular el ejercicio de este derecho.

2.3. Organismos multilaterales y escenarios de participación con enfoque de derechos.

Otro instrumento internacional significativo fue la creación de Líneas Directrices¹⁷¹ de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico a los Estados y las multinacionales. Cabe recordar que la OCDE es un grupo económico que se equipara a la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica), pero los Estados miembros del sistema regional americano, que se ha convertido en uno de los grupos más influyentes a nivel mundial. La misión de esta organización es *promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo*.¹⁷² Se dice que es un “club” exclusivo para países ricos, porque hay que cumplir determinados requisitos económicos para ser miembro; pero a su vez es un *club de donantes*¹⁷³ a países en vía de desarrollo.

Dichas Líneas Directrices para las multinacionales¹⁷⁴, son recomendaciones, dirigidas por los gobiernos a las empresas transnacionales o multinacionales, que operan en países

171 Las Directrices actualizadas y la Decisión conexas fueron adoptadas por los 42 gobiernos adherentes el 25 de mayo de 2011 en la Reunión Ministerial conmemorativa del 50 Aniversario de la OCDE.

Entre los cambios introducidos a las Directrices se incluyen los siguientes: - Un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”. - Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas. - Cambios sustanciales en numerosos capítulos especializados, tales como Empleo y relaciones laborales; Lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión; Medio ambiente; Intereses de los consumidores; Divulgación de información y Cuestiones tributarias.

- Una guía de procedimiento más clara y estricta para fortalecer el papel que juegan los PNC, mejorar su desempeño y fomentar la equivalencia funcional. - Una agenda proactiva con el fin de ayudar a las empresas en el cumplimiento de sus responsabilidades a medida que surgen nuevos desafíos.

172 Página web OCDE: <http://www.oecd.org/about/>

173 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág. 241.

174 <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

adherentes o que tienen sus sedes en ellos¹⁷⁵. Éstas fueron revisadas en el año 2010, producto del informe sobre principios rectores que haría Ruggie y que ya se mencionó.

Consisten en normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable, conforme a leyes aplicables en cualquier país y a las normas internacionales, es decir que son el código de conducta empresarial en el que los gobiernos se han comprometido a promover ante las empresas, tiene tres elementos claves como la adopción de los principios rectores de Naciones Unidas (en su capítulo IV) de proteger, respetar y remediar; igualmente se incluyó un enfoque más amplio sobre la debida diligencia que es definida en los mismos términos que los principios rectores.¹⁷⁶ No solo para las empresas sino para sus socios, aliados y contratistas.

También detalla una guía más clara y estricta para la implementación de los PNC, que son los Puntos de Conexión Nacional, para asegurar la divulgación y promoción de las Líneas Directrices (LD) así como su puesta en práctica de forma efectiva. En el mismo sentido tiene una función esencial que abre campo a la participación de forma alternativa a las previstas en los mecanismos de participación, cual es la de garantizar espacios de diálogo entre organizaciones de sociedad civil, empresas y PNC para identificar los problemas o desafíos de implementar las LD; es así como atienden las solicitudes relacionadas con los posibles incumplimientos en la aplicación de estas por parte de una empresa multilateral.¹⁷⁷

Otro mecanismo o instrumento es la Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social - 5ª edición (marzo de 2017) – Declaración EMN¹⁷⁸; es el único instrumento de la OIT que brinda orientación dirigida directamente a las empresas sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Es el único instrumento global en esta materia elaborado y adoptado por gobiernos, empleadores y trabajadores de alrededor del mundo. La Declaración sobre las EMN se adoptó allí casi 40 años (modificada en dos ocasiones en 2000 y 2006) y revisado

175 Ibidem.

176 En el marco de los principios rectores, es el proceso mediante el cual las empresas identifican los posibles impactos que puedan ocasionar la operación o actividad económica que vayan a desarrollar, para tomar medidas preventivas o atenuar dichos impactos negativos reales o potenciales, e informar a quienes se puedan ver afectados de la forma en que van a tomar las medidas respectivas. Esta debida diligencia se contempla también en donde el impacto negativo ya sea un hecho y esté generando daños que hay que entrar a remediar.

177 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid. Pág.44 -45.

178 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

en 2017. Los principios de la Declaración EMN están dirigidos a empresas multinacionales, gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores y cubren las áreas de empleo, formación, condiciones de trabajo y vida y relaciones industriales, así como la política general. Todos sus principios están basados en las normas internacionales del trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT). La Declaración EMN facilita la divulgación y el entendimiento de la Agenda de Trabajo Decente en el sector privado¹⁷⁹

Teniendo en cuenta que uno de los componentes principales de la RSE son los derechos laborales, La OIT (organización Internacional del Trabajo) es una organización que busca de manera general fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos en el marco de una concepción amplia de paz,¹⁸⁰ y de manera particular promover la creación de empleo, el diálogo social, regular de mejor manera los derechos de los trabajadores, mejorar la protección social etc.¹⁸¹ Su particularidad es que la representación de los estados miembro tienen una naturaleza tripartita, en ella participan gobiernos, empleadores y trabajadores. Lo que denominé anteriormente la relación multisectorial en la participación. Lo más interesante es esta representación tripartita se produce en pie de igualdad.

Es interesante observar que desde la década de los 80 donde comenzó a posicionarse una visión de participación deliberativa se comience a ver reflejada en los diferentes escenarios o mecanismos de participación en este capítulo descritos, lo que refleja una tendencia hacia el reconocimiento de tres actores: los gobiernos, el sector privado y las ciudadanías, ya sea en su rol de trabajadores, comunidades afectadas o activistas de derechos humanos, combinando la formulación clásica de la participación desde un relacionamiento bilateral (Gobiernos- Ciudadanía), pero involucrando el tercer actor: el sector privado, que está forjando un camino hacia una visión de gobernanza colaborativa, en equidad e igualdad.

Esta visión de comenzar a darle mayor protagonismo a la ciudadanía en lo público lo comparte la OCDE, reconociendo además la nueva era digital y la forma como este fenómeno ha cambiado las relaciones jurídicas, políticas y sociales en el mundo. Así lo deja ver un informe denominado Revisión Digital en Colombia, “Los gobiernos de los países de la

179 https://www.ilo.org/emment/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm.

180 La Misión fundacional de esta organización es: “La paz laboral es esencial para la prosperidad”.

181 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid Pág. 235.

OCDE se esfuerzan en crear sectores públicos más impulsados por el usuario y más proactivos en los cuales el gobierno desempeñe un papel facilitador como plataforma de compromiso ciudadano y co-creación de valor público en colaboración con actores públicos, privados y sociales. De esta manera se busca permitir que sean las necesidades reales de los ciudadanos las que impulsen el diseño e implementación y servicios públicos (impulsados por ciudadanos *user-driven*) reemplazando enfoques en los cuales los gobiernos asumen dichas necesidades (centrados en el ciudadano, *user-centred*). La evolución del gobierno electrónico al gobierno digital viene acompañada por el cambio de enfoque centrado en el ciudadano a uno impulsado por el ciudadano (OCDE, 2014). Con esto se busca fomentar administraciones más colaborativas e impulsadas por los ciudadanos y usuarios de servicios, que fortalezcan la confianza en el gobierno y la fiabilidad de sus actividades (OCDE, 2016).

El gobierno digital puede ser clave para considerar a los ciudadanos como el eje principal del esfuerzo público de modo que se restablezca un contexto de confianza pública al tiempo que se redefina el papel del gobierno; esto significa desarrollar las capacidades del gobierno para que actúe como una plataforma (*government as a platform*) y fomente colaboraciones con ciudadanos y empresas para la co-creación de valor público y el desarrollo de políticas y servicios impulsados por los ciudadanos”¹⁸². (...).

¹⁸² https://read.oecd-ilibrary.org/governance/revision-del-gobierno-digital-en-colombia/fomento-de-un-sector-publico-colombiano-mas-colaborador-e-impulsado-por-el-ciudadano_9789264292147-5-es#page2

2.4. Responsabilidad Social Corporativa y Empresarial como marco regulador de derechos y participación.

Una aproximación del significado de RSE reconoce que no existe una única definición, pero en general tanto para Dahlsrud (2008),¹⁸³ como para Busturia es el compromiso de índole económico, social, laboral, medioambiental y de derechos humanos asumidos voluntariamente por las empresas que van más allá de las obligaciones convencionales.¹⁸⁴ Es decir que deciden contribuir a lograr una mejor sociedad incluso siendo actuando “extra petita” en la ley de ser posible. Esta misma definición, es aplicable para la RSC, solamente que la RSC, es un concepto más amplio que abarca todo tipo de organización independientemente de su tamaño o naturaleza y no solo a las empresas.

Sin embargo, para muchas empresas ésta es vista como un factor de reputación o marketing, que en efecto podrían tener valores agregados como éstos, pero no deben ser el incentivo, ya que se trata de abordarla con responsabilidad.

Para De La Cuesta y Valor¹⁸⁵ es definida como “el conjunto de obligaciones y compromisos legales y éticos, nacionales e internacionales, con los grupos de interés, también denominados Stakeholders¹⁸⁶ que se derivan de los impactos que la actividad y las operaciones de las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de derechos humanos”.

Mientras que Vargas,¹⁸⁷ parte de la teoría neoclásica, donde la participación de las empresas en un mercado competitivo vista como una contribución importante para la sociedad, ya sea por la satisfacción de demandas en los consumidores y también por la optimización de recursos, basado en la teoría liberal de Adam Smith y Hayek, quienes argumentan que dicha optimización maximiza el bienestar general, desde una óptica competitiva.

183 Dahlsrud, A. (2008). How corporate social responsibility is defined: An analysis of 37 definitions. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 15, 1-13.

184 Andrea A. L. F de Busturia. 2015. *Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial*. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid Pág. 126 Freeman en su obra: *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Pitman, 1984), para referirse a «quienes pueden afectar o son afectados por las actividades de una empresa». Estos grupos interesados, según Freeman, deben ser considerados como un elemento esencial en la planificación estratégica de los negocios.

185 Guillen, M.L. y Giner, B. (2013) “los efectos de la crisis económica en las memorias de sostenibilidad GRI en Europa” *Prisma Social, Revista de Investigación Social*. Número 10 – junio de 2013. Págs. 37

186 Freeman en su obra: *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Pitman, 1984), para referirse a «quienes pueden afectar o son afectados por las actividades de una empresa». Estos grupos interesados, según Freeman, deben ser considerados como un elemento esencial en la planificación estratégica de los negocios

187 Forero, G. A. V. (2011). *Responsabilidad social empresarial, ciudadanía y desarrollo*. Cuadernos de administración, 24(43).

Pero más allá de las discusiones de expertos en economía y el mercado lo que se pretende resolver es si existe un impacto favorable para la sociedad, que sobrepase beneficios sociales en la generación de empleo, el pago de impuestos y la satisfacción de los clientes e inversionistas. En efecto, como se ha mencionado en anteriores páginas, el elemento central entre las empresas y la ciudadanía es el ámbito de los derechos humanos, que incluyen los derechos colectivos y ambientales, por tanto la RSE ya no solo es vista como un enfoque voluntarista sino como una obligación de respetar derechos cuando se trata de generación de impactos, que como bien lo presenta Vargas, las empresas no operan en el vacío sus políticas y acciones de RSE se insertan en un contexto social e institucional que comprende un conjunto de normas, prácticas y culturas, desde las que tienen lugar en la familia hasta las establecidas por los gobiernos y organismos multilaterales (G. Ranovetter, 1985). No solo se insertan allí, influenciadas por su contexto social e institucional particular.¹⁸⁸

Estas responsabilidades terminan siendo un marco de garantías para la ciudadanía, tanto en condición de consumidores, trabajadores y en general las partes interesadas o afectadas. Es por eso, que el Sistema de las Naciones Unidas ha venido perfeccionando instancias de participación enmarcadas en los principios rectores que permita de una parte garantizar derechos y participación por parte de la ciudadanía que se ve involucrada, como demandar de las empresas una participación responsable desde una “noción de ‘ciudadanía corporativa’ (corporate citizenship), que algunos usan como sinónimo de RSE y que ha ganado aceptación para indicar que las firmas, como los individuos, deberían ser ‘buenos ciudadanos’.

Para esa ciudadanía corporativa se han identificado tres grupos de responsabilidades, que son equiparables a las responsabilidades de los Estados: la primera de las cuales representa los derechos fundamentales reconocidos en los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales. La segunda consiste en las responsabilidades derivadas de los derechos y garantías reconocidos formalmente por cada Estado, los cuales pueden coincidir total o parcialmente con los del primer círculo.

Mientras que la mayoría de los derechos civiles y políticos están protegidos constitucionalmente

188 Ibidem.

en las democracias liberales, la vigencia de los derechos económicos y sociales depende de los regímenes de protección social y, en general, de la variedad de capitalismo imperante en cada país (Hall y Soskice, 2001).

Estos derechos corresponden a la noción de ciudadanía propuesta por Marshall en su ensayo clásico de 1950 (Marshall, 2009) y constituyen una base normativa para orientar los procesos de desarrollo, entendidos como la ampliación progresiva de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de los que goza la población (UNDP, 2000).¹⁸⁹ Es precisamente con las comunidades y poblaciones a quienes tanto Estados como Ciudadanía Corporativa deben tener en cuenta y por ende implementar las descritas instancias de participación multisectoriales creadas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Estas premisas, cada vez son de mayor consenso mundial, según Economist, la RSE se ha venido expandiendo en el planeta y la discusión ya no es si adoptarla, sino de qué forma y para qué. De hecho, se han incrementado el rango de responsabilidades y principios, como por ejemplo la Guía de Responsabilidad Social ISO 26000 (ISO, 2010), comprende una amplia y ambiciosa agenda de políticas y acciones en los campos de gobierno interno (gobernanza), participación comunitaria derechos humanos, prácticas laborales, ambiente, prácticas justas y protección de los consumidores (ISO, 2010).

Algo similar ocurre con la norma SA8000, que comprende distintas convenciones y convenios de la OIT (SAI, 2008). Al menos formalmente, estas últimas representan avances significativos en el camino hacia economías más igualitarias, donde no solo se respeten los derechos civiles y políticos sino también los económicos y sociales y se protejan el ambiente y el derecho de las generaciones futuras a disfrutarlo¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Ibidem
¹⁹⁰ Ibidem.

2.4.1. Entre las leyes blandas y las leyes duras de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).

Como hemos enunciado en párrafos anteriores y así lo afirma Ibarra, la mayor parte de los instrumentos de la RSE son de carácter voluntario, es decir que tienen una regulación legal denominada *soft law*, que comprende declaraciones de los organismos internacionales, las guías y estándares, los esquemas de certificación y los mecanismos de reporte para las empresas.¹⁹¹ Esta se caracteriza porque no depende de la regulación de los Estados para su diseño e implementación; media la participación voluntaria en su construcción, adhesión y operación; busca consenso y la toma de decisiones es un resultado de unos diálogos entre actores que tienen intereses encontrados por lo general que permita una cierta legitimación, también por la ausencia de poder sancionatorio del Estado.¹⁹²

Quienes defienden las leyes blandas de voluntariedad en la RSE, consideran que son más efectivos los incentivos que la regulación obligatoria, para potenciar el compromiso de las empresas con el desarrollo sostenible, especialmente por el tema reputacional ante los consumidores, competidores e inversionistas, que pueden generar ventajas competitivas.¹⁹³

Sin embargo, también hay defensores de las medidas *hard law*, donde la RSE sea reguladas por la ley dura, porque consideran que ofrecen soluciones con estándares más altos, más comprensibles, durables, seguros, más transparentes y con mayor credibilidad; permiten conciliar de mejor manera diferentes intereses en competencia y proteger el bien común, ayudan a suplir fallas del mercado y protegen a los más vulnerables. Los regímenes jurídicos hacen énfasis en principios de rendición de cuentas y resarcimiento; proporcionan una mejor base para llegar a decisiones justas; permite a los afectados por los abusos de las empresas ventilar judicialmente sus reclamos y contar con mecanismos adecuados de reparación (indemnización, restitución y rehabilitación) y garantizan el cumplimiento por su capacidad disuasiva.¹⁹⁴

191 Ibarra Padilla, A. M. (2014). Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de derecho*, (41). Págs. 56 - 60

192 Ángel, N, (2008). La discusión en torno a las soluciones de *soft law* en materia de responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Privado*, 40, 3-37. Pág. 10

193 *Ibidem*.

194 International Council on Human Rights Policy (2002). Más allá de lo discrecional. Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas. [en línea] http://www.ichrp.org/files/summaries/9/107_summary_es.pdf (Consultado: 29.07.2011). pp 2,6.

En este sentido, González & Mayz (2008, p. 37) señalan que es posible que estos compromisos legales sean vistos por algunas empresas como un obstáculo al desarrollo de sus actividades. No obstante, la legislación sobre este tema no sólo es socialmente deseable para los agentes económicos relacionados con las empresas, sino que además aseguraría a cada firma que sus competidoras también se conducirán aceptando la misma responsabilidad.¹⁹⁵

Los críticos de las soluciones voluntarias en materia de RSE sostienen que la comunidad internacional, lejos de promocionar instrumentos discrecionales, debe establecer responsabilidades en un marco jurídico que les exija rendir cuentas ante la ley. Reclaman del derecho internacional el establecimiento de obligaciones directas a las empresas en materia de RSE, atadas a sanciones frente al incumplimiento exigibles a nivel internacional cuando los Estados no estén en condiciones de hacerlo ellos mismos.¹⁹⁶

Ahora bien, Ibarra Padilla nos menciona una tercera postura más conciliadora entre la *soft law* y la *hard law* en el marco de la RSE, que considera que está compuesta por una parte que es voluntaria y que debe incentivarse a través de fórmulas que busquen los poderes públicos, y hay otra que es obligatoria y que, además, lo voluntario y lo obligatorio también van evolucionando con el tiempo, porque las valoraciones sociales también van cambiando¹⁹⁷, a mi modo de ver con mayor enfoque en el bien público, el bien común y la preservación del medio ambiente.

Sin embargo, Uprimny sostiene que es necesario intentar un diálogo constructivo entre el derecho y la economía “La economía ha solido desconocer la importancia que tienen la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales”¹⁹⁸.

195 González, A. & Mayz C. (2008). Responsabilidad social empresarial: ¿Obligación o potestad? Revista Debates Iesa, XIII (1), 34- 37.

196 Ángel, N. (2008). La discusión en torno a las soluciones de soft law en materia de responsabilidad social empresarial. Revista de Derecho Privado, 40, 3-37. Pág. 28

197 Perdigüero, T. & Garcíareche, A. (Eds.). (2005). La Responsabilidad Social de las Empresas y los nuevos desafíos de la gestión empresarial (pp. 47-55). Valencia, España: Universitat de València

198 Uprimny, R. (2003). Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía. En G. Burgos (Ed.): Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? (pp. 319- 437). Bogotá: ILSA.

Frente a la globalización, la discusión sobre la voluntariedad u obligatoriedad de la RSE desborda el ámbito nacional. Conforme señala Teubner: “En el proceso de creación del Derecho, la atención se desplaza ahora hacia los regímenes privados, esto es, hacia los acuerdos obligatorios entre actores globales, la regulación del mercado privado mediante empresas multinacionales, los sistemas de negociación interorganizativos y los procesos mundiales estandarizados”¹⁹⁹.

Lo que permite conectar la premisa sobre una nueva dimensión de democracia y del derecho de participación que cada vez más cobra mayor protagonismos en los sectores privados o esa ciudadanía privada, respecto de la ciudadanía base e incluso como lo plantea Ramonet,²⁰⁰ ni el propio Estado tiene control dentro de la economía global en la que se dinamizan estos sectores privados, creando la globalización su propio Estado, que es supranacional que dispone de sus instituciones, aparatos, redes de influencia y propios medios de actuación, por tanto la RSE cobra mucho valor de cara a la sociedad red²⁰¹, planteada por Castell, llevándonos a replantear esa visión de democracia a partir del concepto de Estado- Nación, porque han cobrado autonomía los sistemas sociales en materia de RSE que se han plasmado en códigos de conducta, de enfoque aspiracional y que necesariamente saben complementarse con un marco jurídico que lo que puede generar como plantea Internacional Council,²⁰² es mayor eficacia e incentivos para mejorar esa voluntariedad.

199 Teubner, G. (2010). Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos? En: Estado Soberanía y Globalización. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana & Instituto Pensar.

200 Ramonet, I. (2003). Globalización, ética y empresa. En: A. Cortina (Ed.). Construir Confianza. Ética de la Empresa en la Sociedad de la Información y las Comunicaciones. Madrid: Editorial Trotta. Pag 104.

201 La interacción de tres procesos: la revolución de la tecnología de la información; la crisis económica tanto del capitalismo como del estatismo y sus reestructuraciones subsiguientes; y el florecimiento de movimientos sociales y culturales como el antiautoritarismo, la defensa de los derechos humanos, el feminismo y el ecologismo, crearon una nueva estructura social dominante, la sociedad en red; una nueva economía, la economía informacional/global, y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real, cuya lógica subyace en la acción social y las instituciones de un mundo interdependiente (Castells, 1998).

202 International Council on Human Rights Policy (2002). Más allá de lo discrecional.

Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas. [en línea] http://www.ichrp.org/files/summaries/9/107_summary_es.pdf (Consultado: 29.07.2011). Pág. 7.

2.5. Mecanismos de acceso a la justicia con enfoque Hard Law.

Incluso cuando se trata de materias tan graves como la violación de los derechos humanos por una firma, los mecanismos judiciales son incompletos e imperfectos precisamente debido a la herencia estatista del derecho internacional de los derechos humanos, que siempre ha puesto el acento de la responsabilidad sobre estados o incluso sobre individuos pero no sobre otras personas jurídicas²⁰³ Por supuesto, tales violaciones en muchos casos han revertido en responsabilidad penal dentro del respectivo país, donde el sistema judicial nacional es inoperante frente a ellas y el número de casos que quedan en impunidad es muy alto. Por otro lado, aunque siempre es posible mejorar la efectividad de los sistemas judiciales nacionales para tratar estos casos, como ya se indicó, la competencia global por atraer inversión privada puede llevar a que los gobiernos no pongan mucho empeño en este propósito,²⁰⁴ o sean responsables de violaciones de derechos humanos por acción o por omisión para generar condiciones y garantías a favor de la empresa²⁰⁵.

Por tanto, el derecho internacional ofrece mecanismos de acceso a la justicia que permita prevenir o subsanar el daño en materia de derechos humanos, otorgando protección de sus derechos que posiblemente las víctimas no encontraron en sus países de origen, donde las tasas de impunidad son muy altas. La Federación Internacional de Derechos Humanos, creó un compendio que permite los diferentes mecanismos de denuncia que existen contra los Estados y también contra las multinacionales; por su puesto dichos mecanismos son judiciales y de litigio, que se enmarcan más en el hard law, diferentes a los mecanismos que se encuentra en el ámbito del a RSE y que detallo en páginas posteriores.

203 Ratner, S. (2001). Corporations and human rights: A theory of legal responsibility. *The Yale Law Journal*, 111, 443-545.

204 204 Forero, G. A. V. (2011). Responsabilidad social empresarial, ciudadanía y desarrollo. *Cuadernos de administración*, 24(43). Pág.187.

205 Lo que ocurre cuando se comprueba la teoría de la agencia en el derecho internacional, que consiste en la responsabilidad que tiene la empresa la empresa principal por los actos cometidos por agentes del Estado, fuera de sus funciones, si el principal ha expresado su acuerdo, ante su empresa filial. Cito el caso de la comunidad Ilaje que, en mayo de 1998, participó de una manifestación pacífica contra la filiar nigeriana de Chevron, debido a las desastrosas consecuencias para el medio ambiente y daños a los intereses económicos sufridos por las comunidades como resultado de la explotación de petróleo. La protesta fue organizada en una plataforma petrolera frente a las costas de Nigeria. En esta ocasión varios abusos como asesinatos, tortura y tratos crueles o degradantes fueron cometidas por las fuerzas de seguridad del Gobierno de Nigeria. Los demandantes alegaron que las fuerzas de seguridad del gobierno de Nigeria habían actuado como una agente filian de la empresa Chevron, que a su vez actuó como una casa filial de la empresa matriz Chevron Corporation. Dentro de las denuncias de los demandantes, ante un Juez de los Estados Unidos, estaba que la empresa filial había aportado apoyo material y financiero, para el control de las fuerzas de seguridad nigerianas y por haber participado directamente de los ataques. (*Bowowo Vs. Chevron Texaco*, 2007 WL 2349336 (N.D. Cal 2007), págs. 15-16.

En lo que se refiere a mecanismos intergubernamentales, existen mecanismos convencionales de las Naciones Unidas y los mecanismos basados en la Carta de Naciones Unidas; en materia laboral existe los mecanismos de la OIT, como las quejas en materia de libertad sindical, reclamaciones relativas a violación de los convenios de OIT y Comisiones de investigación.

Respectos de los mecanismos regionales existen el sistema europeo de protección de los derechos humanos; el sistema africano de protección de derechos humanos y los tribunales de las comunidades económicas regionales africanas y finalmente el sistema interamericano de derechos humanos, quienes imparte justicia ante los Estados para proteger a la ciudadanía perteneciente a cada región que pueda estar en vulneración de sus derechos.

Esto es posible gracias a la suscripción y ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos, por parte de los Estados Miembros ante la Organización de Naciones Unidas – ONU, como organismo multilateral.

2.5.1. Mecanismos de acceso a la justicia para la Protección de Derechos Humanos

Respecto de los mecanismos basados en la Carta de la ONU, este órgano ha creado comités que permitan supervisar la adhesión de los Estados Partes y su aplicación. Dichos comités, como menciona la FIDH,²⁰⁶ están compuestos por expertos independientes elegidos por un periodo de cuatro años, por los Estados Parte, éstos cuentan con varios instrumentos para examinar la adhesión de los Estados parte con sus compromisos internacionales:

- Las observaciones generales:

Son el principal instrumento a través del cual los comités publican su interpretación de ciertas disposiciones de las convenciones internacionales sobre derechos humanos y las correspondientes obligaciones asumidas por los Estados. Especialmente última para personas que presentan denuncias individuales.

206 <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los>. Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 29 - 36.

- Los informes de los países:

Cada comité de las Naciones Unidas que tienen a cargo determinados temas que fueron adheridos en determinados tratados internacionales, les corresponde examinar los informes de los Estados Parte, en los cuales detallan los avances en cuanto a la aplicación de determinado tratado internacional.

El Estado Parte presenta un informe inicial y cada cuatro años informes periódicos sobre los avances logrados en medidas legislativas, jurídicas o administrativas, para cumplir con la implementación de los tratados y de allí comienza un diálogo constructivo entre dichos comités y los Estados que presentan los informes. Finalmente, el examen del informe termina con observaciones finales que reconoce los avances y recomendaciones sobre lo que hace falta por hacer para la materialización de los tratados.

Respecto de la participación de la sociedad civil en este instrumento, se acepta la entrega de un informe paralelo por parte de ONGs y ciudadanía de derechos humanos²⁰⁷.

- Las denuncias interestatales:

Este mecanismo no ha sido utilizado, sin embargo; varios tratados internacionales permiten a los Estados Parte denunciar ante el Comité pertinente presuntas violaciones o inaplicabilidad de los tratados internacionales.

- Las denuncias individuales.

En la actualidad, cinco de los nueve comités pueden recibir denuncias individuales o grupos de individuos en las que aleguen presuntas violaciones cometidas por un Estado Parte en torno a derechos garantizados en tratados internacionales.

Con relación al Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó el protocolo facultativo en que instituyó un mecanismo para denuncias individuales ante el Comité DESC (Derechos Económicos Sociales y Culturales). Este protocolo facultativo fue firmado por 32 Estados y hasta ahora ha sido ratificado por 3 Estados.

²⁰⁷ <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los-> . Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 29 - 36.

Cabe mencionar que las decisiones de los Comités sobre denuncias individuales tienen un estatus cuasi-judicial, pero permiten determinar el alcance de los derechos de las personas afectadas, y de buena fe los Estados Partes, puede asumir las recomendaciones o declaraciones que sean resultado de denuncias presentadas.

- Las investigaciones.

También tienen la facultad los Comités de iniciar su propia investigación o visita al territorio donde existen denuncias de violaciones de derechos humanos. Por su puesto que solo se podrán hacer en Estados Parte que hayan suscrito y ratificado los tratados y convenios internacionales.

Los comités en acción respecto de las obligaciones estatales relativas a empresas son Comité de Derechos Humanos (Comité Derechos Civiles y Políticos); Comité DESC sobre el derecho a la salud; Comité DESC sobre desalojos forzados; Comité DESC sobre el derecho al trabajo; Comité DESC.²⁰⁸ sobre el derecho a una alimentación adecuada; el Comité de los Derechos del Niño (CRC); Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD).

El EPU (Examen Periódico Universal) fue establecido por la resolución 60/251 del 15 de marzo de 2006 un sistema para revisar regularmente el comportamiento de todos los Estados Miembros en materia de Derechos humanos, en que por su puesto incluyen los Derechos ambientales desde el PIDESC, es un mecanismo de cooperación basado en el diálogo, dirigido a los Estados, bajo la supervisión del Consejo de Derechos Humanos. El informe se basa en registro de información suministrada por los Estados Miembro, por los órganos de Naciones Unidas de la oficina del Alto Comisionado de DDH y la compilación de la información facilitada por la sociedad civil, especialmente instituciones nacionales de DDH y ONGs.

Otro mecanismo que emana de la Carta de la ONU, es el “1503 revisado”, que tiene por objeto permitir el examen de las comunicaciones individuales que se refieren al cualquier conjunto de violaciones flagrantes y certificadas de cualquiera de los derechos humanos y de cualquier libertad fundamental. Su alcance es mucho más amplio, porque se puede presentar

²⁰⁸ Ibidem. Pag 43.

al conjunto de Estados Miembros de las Naciones Unidas. Para estas denuncias existe un grupo de trabajo que las analiza y si encuentra razonable la denuncia, puede presentar un informe ante el Consejo de DH, sobre el conjunto de violaciones para al final formular recomendaciones sobre más medidas e inicia un proceso de investigación en el Estado Parte denunciando y se le conmina a cooperar con el suministro de información. El proceso puede durar aproximadamente 24 meses²⁰⁹.

2.5.2. Mecanismos Regionales.

Con relación a los mecanismos regionales, existen otros tantos mecanismos para cada uno de los Comités previamente señalados, que se pueden consultar a profundidad²¹⁰, no obstante, lo que es bastante interesante es el efecto horizontal de todos estos mecanismos relativamente novedosos que encarnan el concepto jurídico alemán de la teoría de (Drittwirkung) aplicada en el marco de la convención europea, en la que pueden aplicarse en las relaciones jurídicas entre individuos y/o agentes privados y no solo entre individuos y Estados o autoridades estatales.

Lo que permite ampliar el espectro de la participación en el sentido global en las esferas de las relaciones vinculadas con la democracia y los derechos humanos que muchas veces se encuentran con relaciones económicas generando profundas disparidades, que los propios Estados, han quedado limitados a la hora de resolver, por dinámicas que he mencionado reiteradamente sobre el poder económico, frente al poder judicial e incluso constitucional. Valga decir que las Cortes de los diferentes sistemas regionales, como el Sistema Europeo de los Derechos Humanos, o el Sistema interamericano de Derechos Humanos; abordan la responsabilidad de los Estados y no la responsabilidad de un agente privado, pero puede juzgar un Estado si falta a su obligación de proteger a las personas y a colectivos humanos por violaciones a los derechos humanos cometidas por terceras personas²¹¹.

209 Ibidem pág. 53.

210 Pueden consultarse en las siguientes páginas web: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>; https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf; <http://www.endvawnow.org/es/articles/590-ratificacion-de-instrumentos-de-derechos-humanos-regionales-e-internacionales.html>; <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>; <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/FAQ.aspx>; <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>

211 <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los>. . Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 105.

En tratándose del sistema interamericano, la Comisión Interamericana ha adoptado en varias ocasiones, resoluciones relativas a la obligación de los Estados de proteger a los individuos de los impactos negativos de las actividades empresariales. La mayoría se ha centrado en casos de amenaza o violación de propiedad de los pueblos indígenas. Incluso la Comisión ha dictado declaraciones en las que vincula derechos económicos, sociales y culturales. Lo que representa un avance, ya que la Comisión se limitaba a recepcionar casos de violaciones de DH relacionados con los derechos civiles y políticos únicamente. De hecho, ha presentado medidas concretas de reparación.²¹²

2.5.3. Mecanismos Judiciales ante las empresas.

Respecto a los mecanismos judiciales existen mecanismos de responsabilidad civil extracontractual de las empresas multinacionales o transnacionales por violación a los derechos humanos, en lo que respecta al derecho internacional a las empresas no se les reconoce personalidad. Por tanto, gozan de una especie de inmunidad de facto que las protege contra cualquier responsabilidad.

Es así como dicha responsabilidad civil de una empresa, solo se puede atribuir a nivel nacional, ya sea en el país de origen de la empresa o en el país donde opera. Este última competencia tiene mayor probabilidad de acceso a la justicia, ya que existe una ínfima posibilidad de lograr acceso a remedio en sus propios países debido a la falta de voluntad política, o a la inexistencia de recursos jurídicos suficientes dentro de los sistemas jurídicos locales (falta de legislación adecuada, infraestructuras débiles, politización o corrupción del sistema judicial, la inexistencia de un sistema de asistencia legal, etc.). muchas veces también se debe a la presión ejercida para atraer la inversión extranjera, en esos países.²¹³

Una mirada al Alien Tort Claims ATCA, creada en 1789, por razones aún discutidas, el ATCA se ha convertido en un sustento indispensable, invocada en la mayoría de las demandas por responsabilidad civil presentada en los Estados Unidos, en contra de los

212 Caso de Anicama: responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. Abril 2008. 198.170.85.29.

213 <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los-> . Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 185.

agravios cometidos por empresas multinacionales y que causan a su vez violación de derechos humanos en el extranjero.

Las jurisdicciones federales estadounidenses tienen así una competencia, casi universal y pueden conocer de toda acción de responsabilidad civil:

- Presentado por un extranjero;
- Que haya sido víctima de una violación grave al derecho de las Naciones reconocido en los Estados Unidos en el derecho internacional consuetudinario.
- Independientemente del lugar donde el delito se haya cometido;
- Independientemente de la nacionalidad del autor del delito (de nacionalidad estadounidense o extranjero²¹⁴);
- Siempre que el demandado se encuentre en territorio estadounidense, al momento en que se interponga la acción (único criterio de conexión requerido)²¹⁵.

Junto al ATCA, otro instrumento legal que permite a las jurisdicciones estadounidenses conocer de casos de violaciones al derecho internacional cometidos contra particulares es el Torture Victim Protection Act TVPA, permite a los nacionales estadounidenses o extranjeros presentar ante las jurisdicciones federales una demanda civil, para obtener la reparación del daño contra los autores de tortura o de ejecuciones extrajudiciales,²¹⁶ incluyendo los actos cometidos fuera del territorio estadounidense. El TVPA no reemplaza al ATCA, sino que la complementa, su alcance es limitado que el ATCA, ya que el TVPA contempla los actos de tortura y de ejecuciones extrajudiciales. Sin embargo, extiende el alcance del ATCA en el sentido de que no limitaba el derecho de acción a los extranjeros, sino que igualmente lo otorga a los ciudadanos estadounidenses²¹⁷

214 Cfer. Firs Judiciary Act. 1789 (Ch. 20; “Las Cortes de distrito tendrán jurisdicciones sobre todo de demanda civil presentada por un extranjero por agravio, cometido en violación al derecho de las Naciones, o un tratado en los Estados Unidos”. (traducción libre).

215 <https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los>. . Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 188.

216 A diferencia del ATCA que deja al derecho internacional la tarea de definir el concepto de daño (la acción intentada bajo el ATCA está sujeta a las normas internas de la jurisdicción sobre la materia, competencia personal y otras de procedimiento). La TPVA define la tortura y las ejecuciones arbitrarias.

217 B. Stephens y M. Ratner, Op. Cit., 1996, pág. 25; B. Stephens, Corporative Accuntability: International Human Rights Litigation Against Corporations In US Courts (Responsabilidad empresarial: El litigio de violaciones a Derechos Humanos contra las multinacionales de las Cortes Estadounidenses), en M.T. Kamminga y S. Ziafiri (eds.), Liability of Multinational Corporation Under International Law, Kluwer Law International 2000, p. 201; Wiwa versus Royal Dutch Petroleum Co, F. Supp. 2d, 2002. WL 31987 (S.D.N.Y., 2002).

En un principio el ATCA solo se utilizó en casos que conciernan a violaciones de derechos humanos cometidas por personas físicas que se encontraban protegidas por la ley, como un agente público (ver *Filártiga Vs. Peña Irala*).²¹⁸ Posteriormente, su campo de aplicación se extendió a violaciones cometidas por personas físicas, actuando fuera de toda calidad oficial (ver *Kadic Vs. Karadzic*). En consecuencia, la aplicación del ATCA se extendió en demandas por responsabilidad civil en contra de las empresas multinacionales, presentadas en el territorio estadounidense, por violaciones de derechos humanos cometida en el extranjero (*Sosa Versus Álvarez- Machain- Véase adelante*).

En la aplicación de esta legislación internacional respecto a la responsabilidad de las empresas multinacionales en un país distinto al que operan, depende de la forma en que organizan la internacionalización de sus actividades. A nivel legal puede realizarse de dos maneras: puede establecerse directamente en el país anfitrión, con una sucursal o una sede en este país; la empresa puede crear una entidad jurídica propia, regida por la legislación del país anfitrión, pero que esté bajo su control, por ejemplo, siendo su accionista mayoritario o mediante la designación de directivos.

Es una relación de sociedad matriz con su filial; también puede desarrollar relaciones contractuales con los socios locales, esta última figura legal es una de las cuestiones jurídicas más complejas, cuando se trata de identificar responsabilidad civil por parte de la casa matriz en la que se podría invocar dos escenarios posibles: responsabilidad directa o indirecta de la empresa matriz en el acto causante del daño. Esto va a depender del nivel de autonomía de la personalidad jurídica por parte de las filiales de una empresa matriz, en el caso de tener una personalidad jurídica propia, también del nivel de control de tenga sobre la empresa filial etc. Esta identificación de la empresa matriz es un elemento importante para el tema de remediación o reparación para las víctimas, cuando la empresa filial no tiene la capacidad económica de responder por los daños.

También existen otros mecanismos judiciales de responsabilidad penal extraterritorial, cuando se trata de violaciones de derechos humanos, respecto de terceros y particularmente de empresas multinacionales.

218 *Filártiga Vs. Peña Irala* 577 F Supp 860 (DCNI 1980). 867.

Existe otro mecanismo judicial en el que pueden participar víctimas afectadas por operaciones y actuaciones de empresas multinacionales, que han generado vulneración de derechos humanos y es la figura de la responsabilidad penal extraterritorial, que se ha configurado por la tendencia de ciertas empresas a participar en actividades delictivas, es una situación comprobada. En diferentes momentos de la historia éstas han sido utilizadas por dictadores, por los ejércitos rebeldes e incluso por grupos terroristas para cometer sus crímenes.²¹⁹ Con frecuencia los delitos denunciados incluyen la elaboración y explotación de productos químicos tóxicos utilizados en conflictos armados recientes (ej. En la Ex Yugoslavia),²²⁰ así como los “pactos de convivencia” (prácticas de corrupción) entre las empresas extranjeras y las autoridades locales.²²¹

En Sudáfrica, después de que comenzaron las audiencias de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) en 1997, sobre la participación de los actores económicos en la política y del apartheid,²²² la CVR decidió inequívocamente que las empresas habían provisto de ayuda material sostenida a este crimen institucional, y que habían desempeñado un papel central en el apoyo a una economía que había mantenido al Estado de Sudáfrica bajo el apartheid, además de que habían obtenido un beneficio sustancial del sistema de privilegios raciales. La CVR incluso afirmó que algunas empresas, especialmente el sector minero, habían contribuido a la elaboración e implementación de las políticas de apartheid²²³.

La capacidad de las empresas para violar el derecho internacional humanitario no se encuentra en este momento acompañada por la consagración de su responsabilidad penal ante los tribunales internacionales. Como resultado de la segunda guerra mundial, existe el creciente reconocimiento del principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones nacionales, así como numerosos convenios internacionales e instrumentos regionales que llaman a los Estados

219 Así por ejemplo las empresas Ford y Mercedes Benz, acusadas de complicidad durante la dictadura argentina de mediados de los años 70, fueron acusadas de haber entregado a los trabajadores a los represores y haber mantenido, en sus fábricas destacamentos militares. Las empresas también fueron cómplices de los crímenes más graves cometidos durante la segunda guerra mundial. D. Vandermeersch, *la dimensión Internacional de la Loi (la dimensión Internacional del derecho)*.

220 Responsabilidad penal de las trasnacionales, Ginebra, 4-5, mayo 2001, Cetim/AAJ, pp.3-4.

221 Véase por ejemplo Global Witness, *L'Heure Est Á la Transparence (Es hora del a Transparencia)* informe del 24 de marzo de 2003.

222 La CVR no tenía autoridad para condenar penalmente a los actores de las violaciones a los derechos humanos; No obstante, podía conceder amnistía. Las audiencias sobre “negocios” examinaron el papel de los actores económicos, del gobierno y los sindicatos. Varios sectores de la economía fueron entrevistados. Para más información sobre este proceso, véase: B. Lyons, *Getting to Accountability: Bissnes, apartheid and Human Rithts (Hacia la rendición de cuentas: Negocios, apartheid y derechos humanos)*, N.Q.H.R; 1999, pp. 135 y sig.

223 Véase Comisión del Verdad y Reconciliación, informe final, Vol. 4, capítulo II párrafo. 161.

A legislar en esta dirección. El siglo XX se vio marcado por el aumento en el número y tamaño de las empresas, al punto que la vida social y política se encuentra fuertemente influenciados por el comportamiento de éstas. A su mayor participación en las relaciones sociales, le corresponde proporcionalmente una mayor participación en actividades delictivas.

Actualmente, existe un reconocimiento de responsabilidad penal de forma personal para quienes trabajan en las empresas o las dirigen, pero aún no existe un régimen que permita imputar la responsabilidad de la empresa como persona jurídica, para que las sanciones penales tengan mayor eficacia y sean más justas, ya que las actividades delictivas que se desprendan de ordenes empresariales deben ser tenidas en cuenta, aplicando la misma figura legal cuando se trata de agentes del Estado, que actúan por órdenes de superiores, donde efectivamente se reconoce responsabilidad personal pero también agencial o estatal.

Para concluir este acápite sobre los mecanismos judiciales que existe en el plano global y de manera particular que reconoce la responsabilidad penal extraterritorial, existen tribunales penales internacionales y son de dos tipos:

1. Los Tribunales Penales Internacionales (TPI), Ad hoc que son temporales, y la Corte Penal Internacional (CPI), de carácter permanente. Los TPI son tribunales no permanentes creados por el Consejo de Seguridad con fundamento en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, relativo a las acciones que pueden adoptarse en caso de amenaza a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Los primeros tribunales penales ad hoc se establecieron después de la Segunda Guerra mundial para juzgar a los criminales internacionales, principalmente alemanes y japoneses.

2. La Corte Penal Internacional (CPI), cuya sede se encuentra en la Haya, es la primera corte penal internacional de carácter permanente, la CPI fue creada por el Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas. Los crímenes de la competencia de la CPI se encuentran definidos en el artículo 5 y siguientes del Estatuto de Roma: Genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra; crímenes de agresión, además se incluyen ciertos delitos contra la administración de justicia contenidos en los artículos 70 y 71 del Estatuto.

2.6. Visiones de gobernanza y de gestión pública que favorecen la democracia.

Este concepto de gobernanza surge como respuesta a lo que se ha denominado “la crisis” que como bien dice Aguilar **ha** alcanzado tanta popularidad en el lenguaje cotidiano, académico y mediático que ha tratado de dar explicación al agotamiento de la política y la economía industrial, que ha impulsado, en la últimas décadas del siglo XX, una profunda reflexión sobre la política, el gobierno y la administración pública, desde el esquema mental de la crisis²²⁴

En consecuencia, la mayor parte de estudios politológicos y administrativos de fin de siglo fueron explicaciones y pronósticos de la crisis o bien enunciados normativos (valorativos, institucionales, técnicos) sobre las formas de prevenirla o superarla. Esto obedece, como lo afirma Aguilar, en parte por la probabilidad del derrumbe del capitalismo por su contradictoria estructura interna, o la probabilidad de que los Estados sociales industrializados entraran en crisis, o por que las democracias emergentes entraran en crisis por no haber construido a tiempo sus capacidades básicas de gobierno.²²⁵

En el debate sobre legitimación del Estado social, las críticas mayores o radicales tuvieron que ver con la injusticia o desigualdad intrínseca de la industrial, aun en condiciones de Estado social, debido a la estructura capitalista²²⁶. Por tanto, la crisis sobreviene cuando un sistema social pierde capacidad de gobierno, carece de la capacidad para resolver problemas que son clave para la sobrevivencia o no tiene capacidad de reconstruir un nuevo nivel de gobierno y cuando de manera simultánea sus socios no aceptan la validez de las normas de convivencia y desciende su nivel de lealtad a las instituciones sociales y políticas que organizan y estabilizan a la sociedad²²⁷.

Por tanto, cita a Habermas resumiendo la crisis de la siguiente manera: “La contradicción fundamental del sistema capitalista lleva a que, *caeteris paribus*, o bien 1) el sistema

224 El concepto de crisis social tiene muchas denotaciones, particularmente cuando pretende poseer un carácter teórico y contiene entonces enunciados sobre sus dimensiones centrales y sobre factores causales que la provocan. En una definición descriptiva común, se entiende principalmente por crisis aquella situación que se presenta cuando los problemas y conflictos de una sociedad superan la capacidad de respuesta de su instancia de gobierno y/o de sus otros recursos colectivos de supervivencia y convivencia (economía, infraestructura, tecnología, complejo educativo, salud, familia y organizaciones intermedias...), con efecto de dar inicio a procesos de debilitación, desorganización y descomposición que toman múltiples formas de agitación, crítica, conflicto, delito, desafección y desertión.

225 Villanueva, L. F. A. (2015). Gobernanza y gestión pública. Fondo de cultura Económica. Pág. 56.

226 Ibidem.

227 Ibidem.

económico no produzca la cantidad requerida de valores consumibles, o bien 2) el sistema administrativo no aporte decisiones racionales en el grado requerido, o bien 3) el sistema de legitimación no procure motivaciones generalizadas en el grado requerido, o bien por último 4) el sistema sociocultural no genere en el grado requerido sentido motivador de acción” (1973: 67-68).

Es así que, el concepto de gobernanza/gobernación tiene que ver con la capacidad de gobernar del gobierno como el patrón o modo de dirección que este sigue en su ejercicio gubernativo de la sociedad, en el entendido de que las acciones (el tipo de acciones como mando, supervisión, persuasión, disuasión, negociación, asociación, corresponsabilidad, aplicación de la ley etc.) que decide implementar el gobierno al relacionarse con sus ciudadanos a fin de conducir a la sociedad son el factor que determina y evidencia si el gobierno está aprovechando o desaprovechando las potencialidades directivas (capacidades institucionales, fiscales, analíticas y administrativas), que le han otorgado las instituciones y otros recursos estatales, realizando de esta manera los objetivos que dan valor social, que en ultimas se mide por acciones y resultados. Pero también permitan la supervivencia y la convivencia logrando que los diferentes actores políticos, económicos y sociales se entiendan, complementen, contrapesen y que como resultado de esa interacción (...) identifiquen los problemas de su convivencia.²²⁸

La relación entre gobernanza y democracia deliberativa la expone Hábermas en el sentido centrarse en alcanzar soluciones justas a partir de la discusión colectiva de la moral (entendida desde el reconocimiento de derechos individuales); superando el autointerés para darle espacio al diálogo que construye una democracia imparcial, partiendo de un proceso informal de discusión que enriquezca la toma de decisiones, pero que logre un procedimiento institucionalizado.

Esto quiere decir que se requiere el reconocimiento de contextos sociales y un diseño institucional que refleje diferentes grados de satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos. Sera sobre este parámetro que se proyecte una valoración de los mecanismos de participación propuestos por la presente tesis.

228 Villanueva, L. F. A. (2015). Gobernanza y gestión pública. Fondo de cultura Económica. Pág. 66

Por tanto la tesis de democracia deliberativa consiste según Hábermas²²⁹ (1992), en la profundización democrática contemporánea, o tercera ola de democratización, se fundamenta en la auto comprensión procedimental de la democracia constitucional a través de la deliberación, es decir, la posibilidad de llegar a consensos y buenas decisiones a través de procesos deliberativos en la esfera pública, algo que lleva a la definición de aquello que es público y la identificación de la soberanía que después se ejercerá en la esfera política a través de los representantes políticos

Esto permitirá definir el rumbo de sus sociedades que lograrían organizarse para realizar los objetivos generales enmarcados en el bien común, traducido en la capacidad de visualizarse como un todo, como una nación, un país que ha decidido caminar hacia el bienestar de toda su ciudadanía, en un propósito común y colectivo.

Este tipo de visión es una determinación y decisión de país, que, en el caso colombiano, no ha tenido la capacidad ni la voluntad de implementar, debido en parte a la prolongación del conflicto armado y la falta de resolución de sus causas, ocasionando un fraccionamiento y polarización que no permite emprender dicho camino en una misma dirección.

Sin embargo, ya no se trata únicamente de las voluntades políticas de los gobiernos, también de los compromisos que vamos adquiriendo como país a nivel internacional, como lo ha retratado el derecho internacional de los derechos humanos y las implicaciones que tiene ser miembro de la OCDE, quienes han hecho un minucioso seguimiento sobre temas pendientes para el logro del desarrollo social, económico y de bienestar en el país.

Destaco los estudios ²³⁰ que tienen que ver con gobernanza e integridad, en el reconoce que el control interno y auditoría en la función pública son importantes para la lucha contra la corrupción, también son importantes para mayor rendición de cuentas, mejor gestión y efectividad, donde tiene un papel preponderante el Departamento Administrativo de Función Pública (DAFP), a partir del reconocimiento del riesgo, para consolidar un entorno de control frente al fraude o la corrupción. Colombia hizo un esfuerzo legislativo con el estatuto anticorrupción, en virtud de la ley 1474, que comenzó a implementarse con la identificación

229 Habermas, J. (1992). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. Debats, 39, 18-21.

230 Se puede consultar: Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia, Invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia_9789264278646-es. Pág. 118.

de riesgos de corrupción, promovido por la Secretaría de Transparencia (ST), sin embargo, el estudio de la OCDE refleja varias inconsistencias que deben superarse para obtener mejores resultados en favor de la transparencia y la integridad de la función pública.

Uno de ellos es que ya existe un Modelo Estándar de Control interno que analiza o identifica los riesgos institucionales pero que no ha integrado la gestión de riesgos de corrupción,²³¹ en el Modelo Estándar de Control Interno (MECI); igualmente hace énfasis en que debe existir una conciencia por parte de servidores públicos que reconozcan que la corrupción y las violaciones de la integridad son una amenaza para el entorno de control interno²³², y esto tiene que ver con la construcción de una visión y una cultura de salvaguarda de lo público, que traduce en el bien común, que nos llama a comportamientos revestidos de integridad y transparencia, que no basta con entregar copia de código de ética, por ejemplo, que a su vez redundan en la cualificación y eficacia de prestación de servicios para garantizar derechos de la ciudadanía.

Otro tema significativo de gobernanza y democracia, en que el Estado colombiano ha venido trabajando, es la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea, que consiste en lograr la consolidación en la implementación de políticas diferentes al desempeño institucional, que evite duplicidad de esfuerzos en las entidades; que vaya más allá del manejo de las TIC dentro del Estado, y contribuya a fortalecer iniciativas de transparencia, participación ciudadana, atención al ciudadano, simplificación de trámites, gestión documental, desempeño fiscal, educación, salud y medio ambiente etc.²³³ Esto se ha venido configurando en alguna medida mediante los decretos 1078/2015; 415 de 2016 y el 1499/2017.

En el que nos dos primeros pretende asignar responsabilidades en TIC tanto a entidades territoriales como a demás órganos del Estado, y el tercer decreto, Define un Consejo para la Gestión y el Desempeño institucional, sin embargo, la OCDE advierte de la necesidad de implementar una participación desde una visión de gobernanza proponiendo un ejercicio participativo de coordinación estratégica de alto nivel,²³⁴ que debe involucrar a todas las

231 Ibidem. Pág. 120.

232 Ibidem. Pág. 122.

233 Ibidem. Pág. 11

234 Se puede consultar: Revisión del Gobierno Digital en Colombia: Hacia un Sector Público Impulsado por el Ciudadano. Gobernanza de la transformación digital del sector público colombiano. Pág. 21.

partes interesadas que sean relevantes para tomar decisiones con un enfoque de gobernanza, donde tendrían representación directivos del gobierno nacional y territorial, sector privado, academia y sociedad civil.

Esto es sí es un claro ejemplo de democracia deliberativa y con un enfoque multinivel o multisectorial, que puede desarrollarse de forma más extensiva, pero que evidencia nuevos modelos y dinámicas de participación.

En el mismo sentido recomienda darle mayor valor e importancia la comunicación hacia la ciudadanía, para que se apropie de ella y la apoye para que impulse la estrategia de digitalización mediante una demanda informada.²³⁵ Lo que genera un avance significativo en materia de participación desde el enfoque de gobernanza, que encaja con la visión de democracia deliberativa, que permita superar el hermetismo en el ejercicio del poder, desde los gobiernos, conectando así con la tesis planteada al inicio de este capítulo de como la era digital puede ofrecer mayor participación y emancipación en la ciudadanía de la aldea global, pero que debe crearse las condiciones necesarias desde los gobiernos para que esto suceda y no termine sobrepasados por una emancipación ciudadana de mayor exigencia e inconformidad con las mismas herramientas digitales.

2.7. Democracia, Participación y Acuerdo Final de Paz.

Los acuerdos de paz o el Acuerdo Final de Paz suscritos entre el Gobierno Nacional y la antigua guerrilla de las FARC- EP, suscritos por segunda vez, el 24 de noviembre de 2016, no solo han significado un compromiso internacional como Estado ante el mundo y demás naciones, también parte de su propósito, que estuvo presente también en el proceso constituyente de 1991, es la profundización de la democracia, por tanto hubo un ingente esfuerzo por materializar esa profundización en cada uno de los puntos del acuerdo, a través de la cualificación de la participación ciudadana y política. En este acápite haré referencia a la participación social y ciudadana planteada en los acuerdos, con un enfoque deliberativo, que consulta y registra las necesidades, derechos y visiones de la ciudadanía, especialmente la ciudadanía rural que se ha encontrado históricamente más rezagada y excluida de la participación en general.

²³⁵ Ibidem. Pág. 11.

Por ejemplo, en el punto de reforma rural se propone desde el tema de planeación participativa que, (1) en cada zona priorizada para planes de desarrollo con enfoque territorial (PDET) se elabore de manera participativa un plan de acción para la transformación regional. El plan debe contener las necesidades del territorio y debe ser elaborado con la participación de las comunidades y los Consejos Departamentales y Municipales de Alimentación y Nutrición, con representación del Gobierno y amplia representación de la sociedad y las comunidades.

Sobre el punto de participación política en el tema de planeación, (1) Ampliar la participación ciudadana en la formulación, seguimiento a su ejecución y evaluación de los planes de desarrollo: Adoptar medidas para promover la conformación de CTP (Consejos Territoriales de Planeación) con representación amplia y pluralista que se apoye, entre otros, en redes, alianzas, organizaciones económicas, sociales, culturales, ambientales, educativas y comunitarias existentes; (2) Creación de mecanismos para la interlocución de los CTP con las instancias de aprobación de los planes de desarrollo.

Así mismo, Tomando como base un resumen²³⁶ del Acuerdo Final de Paz de la Corte Constitucional sobre lo aprobado a nivel legislativo y declarado exequible en control constitucional Por ejemplo, el punto uno (1) de reforma rural integral,²³⁷ que propone acceso a la tierra mediante la formalización gratuita para campesinos, indígenas, con vocación agraria sin tierra o con tierra insuficiente, que según la Corte implica, conforme al art. 64 de la Constitución “el Estado garantice en pro de proyectos de vida que generen bienestar otros servicios como educación, vivienda, crédito, y brinde asistencia técnica y especializada en temas productivos, de tal forma que mejoren los ingresos y la calidad de vida de los campesinos colombianos.”

Materializando así una participación de atiende las necesidades de ciudadanía rural, como el derecho a la tierra, el Plan de electrificación rural (PNER)²³⁸; de mejoramiento de vivienda social rural, mediante la construcción de un Plan Nacional de Construcción de

236 Corte Constitucional, Resumen de las Decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz. (2019) CENDOJ, centro de Documentación Judicial del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Alejandro Linares Cantillo.

237 La Corte realizó el control de constitucionalidad del Decreto ley 902 de 2017, “por el cual se adoptan las medidas para facilitar la implementación de la reforma rural integral contemplada en el acuerdo final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y la creación del fondo de tierras”

238 Decreto ley 884 de 2017.

Vivienda Social rural²³⁹; educación para la ruralidad²⁴⁰; la creación de Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) que en conexión con el Plan de Acción para la Transformación Regional (PATR) pretende realizar la planificación y gestión de programas y planes para lograr la Reforma Rural Integral, con participación de las comunidades, con procesos de consulta previa con enfoque de autonomía territorial.²⁴¹

Con relación al punto 2, sobre participación política se aprobó un Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política que tiene como propósito garantizar una cultura de respeto en el ejercicio de la política, creando programas de protección integral dirigido a quienes participan en política de forma minoritaria, organizaciones civiles y defensores de derechos humanos,²⁴² en conexión con el preámbulo y artículo 2 de la Constitución.

También se crea el Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia, que valga decir que ya existía, también producto de los diálogos de paz de los años 90, pero que fue reformado regular la política de paz, reconciliación, convivencia y no estigmatización como una política de Estado, permanente y participativa que trascendiera los períodos gubernamentales. Igualmente, estableció la creación del Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia (CNPRC), como un órgano asesor y consultivo del Gobierno nacional, cuya misión consiste en el logro y mantenimiento de la paz.

Finalmente, otorgó la facultad a los consejos municipales y las asambleas departamentales de crear los consejos territoriales de paz, a iniciativa del respectivo gobernador o alcalde, e igualmente dio la posibilidad a la ciudadanía de acudir a los mecanismos de participación ciudadana para promover su creación²⁴³. Sin embargo, si estatus de consultivo, no le permite una participación que permita trascender las voluntades políticas de los gobiernos de turno y el establecimiento de una política de Estado a favor de la paz, estable y duradera.

239 Decreto ley 890 de 2017.

240 Decretos ley 882 de 2017 y 892 de 2017

241 Decreto ley 893 de 2017.

242 Decreto ley 895 de 2017.

243 Decreto ley 885 de 2017 que modifica la ley 434 de 1998.

También se crea el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes, con el propósito de salvaguardar el derecho de hacer oposición y de declararse independiente al gobierno o la oposición política.²⁴⁴ La Corte destacó el modelo democrático adoptado por la Constitución de 1991 es pluralista y participativo (según lo establecen principalmente sus artículos 1, 2 y 3), por lo que el Estado debe “permitir y favorecer la expresión y difusión de [la] diversidad de creencias con múltiples matices, opiniones y concepciones del mundo”. En ese sentido, explicó que la oposición política es esencial a la democracia colombiana²⁴⁵.

En el marco del punto tres (3) de fin del conflicto, se crea la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad, con una participación de dos representantes de Plataformas de DH, encabezada por el presidente, y los ministros de Defensa, Justicia, Fiscal, Defensor del Pueblo, Procurador y representantes de las Fuerza Pública. Dentro de las funciones está el trabajo intersectorial para implementar el plan que permita dismantelar organizaciones y conductas punibles, que violen los derechos humanos. Una anotación importante es su enfoque de gobernanza y participación deliberativa para el trabajo colaborativo entre Estado y Sociedad²⁴⁶.

Respecto al punto de solución al problema de drogas en el tema de planeación (1) Programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito – PNIS pondrá en marcha un proceso de planeación participativa. Participación de la mujer en la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes integrales de sustitución y desarrollo alternativo; (2) Mecanismos de interlocución directa con las autoridades para construir acuerdos para la erradicación de los cultivos que garanticen control, restauración y protección efectiva en áreas Parques Nacionales Naturales – PNN²⁴⁷.

Sobre el punto de víctimas (1), se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que contribuye a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos

244 Ley 1909 de 2018-

245 Corte Constitucional, Resumen de las Decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz. (2019) CENDOJ, centro de Documentación Judicial del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Alejandro Linares Cantillo. Pág. 45.

246 Ley 154 de 2017 Creación de la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad.

247 Decreto ley 249 de 2017

extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros²⁴⁸.

Igualmente se acuerdan acciones de reparación colectiva con enfoque territorial. Se elaborará un plan de acción de reparación colectiva de manera participativa. (2) Mecanismos de participación en la ejecución de los planes de reparación colectiva con enfoque territorial: La participación de las víctimas y sus organizaciones en conjunto con las autoridades territoriales será la base de los planes de reparación colectiva territorial. Se garantizará la participación de las mujeres en estos espacios de participación. En esencia el enfoque de participación se abre para las personas de la sociedad colombiana que han padecido la guerra, generando garantías para los derechos de las víctimas a nivel jurídico creando así la Jurisdicción Especial para la Paz que juzga delitos en el marco del conflicto armado y desde un enfoque de Justicia Transicional; y mecanismos no judiciales como la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas²⁴⁹.

Visto como una ventaja para el derecho a la participación en este nuevo escenario, en cada punto del acuerdo de paz, se hizo una clasificación sobre los temas que trata de resolver asuntos aún pendientes en ámbitos como la planeación territorial, presupuestos participativos, control social, reconciliación y arquitectura institucional que permita la materialización y las condiciones necesarias para el fortalecimiento del derecho de participación.

Lo que evidencia que, en efecto se están creando nuevos escenarios, relacionados con la terminación del conflicto armado, porque el diseño institucional del 91 fue insuficiente, o por decirlo de otra manera, no logró la superación de la guerra y el paso hacia un estado de transición y reconciliación nacional, que transformara las causas estructurales que dieron origen a décadas de confrontación armada que buena parte tienen que ver con exclusión social, política e institucional.

248 Corte Constitucional, Resumen de las Decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz. (2019) CENDOJ, centro de Documentación Judicial del Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Alejandro Linares Cantillo. Pág. 78.

249 Ibidem.

Sin embargo, este escenario requiere de condiciones básicas y necesarias para su aplicación e implementación. Una de ellas es llevar a feliz término toda la gestión legislativa que esto amerita y que en parte logró consolidar con la figura de refrendación fast track, ante el Congreso de la República²⁵⁰, también el seguimiento de la aplicabilidad de la norma en donde el ejecutivo entra a jugar un papel sustancial, demandado de ésto voluntad política.

Cabe mencionar que el gobierno actual representa la postura del “no” en el plebiscito que pretendió refrendar los acuerdos de paz para lograr su implementación, como mecanismo para darle fin a la confrontación armada. Hoy estamos abocados a la reactivación de la guerra con la otra insurgencia por la suspensión de la mesa de negociación que se había establecido entre el Gobierno saliente y el Ejército de Liberación Nacional (ELN); lo que se vislumbra como un desafío enorme, ya que la polarización y el ambiente político y social se ha venido agudizando, evitando avances sustanciales en esta materia, que evite un nuevo ciclo de violencia que en efecto ya está afectando la participación y la democracia.

2.8. Implementación de nuevos escenarios y tendencias de participación en Colombia. (Escenarios implementados de leyes soft Law en Colombia).

Los antecedentes de los principios primero y segundo del Global Compact se hallan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los cuales fueron recogidos en la Constitución colombiana de 1991 y comprenden los llamados *derechos de la primera generación* o *derechos fundamentales* que cuentan con protección especial del Estado, por medio de mecanismos preferentes y sumarios, como la acción de tutela y la acción de cumplimiento.

El artículo 93 constitucional establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción²⁵¹.

250 Luego de la consulta a la ciudadanía sobre la aprobación y refrendación de los acuerdos de paz, suscritos en la Habana, entre el Gobierno Nacional y el grupo insurgente de las FARC- EP, por medio del plebiscito, los resultados fueron a favor del “NO” en un porcentaje muy bajo. Por tanto, la forma que diseñaron desde el ejecutivo y el Congreso fue agilizar la refrendación de los acuerdos por vía legislativa con menos debates de los previstos en la ley, dicha figura se le denominó Fast Track y fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

251 Ibarra Padilla, A. M. (2014). Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista de derecho, (41)

Igualmente, A parte de lo anterior, Colombia asumió el compromiso unilateral de realizar informes periódicos sobre los avances en el seguimiento a los compromisos voluntarios y recomendaciones aceptadas en el marco del Examen Periódico Universal. Este documento recoge el trabajo de diferentes entidades estatales que trabajan en el tema de derechos humanos contiene los compromisos voluntarios y las recomendaciones aceptadas en siete capítulos²⁵².

En Colombia, se ha implementado la Red de Pacto Global que suma 500 organizaciones tras 11 años de constitución y ha realizado 150 eventos que han contado con más de 7.400 participantes desde 2009. Además, ha sido reconocida como una de las 10 redes más relevantes en el mundo durante tres años consecutivos.

A nivel jurisprudencial, la Corte Constitucional en las sentencias T-348 de 2012, T-824 de 2007 y T-769 de 2009²⁵³, ha establecido de cierta forma que el Estado, en cabeza de las autoridades competentes según la materia, debe encargarse de verificar que se cumplan con todos los requisitos necesarios para evitar que ocurran afectaciones a los derechos humanos de las personas y comunidades que pueden ser impactados por las actividades empresariales²⁵⁴.

En el caso colombiano existe una consagración constitucional del desarrollo sostenible²⁵⁵ y de la participación de las comunidades en la decisión de proyectos que puedan afectarlos²⁵⁶. Estas normas suelen, en la práctica, entrar en conflicto con políticas de desarrollo como la actual política minera, alrededor de la cual es inevitable que haya aversión de las comunidades a la exploración y explotación minera²⁵⁷.

252 Cooperación Internacional, Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos, Derechos civiles y políticos, Derechos económicos sociales y culturales, Poblaciones vulnerables y Justicia

253 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-348 de 2012. (Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 15 de mayo de 2012); Sentencia T-824 de 2007. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, 05 de octubre de 2007); Sentencia T- 769 de 2009. (Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 20 de octubre de 2009).

254 Alfonso Sierra, T., Grueso Castelblanco, L., Prada Rivas, M. & Salinas Abdala, Y., Derechos enterrados comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio, 30 (Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Bogotá D. C, 2011). Pág. 236.

255 Constitución Política de Colombia, Artículo 80.

256 Óp. cit., Artículo 330.

257 Alfonso Sierra, T., Grueso Castelblanco, L., Prada Rivas, M. & Salinas Abdala, Y., Derechos enterrados comunidades étnicas campesinas en Colombia, nueve casos de estudio, 30 (Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Bogotá D. C, 2011). Pág. 238.

En el caso colombiano existen ciertas circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y que van a ser determinantes en el papel que las empresas deben asumir frente a los derechos humanos²⁵⁸.

Colombia es uno de los países con mayor biodiversidad del mundo y cuenta con aproximadamente 102 pueblos indígenas²⁵⁹. Para 2005, el DANE censó a 1 392 623 indígenas y a 4 311 757 afrodescendientes en el territorio nacional²⁶⁰. Si, adicionalmente, consideramos que se trata de un país en conflicto, con un sinnúmero de grupos ilegales y bandas criminales, con una elevada actividad de redes narcotraficantes en todo el territorio, y con un conflicto de generaciones por temas de tierras y violaciones a los derechos humanos, se está frente a un contexto complejo que debe ser considerado por las empresas.

Así, por ejemplo, la primera consideración que debe hacerse es la relacionada con las comunidades indígenas, además de otra serie de comunidades que existen y respecto de las cuales, la Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades, sobre todo, en lo concerniente a su derecho fundamental a la consulta previa²⁶¹. Las empresas cuyas actividades puedan tener algún tipo de repercusión en las dinámicas de vida de estos grupos de población, deben ser muy cuidadosas y generar el menor impacto posible, pero con el apoyo y acompañamiento de un Estado fuerte que otorgue garantías a ambas partes. Las empresas deben saber y conocer que existe una concepción constitucional del desarrollo sostenible, de la protección del medioambiente, entre otras que también les competen²⁶² y que, por ende, exigen que sus actividades y comportamientos se ajusten a estas²⁶³.

258 Ibáñez, P., & Ordoñez, V. (2014). Papel de las empresas y de los estados en la debida diligencia en derechos humanos. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (24), Págs. 219-246.

259 Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC], Pueblos indígenas ¿cuáles son, cuantos y donde se ubican los pueblos indígenas de Colombia? En <http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>

260 Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica, 37 (Autor, Bogotá, 2007). En http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

261 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-348 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 15 de mayo de 2012).

262 Alfonso Sierra et ál., *Ibidem*.

263 Ibáñez, P., & Ordoñez, et. al *Ibidem*.

2.9. Marco Jurídico Colombiano del derecho Soft Law y la RSE.

Según Ibarra Padilla, los primeros antecedentes de RSE en Colombia se hallan a comienzos de siglo XX con el surgimiento de la Fundación Social en 1911 y la conformación de los principales gremios: la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) en 1944, la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco) en 1945, y la Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Industrias (ACOPI) en 1951²⁶⁴. A mediados del siglo XX la iglesia católica colombiana, junto con los gremios y los sindicatos fueron los principales actores sociales en Colombia²⁶⁵ (Gutiérrez et al., 2006, p.20).

Entre 1960 y 1970 crece la participación empresarial en aspectos sociales, en parte debido a que la legislación tributaria estimuló la creación de fundaciones al permitir que las donaciones fuesen objeto de deducción de impuestos. En este período surgen las fundaciones sociales Carvajal, Corona, FES y Mario Santo Domingo, auspiciadas por empresas. Sin embargo, se habla propiamente de RSE en 1987 “cuando algunas empresas muestran en sus informes un “balance social”, utilizando una metodología propuesta por la OIT, y la ANDI en el denominado *Manual de Balance Social*, instrumento para medir y evaluar los resultados de la aplicación de la política social de la empresa²⁶⁶” (Valenzuela, 2005)²⁶⁷.

En el 2002, por iniciativa de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia, el ICONTEC, como Organismo Nacional de Normalización, inició el proceso de creación del documento de normalización de la Responsabilidad Social en Colombia. En 2004 se crea el Comité Colombiano de Responsabilidad Social Empresarial (CCRSE), como herramienta de gestión empresarial que permite evaluar el desempeño de la organización en su gestión social, construir su estrategia de negocio y mejorar su competitividad a través de la construcción de una guía de RSE²⁶⁸ (Correa, 2007, p.98)²⁶⁹.

264 Ibarra Padilla, A. M. (2014). Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista de derecho, (41).

265 Gutiérrez, R., Avella, L. & Villar, R. (2006). Aportes y desafíos de la Responsabilidad

Social Empresarial en Colombia. Bogotá: Corona.

266 Valenzuela, L. F. (2005). Perspectivas de la Responsabilidad Social Empresarial.

Manizales, Colombia: Ed. Gráficas JES.

267 Ibarra Padilla, A. M. (2014), et al Ibidem.

268 Correa, J. (2007). Evolución histórica de los conceptos de Responsabilidad Social Empresarial y Balance Social. Redalyc. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 10 (20), 87-102.

269 Ibarra Padilla, A. M. (2014), et al Ibidem.

En materia de derecho internacional en lo atinente al principio IV del Global Compact, “*Eliminar el trabajo forzoso y obligatorio*”, Colombia ratificó en 1969 el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 de la Organización Mundial del Trabajo y consagró en la Constitución de 1991, artículo 17, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas²⁷⁰.

Sobre el principio V del Pacto Global, “*Abolir cualquier forma de trabajo infantil*”, la Constitución Política acoge los lineamientos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, consagra la protección del menor contra todo tipo de explotación, entre ellas la explotación laboral, y establece además que los Derechos de los niños prevalecen sobre los demás.

En materia legislativa El tema de la RSE se encuentra estrechamente ligado al concepto de desarrollo sostenible contenido en la Ley 99 de 1993 de la siguiente manera: Desarrollo sostenible es aquel que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades. (Ley 99 de 1993, art. 3).

Esta definición integra los aspectos social, económico y ambiental del desarrollo, frente a la satisfacción de las necesidades humanas actuales, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades²⁷¹.

Con respecto al medio ambiente, los derechos ambientales son derechos constitucionales de tercera generación y consecuencia de las convenciones internacionales ambientales, tales como la Ley 99 de 1993 del Medio Ambiente, que recoge los principios contenidos en la Declaración de Río de Janeiro

y la Ley 164 de 1994, mediante la cual se aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992.

La Constitución Política, en su artículo 95, establece como deber de la persona y del ciudadano “(...) 8°. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la

270 Ibidem.

271 Ibidem.

conservación de un ambiente sano”. Asimismo, el artículo 79 establece que “Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica”²⁷².

En materia laboral, la legislación colombiana recoge los principios y normas establecidos en las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo tales como el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (OIT, 1957), Convenio sobre la discriminación (OIT, 1958), Convenio sobre la negociación colectiva (OIT, 1981) y el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (OIT, 1999), así como la Convención de los Derechos del Niño, de la ONU.

Respecto al tema de lucha anticorrupción, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobado mediante la Ley 970 de finalidad es perseguir los actos de corrupción y a sus actores entre los cuales figura el nuevo Estatuto Anticorrupción²⁷³.

En este momento, Colombia viene implementando parte de estos nuevos escenarios, particularmente el de principios rectores que es un tema sobre derechos humanos y empresas, desde la Consejería presidencial de DH²⁷⁴, y que se ha dado, por obligaciones que tiene el Estado Colombiano, para cumplir con los requisitos de membresía dentro de la OCDE. Más adelante haré un análisis sobre la implicación para Colombia ante estos nuevos escenarios y tendencias y los desafíos que enfrenta en su adecuación e implementación y de los demás escenarios anteriormente mencionados.

Dentro de los avances más significativos en materia de principios rectores están la adopción del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas (PNA), el 9 de diciembre de 2015²⁷⁵ como forma de implementar los principios rectores mencionados en páginas anteriores de este capítulo, pero también enmarcado en proceso de paz suscrito entre el Gobierno y las FARC- EP. Cabe destacar que es el primer país no europeo que los acoge. Dicho Plan, en palabras de Paula Gaviria Betancourt Ex Consejera Presidencial “para los

272 Ibidem.

273 Ibidem.

274 http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf

275 <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Paginas/2017.aspx> Pág. 6.

DH, es un instrumento que permitirá atender las nuevas conflictividades que pueden surgir como consecuencia de la intervención de las empresas en el territorio, también se concibe como una herramienta de construcción de paz, en donde las empresas, el Estado y la sociedad civil tienen un papel significativo en el desarrollo sostenible a nivel territorial”.

En el año 2016 se venían trabajando lineamientos de una política sectorial de DDHH en el marco de los principios rectores, especialmente en hidrocarburos, minería y energía; otro avance importante es que 13 de los 33 Planes de Desarrollo Departamental, tiene incluido el componente de Derechos Humanos y Empresa; Se han creado grupos de trabajo con el sector de carbón entre el Viceministerio de Minas, la Agencia Nacional de Minería y presidentes de la Drummond Ltda., el grupo Prodeco de Colombia y Cerrejón Ltda., para implementar un “Piloto de buenas prácticas en derechos humanos con empresas productoras de carbón ubicadas en el Cesar y la Guajira”, para gestionar riesgos y contribuir en la formulación del PNA²⁷⁶.

En el mismo sentido se creó la Comisión Asesora como instancia ad honorem encargada de asesorar el Grupo de Trabajo Interinstitucional y orientar acciones relacionadas con la implementación del PNA, siendo este un mecanismo novedoso porque tiene un perfil de gobernanza desde un enfoque deliberativo y está compuesta con agentes multiactores como representantes de las Organizaciones Indígenas, Afrodescendientes; Confederación de ONGs; Confederación sindical, acompañada por organismos multilaterales. La instalación oficial se fue el 29 de marzo de 2017.²⁷⁷ Lo que evidencia algunos avances en esta materia, al menos en el gobierno anterior, con la expectativa que se siga avanzando en este nuevo gobierno con este énfasis de democracia deliberativa desde una visión de gobernanza.

276 Dentro de esta formulación se viene adelantando parámetros operativos, administrativos jurídicos y tecnológicos para la construcción de un sistema de acceso a remedio no judicial para grupos de interés impactados por operaciones empresariales. Igualmente, La Defensoría del Pueblo mediante la Resolución 1142 de 2016 se creó el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos.

277 <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Paginas/2017.aspx> Pág. 20.

2.9.1. Marco Jurídico de Hard Law

Existen muchas críticas respecto del Soft Law, que trae a colación Cabo, en el sentido de que esa discrecionalidad de las empresas pueden llevar a generar soluciones que no cuentan con la potencialidad requerida por el impacto revertido en problemas sociales y vulneración de derechos humanos o ambientales, que satisfagan a quienes deben ser reparados; también se aduce que falta mayor seguimiento de los compromisos realizados por las empresas en procesos de remediación o de implementación de la RSE y se adolece de mecanismos claros, objetivos y uniformes para evaluar desempeño en materia de RSE²⁷⁸, no por falta de tecnificación sino de imparcialidad e independencia.

Por tanto, existen otras tesis que consideran que las medidas hard Law, pueden ofrecer soluciones con estándares más adecuados, justas, comprensibles y durables y por supuesto más transparentes, con mayor credibilidad que las normas auto regulatorias de las empresas.²⁷⁹

No obstante, se reconoce que aún no existe una ruta de acceso de mecanismos judiciales y no judiciales para proveer una respuesta integral a los conflictos socioambientales derivados de las operaciones de las empresas y que le compete el Ministerio de Justicia y la Defensoría la construcción de este sistema o ruta²⁸⁰.

Si bien es cierto que estos avances de soft Law son significativas, también es considerable como señala Cabo, el marco legal de leyes duras son imprescindibles porque permiten conciliar de mejor manera diferentes intereses en competencia y proteger a los más vulnerables;²⁸¹ igualmente es visto como forma de asegurar que los intereses tanto de países desarrollados, como los países en vías de desarrollo sean tenidos en cuenta en el derecho internacional.

278 Ángel Cabo, N. (2008). La discusión en torno a las soluciones de soft law en materia de responsabilidad social empresarial. Revista de Derecho Privado, (40).

279 KIRTON, John J. TREBILCOCK Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance En: KIRTON, John J. TREBILCOCK. Michael J (Eds): Hard Choices and Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance. Aldershot: Ashgate, 2007. P.2-29.

280 <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Paginas/2017.aspx> Pág. 48.

281 CORE COALITION. Op. Cit p.2. CHRISTINA AID. Behind The Mask: The Real Face of Corporate Social Responsibility 2, 5, 50 (1-65). Consultado en agosto de 2008 en: <http://www.globalpolicy.org/socecon/tncs/2004/0121mask.pdf>.

También se argumenta que los regímenes jurídicos hacen hincapié en principios de rendición de cuentas y de resarcimiento (indemnización, restitución y rehabilitación por el daño causado), generan decisiones justas y coherentes para todas las partes.²⁸²

Conclusiones.

La reflexión que queda para este capítulo es que, existen nuevas tendencias y escenarios a nivel mundial que se avocan a seguir una política de democracia deliberativa y de gobernanza, como forma de superar desafíos por los que está pasando el planeta en sus sistemas, instituciones, medio ambiente, consumo excesivo, democracias emergentes etc., en que Colombia, está abocado a actualizarse tanto en análisis y proyecciones, como también por la forma en que avance en compromisos y voluntad política para finalizar el conflicto armado; desde el marco de convenios y tratados internacionales, con mecanismos judiciales y no judiciales de participación internacional, o por recomendaciones de organismos multilaterales con los que hemos adquirido compromisos y por supuesto por lo avanzado en la implementación del Acuerdo Final de Paz.

Por tanto, no cabe duda de que los distintos escenarios en el plano internacional de los derechos humanos han cualificado sustancialmente las democracias de las naciones, revistiéndola de mayores herramientas para lograr una participación ciudadana con mayor incidencia.

Todo esto amerita una capacidad de gobernabilidad y gobernanza, para posicionar a Colombia dentro de los estándares internacionales, así como de muchas voluntades de los poderes estatales para emprender un camino de desarrollo sostenible, y bienestar global que supere las brechas económicas y sociales, y permita mejores condiciones para el fortalecimiento de la democracia.

Es así que logra conectar desde una visión modular, los desafíos actuales por los que está pasando Colombia, que se abordarán en el III capítulo, con la pretensión de tener un

282 NWEETE, Bede. Corporate Social Responsibility and Transparency in the Development of Energy and Mining Projects in Emerging Markets: Is Soft Law the Answer. German Law Journal Vol. 8 No. 4 311-340 (2007) Op. Cit. P 313.

panorama completo sobre la democracia, ante los nuevos retos de democracia, gobernabilidad, gobernanza, recursos naturales y cambio climático, en relación con las nuevas tendencias y escenarios, descritos y analizados; permitiendo así, proyectar la magnitud de la brecha en que nos encontramos como País, y las condiciones que debemos crear y mantener, ya no solo para fortalecer las democracias, sino garantizar la existencia de los recursos, el respeto de derechos en pro de una vida digna para las presentes y futuras generaciones.

Capítulo III

Este capítulo explora los diferentes desafíos del modelo democrático colombiano, condensados en 5 factores. A su vez reconoce fundamentos constitucionales que permitirían la implementación del modelo deliberativo en nuestro país y finaliza con derecho comparado de Chile y Argentina.

3. Colombia en su trasegar por la Democracia.

Luego de registrar y analizar la trayectoria de nuestro sistema democrático, y de cotejar con los nuevos escenarios y tendencias, este capítulo realiza una valoración sobre los desafíos que tendría que superar el Estado colombiano, para generar condiciones esenciales que permitan integrar dentro de su sistema democrático, dichas tendencias y escenarios con enfoque deliberativo; lo que podría significar la profundización de la democracia, a partir del fortalecimiento del derecho fundamental de participación, de forma cualificada y acorde con las demandas y realidades que hoy experimenta la sociedad global y nacional; permitiendo resignificar el papel del Estado desde una visión colaborativa de bienestar, bien común y gobernanza.

En esa trayectoria, se plantean avances constitucionales que en materia de democracia deliberativa existen en Colombia, para continuar con la propuesta de algunas fórmulas que podrían aportar en superación de políticas cíclicas y sistémicas, que afectan la implementación de estas nuevas tendencias y escenarios, en lo que tiene que ver con el derecho fundamental de participación.

Para ello se tendrá en cuenta el marco constitucional, jurisprudencial y legal que sintonicen mecanismos que posibiliten la integración de la democracia deliberativa, que de por sí cuentan con bases legales ya instauradas y podrían ser complementarias. Al final se presentan algunos ejemplos enmarcados en el derecho comparado.

Con mucha razón plantea Segado²⁸³ “La comprensión plena de normas e instituciones, dirá Burdeau, abundando más en estas ideas²⁸⁴ solo puede lograrse si se examina su razón de ser práctica, su significación social y humana, es decir, aquellos lazos diversos y misteriosos que los unen a una mentalidad, a un modo de vida, un tipo de cultura, a un estado social” (...).

Se requerirá de suficiente voluntad política para superar los desafíos, no solo por obligaciones y compromisos con los organismos multilaterales, sino porque hay un interés auténtico de superar la disyuntiva, Estado vs. Sociedad, que fortalezca la legitimidad y credibilidad en un estado social de derecho.

3.1. Los desafíos sistémicos e institucionales en nuestro modelo democrático.

Como bien se mencionó en el capítulo I, Colombia tuvo un antes y un después, un cambio de paradigma del sistema democrático probado en el cotejo de la constitución de 1886 y la de 1991, donde en efecto hubo un cambio sustancial a nivel jurídico, político, institucional y social, que logró avances significativos en nuestra democracia colombiana y el derecho de participación.

Sin embargo, persisten factores que están debilitando la participación y por ende el poder de incidencia y de decisión del constituyente primario, que se pretenden evidenciar en lógica de reconocer que tendrían que superarse en algún grado para generar condiciones esenciales ante una eventual implementación de nuevas tendencias y escenarios de participación con enfoque deliberativo. De hecho, podría suceder también que la propia implementación de estas nuevas tendencias se convierta en una oportunidad de superación de paradigmas, no sin antes advertir que puede darse de forma disruptiva.

Haciendo claridad que posiblemente no sean los únicos factores, se logró identificar cinco de ellos. El primer factor tiene que ver con dinámicas institucionales e infraestructura normativa en las diferentes formas de participación, tales como los mecanismos de participación ciudadana y varios procesos de reforma constitucional y normativa, que han

283 Segado, F. F. (1992). La dimensión axiológica del Derecho constitucional. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, (1), 15-39.

284 Georges Burdeau: “Traité de Science Politique”, tomo I, 2ª. Ed., pág. 4 cit. Por Joaquín Tomas Villarroya: “el jurista ante la nueva Ciencia Política”, en el colectivo estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro”, Valencia 1974 págs. 4.37 y sigs.; en concreto pág. 433.

pretendido su debilitamiento. Un análisis sobre casos o ejemplos concretos, así demuestran una contrarreforma en detrimento de la participación y sus mecanismos.

Un segundo factor tiene que ver con la presencia de conflicto de intereses que se profundizan por las dinámicas entre derechos y necesidades de la sociedad, respecto de los intereses macroeconómicos y políticos del Estado, particularmente del Gobierno y el sector privado con intereses en economías que estaría afectando derechos. Dichos intereses se traslapan y reflejan desequilibrios en la interacción de la institucionalidad con la ciudadanía base y comunitaria, generar consecuentemente una respuesta de contención y coacción ante las demandas de la ciudadanía relacionadas con sus derechos, necesidades versus intereses económicos, irresolutas en esa relación tripartita.

Un tercer factor tiene que ver con la falta de superación del conflicto armado. Si bien el país entró en una etapa de transición y de finalización del conflicto, actualmente corre el riesgo de no ser implementado el Acuerdo Final de Paz, por el arrastre de la disputa histórica, que en buena parte dio origen al conflicto armado y que hoy se materializa en la propia oposición ejercida desde el Gobierno Nacional en turno, a pesar de ser un compromiso internacional, constitucional y legal.

Dicho conflicto evidencia a todas luces las afectaciones del derecho fundamental de participación a causa de la guerra, especialmente en lo que toca con el tema de garantías, desarrollo de ciudadanía y prioridad presupuestal, para ejercer el derecho de manera libre, voluntaria y segura.

Un cuarto factor hace referencia a la tensión entre la autonomía territorial con el principio de unidad nacional que se mantienen desde vieja data debido a la crisis institucional, de violencia, corrupción y ausencia estatal que no logró atender las necesidades sociales, económicas y administrativas en los municipios y la ruralidad, a pesar de que la Constitución de 1991, pretendió generar una mayor participación e inclusión a los entes territoriales, mediante la aplicación del principio de descentralización y autonomía territorial, muchas de las debilidades aún prevalecen y se evidencia una mayor tensión entre una visión centralizada del Estado respecto de la autonomía territorial, donde los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, parecen insuficientes para tramitar dicha tensión.

Finalmente, un quinto factor tiene que ver con las falencias en la promulgación de la democracia desde visiones y prácticas culturales y de formación pedagógica, por la falta de una propuesta estructural de formación, educación y pedagogía ciudadana para la participación en ámbitos académicos y escolares, que hagan de la democracia y la participación una cultura de ciudadanía integral y de praxis soberana, social y cotidiana. Estos factores serán desarrollados de manera más analítica en lo que sigue.

A. Primer factor: Las dinámicas institucionales del Estado frente al derecho de participación.

Desde 1991 hasta nuestros días ha habido un impulso legislativo que ha intentado debilitar la participación ciudadana, en contravía de la aspiración constitucional, ya que la expectativa del constituyente del 91 era fortalecer el modelo democrático, como forma de brindar cierta estabilidad, ante la violencia y la guerra que no han permitido el impulso democrático en el país; utilizando mecanismos como la ampliación de la participación política y social, la transversalidad del marco de derechos humanos y la legitimidad del poder del Estado ante la ciudadanía. Pero que no cumplió con esta proyección o aspiración constitucional ya que terminó siendo más amplio de lo que realmente se legisló y reglamentó en este ámbito, una participación limitada, inocua y de poca incidencia ante las decisiones públicas que afectan comunidades, ecosistemas y derechos.

La solución no fue la proliferación de leyes y decretos que además cuenta con un seguimiento precario frente a su implementación, que establecieron espacios “formales” de participación, poco incidentes para el abordaje de conflictividades sociales ocasionadas por la ausencia estatal, por los intereses encontrados entre la nación y sus territorios o intereses de un segmento de ciudadanía privada y empresarial, respecto a necesidades y derechos de comunidades y ciudadanía base o popular, legislando con pleno desconocimiento de dichas tensiones que en parte han dado origen a un conflicto interno prolongado.

En tratándose de los mecanismos de participación directa, (MDD) se considera como un avance significativo para el sistema democrático, en contraste con la Constitución de 1886, sin embargo, a pesar de la multiplicidad de espacios de participación, no necesariamente se podría afirmar que se están generando amplios beneficios que se debieran producir para una sociedad, que indiquen el fortalecimiento de la democracia.

Si bien es cierto, hubo un auge de participación que se vivió a principios de los años noventa, se ha venido perdiendo interés por parte de sectores de la sociedad reclamante de derechos, quienes manifiestan inconformidad, desmotivación, apatía, frustraciones y poca credibilidad porque no han encontrado soluciones o respuestas a sus necesidades en el momento de tratar de ejercer este derecho, y de otra parte hay un sector más amplio y denso de la sociedad que se encuentra poco informado sobre la manera en que hace uso de este derecho.

Como menciona Acuña²⁸⁵ lo que se genera es la atomización en la actuación de los actores sociales o la ciudadanía, evitando tener una visión conjunta del municipio, localidad y de forma más ambigua la nación, donde las autoridades responsables no han logrado orientar, monitorear y hacer seguimiento al desarrollo de las políticas públicas de participación ciudadana, muchas veces por restricciones legislación como sucede con los tiempos de participación en los planes de desarrollo; o por incapacidad y falta de regulación nacional sistémica; pero también por valores antidemocráticos marcados en la institucionalidad y en el ámbito de lo público, como el clientelismo, el caudillismo y la corrupción.

La burocratización y restringidos procedimientos de los mecanismos de participación son evidentes, por ejemplo, en el referendo,²⁸⁶ tiene una traba en cuanto a su convocatoria porque lo puede convocar un grupo de ciudadanos que represente el 5% del censo electoral. Es decir que si actualmente el censo electoral fuese de 34 millones (es el censo a 2015) por tanto tendría que organizarse 1.700.000 personas para lograr presentar un referendo por iniciativa popular o ciudadana. Lo que tiene costos y demanda tiempos que no son subvencionados o garantizados por el Estado; La mayoría de los mecanismos restringen la convocatoria desde la ciudadanía, porque siempre debe ser convocada por autoridades territoriales o nacionales.

Con la reforma legislativa de la ley 1757 de 2015 el referendo permite la convocatoria de la ciudadanía con el respaldo del censo electoral de 5% vigente a la inscripción de la

285 Thomas Acuña, E. (2008). Colombia: entre la crisis de la representatividad y la democracia directa. *c2d Working Papers Series*, (16). Pág. 13.

286 Es un procedimiento y un recurso para que el pueblo o ciudadanía refrende, autorice, corrobore, certifique o respalde un texto normativo, ya sea una ley, un acto legislativo, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, en alguna de sus partes o en su integridad que se pretende aprobar. También puede ser para derogarlo, es decir para anular una norma ya aprobada.

iniciativa a nivel nacional, porque a nivel territorial requiere de un respaldo del 10% del censo electoral; pero aun así la carga en el ejercicio de dichos mecanismos está del lado de la ciudadanía que no cuenta con recursos para llevarlos a la práctica, siendo este un ejercicio soberado de la defensa de lo público. Conclusión no hay acceso a fondos que son pagados por la ciudadanía al Estado para participar de forma garante en los mecanismos que de por sí tiene un alto grado de requisitos y exigencias.

Lo que hace que estos mecanismos dependan de la iniciativa y voluntad de las autoridades locales y municipales, que incluso como pasa en el cabildo abierto, solo tienen un perfil meramente informativo pues no se pueden presentar proyectos de ordenanza, acuerdo o cualquier otro acto administrativo ni tomar decisión sobre algún asunto de ordenamiento territorial.

La revocatoria al mandato que aplica únicamente para alcaldes y Gobernadores, que en la reforma legislativa se disminuyó el porcentaje de apoyo ciudadano del 40% pasó al 30%, de votos objetivos por el elegido, por ejemplo, si el alcalde sacó un millón de votos, la iniciativa de revocatoria debe contar como requisito con 300 mil firmas para inscribir el mecanismo.

El mecanismo que más se ha venido utilizando es la consulta popular, y especialmente se ha convocado en temas de ordenamiento territorial sobre el uso del suelo, debido a la destinación extractiva que se está expandiendo por el país por parte de grandes corporaciones y en consonancia con las políticas macroeconómicas del gobierno de seguir manteniendo y profundizando la economía extractiva.

En general no hay mecanismo que se escape de la lista de requisitos²⁸⁷ adicionales que deben cumplir, como particularmente en los mecanismos de iniciativa popular, lo que

287 para aplicar a su aprobación como conformación de comité promotor; designación de vocerías; registro de propuesta y allí mismo, inscripción ante la Registraduría Nacional en formulario diseñado; recolección de firmas ciudadanas según formulario establecido con un plazo no mayor de 6 meses; presentación de formularios debidamente diligenciados. La Registraduría verifica su diligenciamiento en un plazo de 45 días y vencido el plazo de los 6 meses, se archiva sino se recolectan todas las firmas; entrega de los estados contables de la campaña, que valga decir no es financiada por el Estado, pero la Registraduría fija las sumas máximas que se puedan destinar; El respectivo registrador del Estado Civil certificará el número total de respaldos consignados; además hay un trámite de la solicitud de la iniciativa ciudadana a la corporación pública respectiva; asimismo existe una revisión previa de constitucionalidad y finalmente cuando se quiera hacer campaña a favor o en contra los interesados deben notificar su intención ante el Consejo Nacional Electoral en un término no superior a los 15 días.

definitivamente hace muy engorrosa la participación por iniciativa ciudadana, pero que sean las cifras las que evidencien esta afirmación, en el histórico de mecanismos tenemos los siguientes datos, que demuestran el poco uso de los mismos:

Consultas populares: desde 1991 hasta 2009 se han solicitado solo 17 consultas populares, y de las 17 solo 4 procedieron²⁸⁸ y cumplieron con todos los requisitos; lo que evidencia que no es un mecanismo habitual, ya que durante 18 años no se ha alcanzado a hacer una consulta por año, teniendo en cuenta que en Colombia existen 1122 municipios de los cuales solo han solicitado 15 municipios la consulta. No obstante, han aumentado desde el año 2013 las consultas populares, a raíz de la necesidad de tomar en cuenta la participación de zonas donde se prevén proyectos extractivos de alto impacto para las comunidades, por tanto, esta ciudadanía y sus autoridades locales, han visto como alternativa el uso de este mecanismo, que ha sido efectivo al punto que ya se ha venido impulsando excluir de las consultas populares el tema del uso del suelo. Asunto que se abordará más adelante.

- La revocatoria al mandato: si bien es un mecanismo más solicitado por la ciudadanía, desde 1996 hasta el año 2010 se han presentado 78 propuestas de revocatoria y ninguna ha prosperado. Durante el año 2013 se presentaron 36 solicitudes de revocatoria, lo que evidencia el aumento en el descontento social contra alcaldes y gobernadores, pero de esas 36 solicitudes solo fueron aprobadas 2, que se encuentran en apelación.²⁸⁹

- Respecto al referendo se han presentado 9 propuestas desde 1991 hasta el 2013, en el que solo se implementó el referendo de reelección presidencial en el año 2008²⁹⁰, en el periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez y quien efectivamente fue reelegido por dos periodos, pero que no logró volver a ser reelegido en esta propuesta de referendo.

- El plebiscito, solo faculta en la convocatoria al presidente, el único plebiscito que ha tenido el país, después de 1991, ha sido el plebiscito de 2016 para consultar a la ciudadanía sobre la aprobación de los acuerdos de paz. Pero no es un mecanismo que se haya utilizado de manera frecuente.

288 <http://www.registraduria.gov.co/Historico-de-consultas-populares.html>.

289 <http://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato,394-.html>

290 <http://www.registraduria.gov.co/-Historico-de-referendos-.html>

Cabe resaltar que, a partir del año 2013 se aumentó considerablemente la participación en las consultas populares, revocatorias y cabildos abiertos registrando así 128 solicitudes para poner en marcha los diferentes mecanismos de participación ciudadana, de las 128 solicitudes de mecanismos de participación ciudadana, 89 corresponden a cabildos abiertos, 34 a revocatorias de mandato, 3 a referendos y a 31 consultas populares (entre el 2000 y 2014),²⁹¹ aún sigue siendo minoritario el número de mecanismos que prosperan, pero cada vez más, hay una ciudadanía más consciente de los mismos.

Respecto al relacionamiento (Ejecutivo- Sociedad Civil) en espacios de interlocución y participación legalmente establecidos, liderados por el Ministerio del Interior, no han logrado avanzar en las mesas de concertación con sectores ampliamente representativos de la sociedad, tales como la Cumbre Nacional Agraria, y mesas de concertación locales y regionales, todas ellas se encuentran en una fase de suspensión por la falta de cumplimiento por parte del Gobierno²⁹²; y mientras tienen lugar estas líneas se han desarrollado sendas movilizaciones, por parte del sector indígena por la falta de cumplimiento en lo que respecta a las consultas previas en el marco de los acuerdos de paz²⁹³; paro en Buenaventura porque que el Gobierno no ha tratado la emergencia social y económica en que se encuentra y a la

291 <https://wsr.registraduria.gov.co/-Historico-Consultas-populares-.html>

292 La Mesa Única Nacional constituye el espacio donde convergen exigencias de procesos agrarios y populares que desde 2013 adelantan movilizaciones y protestas, representadas en un pliego único de negociación que fue suspendida “por los continuos hechos de dilación, jurídica, económica y la falta de voluntad política (del Gobierno) para cumplir los acuerdos firmados desde el año 2014 en el marco del decreto 870 de 2014 y ratificado en las diferentes jornadas de movilización y la última Minga Nacional Agraria en Santander de Quilichao”, anuncia la Cumbre Agraria.

En el comunicado también denuncian violaciones a los Derechos Humanos y asesinatos selectivos en los territorios, así como la política gubernamental que va en contravía de la justicia social que garantizaría la paz en Colombia. <http://radiomacondo.fm/2016/10/21/incumplimiento-cumbre-agraria-suspende-negociacion-gobierno/>

293 Apartes de su declaración en movilización desde Jamundí hasta Cali, para realizar una audiencia pública, con la participación de más de 10 mil indígenas, afros y campesinos: “ denunciamos: 1. La violación sistemática a los Derechos Humanos, espacios de vida, DIH y los DESCAs. Asesinatos selectivos, desplazamientos, desalojos, amenazas, derecho consulta previa y propiedad tradicional ancestral del Territorio (espectro electromagnético, suelo, subsuelo), etc.

2. Defensa de los territorios frente a la implementación de la política minero-energética (minería legal e ilegal, exploración y explotación de hidrocarburos, construcción de represas, megaproyectos, entre otros).

3. La amenaza Paramilitar en los territorios del sur occidente colombiano y el resto del país. Hoy más que nunca arrecian su accionar.

4. Incumplimientos de todos los acuerdos por parte del Gobierno Nacional con los Pueblos Indígenas, comunidades negras, campesinas, sindicales y demás organizaciones sociales.

5. La defensa de los bienes públicos y comunitarios.” <http://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/1863-mas-de-10-mil-indigenas-avivan-la-minga-hacia-audiencia-publica-en-cali>

que se comprometió resolver;²⁹⁴ paro en Chocó por la crisis humanitaria y social y otro sin número de situaciones de derechos humanos²⁹⁵; paro del Magisterio de educación por falta de cumplimiento en lo acordado con el Ministerio de Educación en sus nivelaciones salariales y otros asuntos relacionados con el derecho de educación²⁹⁶. Todos ellos, sin salidas estratégicas para atender las demandas de la ciudadanía territoriales y nacionales que se han expresado mediante otra forma de participación popular que es la protesta y movilización social, también reconocida en la Constitución política,²⁹⁷ y que son repelidas mediante la fuerza, cayendo en el mismo esquema de dilación, contención y coacción del Estado ante las conflictividades producidas por acción u omisión de este.

El impacto reducido de la participación ciudadana en la adopción de políticas públicas y su delimitación a universos de decisiones poco o nada incidentes tienen que ver con el diseño de las instancias, en las respectivas normas que las regulan. También se relacionan con el sentido que le asignan la ciudadanía y, en particular, los agentes participativos a las distintas vías, así como con la actitud de los funcionarios o/y agentes políticos frente a la participación²⁹⁸.

La ausencia de soluciones legislativas que profundizaran de forma idónea la democracia, generó en Colombia mutaciones constitucionales²⁹⁹ ya que realmente han sido los jueces

294 <http://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-todavia-existe-el-racismo-buenaventura-colombia/526859>; <http://www.elpais.com.co/valle/como-avanza-el-paro-civico-en-buenaventura.html>; <https://www.kienyke.com/historias/por-que-buenaventura-esta-en-paro>.

295 <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/paro-civico-en-choco-y-2017-86500>

296 http://www.fecode.edu.co/images/comunicados/2017/TIEMPO_FECODE_MAYO_28.pdf.

297 Artículos: 37, 56 de la Constitución política y la sentencia C 179 de 1994 quien afirma “(...) El derecho de reunión que se encuentra consagrado en el artículo 37 de la Ley Suprema, según lo ha dicho esta Corporación, “ha sido concebido como una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos y otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta”

298 Ibidem.

299 Como se observa, las mutaciones constitucionales nacen como un medio para cambiar las Constituciones, sin necesidad de modificar el texto de sus disposiciones.¹⁰ Como suele suceder en el derecho –y en particular en el derecho constitucional–, hay varias definiciones y conceptos sobre las mutaciones constitucionales que se podrían sintetizar en tres: (i) la perspectiva –que se podría denominar sociológica–, de acuerdo con la cual una mutación “se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por el otro”,¹¹ (ii) por otra parte y desde una perspectiva objetiva, Konrad Hesse expresa que “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”,¹² y (iii) la definición más acertada –además de que fue la primera en el tiempo– es la que ofrece Georg Jellinek: es la “modificación que deja

indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”

299 . En algunos de esos eventos, la intervención de la Corte es tanto constitucional como democrática (al menos, en el sentido sustancial ya visto), debido a que en gran parte sus intervenciones que han modificado el texto constitucional (i) han creado o han ampliado derechos para grupos tradicionalmente excluidos (desplazados, presos, etc.), (ii) han respetado el principio de pluralismo y de igualdad etc.

constitucionales quienes, han profundizado y regulado las dinámicas y asuntos referentes a los derechos, que incluye el de participación, por falencias en el legislador, como así lo afirma (Vicente, 2011) donde las mutaciones constitucionales jurisprudenciales fueron ampliando derechos y protegiendo minorías o grupos excluidos con la intención de ampliar la democracia³⁰⁰.

En este mismo sentido (Uprimny R., 2004) plantea que, como consecuencia del desencanto de los colombianos frente a la política, ha hecho que ciertos sectores exijan del poder judicial respuestas³⁰¹ a problemas que en principio deberían ser debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas y desde el ejecutivo; sin embargo, esto no ha sucedido. Escenario que hoy han cambiado porque incluso las altas cortes, han virado las líneas jurisprudenciales en detrimento del derecho fundamental de participación, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, el asunto se complejiza aún más no solo por todas las limitaciones y precarización sistémica del modelo democrático que acabo de mencionar, en el que no se terminó de configurar el sistema democrático desde el ámbito legislativo; por el contrario, se ha intentado desnaturalizar la esencia del sistema democrático con las contrarreformas legislativas, al punto que la Corte Constitucional, desde su línea jurisprudencial, ha tenido que frenar en muchas ocasiones proyectos legislativos que ponía en riesgo los principios

299 Así lo explica Esteban Restrepo en artículo para el Seminario en Latinoamérica en Teoría Constitucional y Política: Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia; que si bien “La Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ciertamente no han producido la pacificación definitiva de Colombia ni han acabado con la pobreza y los demás males que históricamente han afectado al país. Sin embargo, los valores, principios y derechos constitucionales se han infiltrado en la vida cotidiana de los colombianos produciendo transformaciones más silenciosas y sutiles que, en mi opinión, han sentado las bases para la formación de procesos de emancipación social y de movilización colectiva que, en el tiempo, pueden impulsar las grandes transformaciones sociales y políticas que Colombia tanto anhela. Por lo pronto, el fortalecimiento de la sociedad civil que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiende a producir a través de la constitucionalización de la vida cotidiana, es un paso decisivo en el establecimiento de un terreno propicio para la construcción de una paz duradera y de la convivencia pacífica entre los colombianos”.

300 . En algunos de esos eventos, la intervención de la Corte es tanto constitucional como democrática (al menos, en el sentido sustancial ya visto), debido a que en gran parte sus intervenciones que han modificado el texto constitucional (i) han creado o han ampliado derechos para grupos tradicionalmente excluidos (desplazados, presos, etc.), (ii) han respetado el principio de pluralismo y de igualdad etc.

301 Así lo explica Esteban Restrepo en artículo para el Seminario en Latinoamérica en Teoría Constitucional y Política: Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia; que si bien “La Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ciertamente no han producido la pacificación definitiva de Colombia ni han acabado con la pobreza y los demás males que históricamente han afectado al país. Sin embargo, los valores, principios y derechos constitucionales se han infiltrado en la vida cotidiana de los colombianos produciendo transformaciones más silenciosas y sutiles que, en mi opinión, han sentado las bases para la formación de procesos de emancipación social y de movilización colectiva que, en el tiempo, pueden impulsar las grandes transformaciones sociales y políticas que Colombia tanto anhela. Por lo pronto, el fortalecimiento de la sociedad civil que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiende a producir a través de la constitucionalización de la vida cotidiana, es un paso decisivo en el establecimiento de un terreno propicio para la construcción de una paz duradera y de la convivencia pacífica entre los colombianos”.

democráticos esenciales. Lo que podría estar afectando las condiciones necesarias para proyectar la integración de la democracia deliberativa.

Sin embargo, algo insospechado ha sido el actuar del aparato judicial, que se había caracterizado por actuaciones democráticas y de salvaguarda del espíritu de la constitución del 91, como bien lo reconoció Uprimny en su momento, pero que hoy encarnan un papel en la perspectiva de debilitar el proceso participativo en Colombia, a través de la promulgación de sentencias y leyes que buscan debilitar la capacidad de incidencia de la ciudadanía en la toma de las decisiones públicas en especial en cuanto al manejo y protección de los recursos naturales, en temas como la consulta previa, consultas populares, acción de tutela, entre otros; donde amplios sectores políticos del legislativo y las altas cortes han jugado un papel a favor de grupos de poder empresarial, para garantizar la salvaguarda de sus intereses, en detrimento de los derechos e intereses de una ciudadanía base o comunitaria que se ve afectada por dichos actos administrativos.

Ejemplo de ello, la reforma a la tutela propuesta en el año 2002 por el gobierno vista como un mecanismo de participación judicial, que como bien lo expresó el magistrado Carlos Gaviria Díaz ayudó a democratizar la rama judicial en favor de la ciudadanía, como herramienta para hacer valer sus derechos, o como reconoce M. Ortiz³⁰² la tutela fue uno los cambios más significativos introducidos por la Constitución de 1991 en la tradición jurídica colombiana y la creación de la Corte Constitucional. Quien también cita a Cepeda (1992, 1993), SÁCHICA (2006) y Botero y Jaramillo (2007) por compartir dicho argumento. Precisamente porque la transversalidad de los derechos en nuestra Constitución política ha sido el eje del Estado Social y Democrático de derecho.

Otra evidencia de contrarreforma, se vislumbra en el decreto 1382 de 2000 que según Ortiz entorpece y dificulta el trámite de la tutela en desmedro del acceso a la justicia; en la misma línea en el año 2002, el gobierno pretendía reformar la tutela de tres maneras, en versión de Villegas y Uprimny³⁰³ la primera de ellas excluyendo al Consejo de Estado y la corte Suprema de Justicia del conocimiento de tutelas; la exclusión de la tutela contra

302 Ortiz, L. J. M. (2008). LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REVISIÓN DE FUENTES. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, (15), 41-55.

303 Villegas, M., & Uprimny, R. (2010). Reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte. 1- 39.

sentencias y la supresión de la tutela en derechos sociales, que evidencia los conflictos de intereses que de un lado se opondría al control constitucional de la Corte y la yuxtaposición entre la protección del mercado y la defensa de los derechos de las personas (Rodríguez 2012)³⁰⁴. Fue así también con los proyectos de acto legislativo 133 de 2006, presentados por el ministro del interior del gobierno de la época. También fue motivo de polémica las propuestas de reforma a la tutela presentada por el gobierno en el año 2018, que pretendía restringir el agenciamiento de los derechos de otros de titularidad colectiva; y se vuelve a proponer la restricción de la tutela contra providencias judiciales, también propone colocar término para presentarla etc.

Otra propuesta legislativa se hizo en el código nacional de minas (Ley 685 de 2001), impulsado por el ejecutivo quien propuso varios artículos como el 270 y 271 que no contempla mecanismos de consulta de las comunidades en territorios donde se presentarían las propuestas contractuales de extracción; por tanto, fueron declarados exequibles condicionalmente bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la participación especial de los grupos étnicamente diferenciados.

Así mismo, la Sentencia C-389 de 2016. Artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, “fueron declarados exequibles condicionalmente bajo el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. Sent C-389 de 2016. Artículo 37 de la Ley 685 de 2001 declarado inexecutable C-273 de 2016.

Es decir que esta legislación, en su mayoría de iniciativas promovidas por el ejecutivo, priorizando intereses del sector privado y su política de economía extractivas, omitiendo y restringiendo la participación constitucionalmente válida para comunidades en zonas afectadas por dicha actividad económica.

304 Rodríguez, Cesar, Rodrigo Uprimny. 2002. Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina. Bogotá.

En el mismo código también se propuso en el artículo 37, excluir a las entidades territoriales de la decisión frente a la actividad minera. Para este caso la Corte declaró la excequibilidad condicionada al que el proceso de titulación minera debe estar acordado con los municipios, especialmente en temas ambientales y de derechos económicos sociales y culturales que podrían verse afectados. Esa misma condición estableció la corporación en la ley 1753 de 2015, artículo 20 y el artículo 108 de la ley 1450 de 2011. Lo que evidencia que nuestro sistema legislativo no pretende reglamentar protocolos o procedimientos legislativos que permitan asegurar la participación ciudadana en actuaciones, donde se vea afectado el normal curso de la vida de las personas, por acciones públicas o privadas, y que por el contrario no solo se omite y desconoce, sino que se pretende debilitar dicha participación.

Como bien se recalcó, no solo ha sido el ejecutivo y el legislativo el impulsor de estas iniciativas, también las altas cortes han fallado, en detrimento del derecho fundamental de participación con claros ejemplos que generan sorpresa respecto de decisiones contradictorias de la Corte Constitucional. Tiene que ver con el mecanismo de participación de las consultas populares, donde en la sentencia T 445 de 2016, revierte la decisión del Tribunal administrativo y la declara inconstitucional, al afirmar que los municipios carecían de competencia para pronunciarse sobre asuntos relacionados con la minería. Varios de los puntos claves de esta sentencia que Dejusticia³⁰⁵ los resumió así:

1. Las consultas populares sobre minería son legales.
2. Los municipios tienen derecho a participar en las decisiones sobre minería y tener voz y voto en las mismas.
3. El subsuelo es del Estado, pero el Estado no se limita al Gobierno Nacional, sino que incluye a las entidades territoriales.
4. Para ordenar el suelo y proteger el medio ambiente, los municipios pueden tomar medidas relacionadas con la minería, e incluso prohibirla.
5. La consulta popular es un mecanismo legítimo para preguntarle a la ciudadanía si está de acuerdo con que se realicen actividades mineras en su territorio.

³⁰⁵ <https://www.dejusticia.org/corte-se-estreno-en-fallos-sobre-consultas-populares-mineras-a-favor-de-la-participacion-ciudadana/>.

No obstante, esta misma corporación en sentencia de unificación SU- 095 de 2018, por tutela interpuesta por la empresa petrolera Mansarovar Energy Ltda., contra el Tribunal Administrativo que falló a favor de la legalidad de la consulta popular en Cumaral – Meta, vuelve a analizar la legalidad de las consultas populares donde la Corte resolvió que los municipios no tienen competencia para realizar consultas populares sobre proyectos que modifiquen los usos del suelo, que como bien lo denuncia Dejusticia³⁰⁶; cambiando así de forma injustificada su propio precedente de la sentencia T 445 de 2016, por demás omite un asunto que tiene relevancia constitucional y desconoce el artículo 33 de la ley 136 de 1994 que establece que cuando haya proyectos que tengan la potencialidad de cambiar los usos del suelo y la vocación de un municipio, se debe realizar una consulta popular.

Se argumenta que el artículo 33 de la ley 136 de 1994, se convirtió en un obstáculo para la seguridad jurídica de la ciudadanía privada o del sector empresarial, a pesar de ser un artículo que permitía una participación desde los principios constitucionales de democracia participativa, prevista de manera específica en su artículo 2; en sentencia de control Constitucional, C 053 de 2019, la Corte restringe el derecho fundamental de participación mediante el mecanismo de consulta popular al declarar inexecutable el artículo 33, aduciendo, justificaciones como: *“En lo que se refiere a las llamadas restricciones competenciales del pueblo en la consulta popular, la Corte Constitucional ha señalado de forma expresa la imposibilidad de realizar consultas populares sobre asuntos ajenos a las competencias de las autoridades territoriales o sobre aquellos que tengan incidencia en los asuntos nacionales o departamentales”*.

*“De todo el anterior recuento jurisprudencial se concluye que, dentro del marco de la democracia participativa, la consulta popular es un mecanismo idóneo para que la ciudadanía decida, a través de una respuesta afirmativa o negativa, sobre asuntos nacionales, departamentales, municipales, distritales o locales. No obstante, dependiendo del nivel a tratar, la consulta se encuentra limitada por reparto de competencias establecidas en la Constitución y en la Ley.”*³⁰⁷

306 <https://www.dejusticia.org/sentencia-sobre-consultas-populares-limitaria-el-poder-de-ciudadanos-y-municipios-de-decidir-sobre-proyectos-mineros-y-petroleros-en-sus-territorios/>

307 Apartes sentencia 13 de febrero de 2019 C 053 de 2019.

Argumenta en las conclusiones que “referida a la obligación de las autoridades territoriales de adelantar una consulta popular cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, transgrede abiertamente la expresión “podrá” consagrada tanto en el artículo 105 de la Constitución como en el artículo 31 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana, esta última normativa como parámetro de control de la ley ordinaria.”

¿Puede ser este un argumento que aparentemente está defendiendo la autonomía territorial, desde la restricción de la participación ciudadana? Si la corte tenía un transparente y autentico interés en salvaguardar las decisiones facultativas de los entes territoriales, pudo haber declarado la modificación de “debe” por podrá y no declarar el artículo inexecutable. Claramente muestra el retroceso de la Corte, en detrimento del derecho fundamental de participación y principios de democracia participativa.

De otra parte, la Corte en esta sentencia privilegió un argumento no probado sobre reserva orgánica, respecto de competencias territoriales, que es inexistente porque como bien lo argumenta la Procuraduría General de la Nación, “no vulnera la reserva legal estatutaria prevista en el artículo 152 Superior, porque no traduce límites, restricciones, excepciones, prohibiciones o condicionamientos al ejercicio del derecho de participación ciudadana y no reglamenta de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior”.

El cambio de dirección de línea jurisprudencial, más que sorprendente es alarmante, debido a que existen varios precedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho de participación desde el principio expansivo, que no se limita a lo electoral, sino a procesos decisorios que incidan significativamente en el rumbo de su vida (Sentencia 123 de 2014).

Así mismo se ha reconocido el núcleo esencial de la autonomía y el principio de descentralización, en donde la discusión sobre el suelo y el subsuelo estaba superada, pues le pertenece al Estado, reconoce además el artículo 311 de la CP sobre las funciones del municipio, que incluyen la reglamentación de los usos del suelo, argumentando que (...) “el impacto del bien jurídico sobre el que se ejerce la función administrativa determina el nivel

de autonomía de la entidad.”, (en sentencia 035 de 2016), profundizando así en la constitución ecológica y de desarrollo sostenible.

De igual manera, el Consejo de Estado ha fallado consagrando el derecho fundamental de participación pronunciándose en varias oportunidades sobre la posibilidad de convocar a consultas populares para avalar o no la realización de proyectos minero-energéticos, al respecto se puede consultar las siguientes sentencias: del 7 de diciembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-02396-00(AC), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; del 14 de febrero de 2017, exp. 11001-03-15-000-2016-02396-01(AC), C.P. Rocío Araújo Oñate; del 30 de mayo de 2017, exp. 11001-03-15-000-2017-01198-00(AC), C.P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto; y, del 25 de octubre de 2017, exp. 11001-03-15-000-2017-02516-00(AC), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Lo que evidencia un cambio jurisprudencial en los últimos años que dista de la progresividad y evolución constitucional, que la rama judicial y la Corte Constitucional, venían fortaleciendo desde este fenómeno de activismo judicial o de mutación constitucional, que pretendió ser fiel al espíritu constitucional de 1991 de fortalecer el Estado Social de Derecho desde la democracia participativa y que hoy genera zozobra e inseguridad jurídica para el constituyente primario.

B. Segundo factor: Conflictos de intereses en el marco de la participación ciudadana.

Otra tensión, pero relacionada con la anterior, tiene que ver con el traslapo de intereses económicos y derechos colectivos, y fundamentales de poblaciones que se ven afectadas por proyectos y actividades económicas de gran impacto. Intereses encontrados que se relacionan con la autonomía territorial y el Estado unitario. En este sentido y para el caso particular de explotación de recursos naturales ha manifestado la Corte en las sentencias C-123 de 2014 y C 273 de 2016 que la Constitución Política de 1991, establece en sus artículos 311 y ss. la facultad con que cuentan los municipios para ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás, funciones que le asignen la Constitución y las Leyes.

Igualmente les permite, reglamentar los usos del suelo y dictar las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico. Y, de otra parte, la carta constitucional expresa que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos

naturales no renovables por lo que, en tal virtud, deberá planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

Precisa, que el Estado intervendrá en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, así como en la producción, distribución, utilización y consumos de bienes, con el fin de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334). Pues bien, la Corte Constitucional afirma que no se puede desconocer el principio de autonomía territorial, dicho análisis debió ser enfrentado con otro principio sobre el cual se cimienta la estructura del Estado, que no es otro que el principio unitario de organización estatal.

Para el caso concreto, del análisis del artículo 37 de la ley 685 de 2001, afirma que conduce a que de dicha disposición se deduzca un contenido normativo que, anula la posibilidad de reglamentación que los municipios tienen para determinar los usos del suelo dentro de su territorio en lo atinente a la posibilidad de excluir zonas de la actividad de exploración y explotación minera. (...) puede concluirse que la disposición acusada elimina por completo la competencia de concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de las actividades de exploración y explotación minera, lo cual afecta el derecho de los municipios y distritos de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1°), así como la competencia general de reglamentación que en materia de usos de suelo les reconoce la Constitución -artículos 311 y 313 numeral 7.

Estos mismos argumentos utilizó el Tribunal Administrativo del Tolima quien concluyó que “no es una limitación que pueda considerarse como accesorio o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital. La actividad minera implica aumento en la demanda de servicios; obliga a tomar medidas que afronten los problemas derivados de dicha extracción; obliga a precaver las necesidades de los nuevos habitantes del municipio; crea el deber de prever medidas que faciliten la convivencia y, eviten posibles conflictos; además afecta las políticas destinadas al cuidado del medio ambiente; afecta las políticas que sobre cuidado, uso y destinación del agua del

municipio; puede originar variaciones en los precios de artículos de primera necesidad; etc.”³⁰⁸.

Existen numerosos casos y mayormente conflicto de intereses con proyectos económicos donde la ciudadanía ha respondido accionando la consulta popular³⁰⁹ en los territorios indígenas en donde incluso, la consulta previa tiene un régimen especial a nivel constitucional para la protección de sus derechos, y sin embargo según estudios de la universidad del Rosario³¹⁰ que registran desde 1994 hasta 2008 el trámite de 36 licenciamientos ambientales para el sector de hidrocarburos, donde se ven afectados derechos en zonas de resguardos indígenas; 13 licenciamientos para el sector energético; 11 licenciamientos para el sector de puertos y navegación; 6 para el sector minero; 17 para el sector vial entre otros.

En efecto, las dinámicas institucionales que representan mayores conflictos en materia de participación tienen que ver con los conflictos sociales, generados por impactos ambientales, del sector extractivo principalmente, poniendo en choque los intereses del sector privado, con los derechos e intereses de los territorios y sus comunidades; lo que hace necesario como menciona Rodríguez, superar la mutua desconfianza en el desarrollo de los procesos de participación. Por eso es importante fortalecer a la sociedad civil y sus formas organizativas, para lograr una gestión efectiva y eficaz que promueva además una cultura democrática que les permita a todos los actores sociales tomar decisiones. El fortalecimiento de la sociedad civil implica aumentar la capacidad de interlocución con el Estado, lograr recursos para la realización de sus trabajos y garantizar su mantenimiento en el tiempo a través de la realización de proyectos³¹¹.

C. Tercer factor: Conflicto Armado

308 Tribunal Administrativo Del Tolima Magistrado Ponente: Dr. Belisario Beltrán Bastidas. Expediente: 73001-23-33-006-2016-00565-00 Asunto: Revisión Previa De Constitucionalidad Peticionario: Equipo Promotor Consulta Popular De Iniciativa Ciudadanía Sobre Minería Tema: "Consulta Popular Sobre Minería En Cajamarca - Tolima"

309 Vale la pena tener en cuenta el artículo de Garcés Villamil, M & Rapalino Bautista, W (2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. Justicia Juris, 11(1), 52-62.

310 Gloria, A. La participación en la gestión ambiental. Colección textos de jurisprudencia. Universidad Pág. 194.

311 Gloria, A. La participación en la gestión ambiental. Colección textos de jurisprudencia. Universidad Pág. 193.

Colombia comenzó un camino de modernización entendida como la intención de ampliación de la democracia y los derechos, ad portas de la nueva constitución de 1991. Desde 1982 como lo afirma (Mauricio, 2000) la democratización iniciada con las negociaciones de paz entre gobierno y las guerrillas izquierdistas, la apertura política, y luego con la descentralización y elección de alcaldes en 1988³¹². Sin embargo, quienes estuvieron en contra de esta visión, no se hicieron esperar y surge así esta forma de aproximación al surgimiento de aparatos armados no estatales, pero asesorados y creados por aparatos militares estatales, de orientación política opuesta a la de las guerrillas, ubicando ese fenómeno como parte de una confluencia más amplia de oposición a cualquier reforma que redistribuya, como consecuencia de una negociación exitosa con los insurgentes, el poder y la riqueza en el sector rural.

Esta oposición a los procesos de paz, como consecuencia de diferentes procesos que fueron confluyendo en su desarrollo hacia un mismo propósito: detener a cualquier precio las redefiniciones de poder y riqueza que traerían una incorporación exitosa de la guerrilla a los sistemas políticos regionales en donde tiene—o tuvo— influencia. Valga decir que los intentos de paz han sido numerosos y que se tiene altas expectativas para lograr que estos dos procesos de paz realmente logren un cese definitivo del conflicto social y armado.

La consolidación del narcotráfico y la compra de tierras rurales y urbanas en las regiones con conflicto armado fue factor decisivo para esa polarización. Las coincidencias entre narcos y la organización militar en la necesidad de una “limpieza política” con el fin de pacificar, en lugar de una política para reconciliar, fueron determinantes.

De igual manera, el sistema de ingresos de la guerrilla a través del secuestro, la extorsión y las contribuciones bajo amenaza sentaron las bases para el descontento y polarización de propietarios grandes, medianos y pequeños, especialmente rurales, y la posterior consolidación de grupos de autodefensas y paramilitares.³¹³

Ha sido el miedo a la democracia, como lo menciona el Centro Nacional de Memoria histórica CNMH, lo que ha prevalecido ha sido una constante en Colombia y se convirtió en un incentivo para la prolongación del conflicto. En tiempos de guerra o de paz, el país ha

312 Romero, M. Democratización Política y Contrareforma. Elites regionales, Seguridad y Crisis del Estado en Colombia. Año 2000. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI
313 Ibidem.

acudido a figuras restrictivas de la participación, la protesta o la disidencia, especialmente con medidas o largos períodos de excepcionalidad. Desde 1940 hasta que se promulgó la constitución del 91, el país estuvo casi siempre bajo estados de sitio, que significaban en la práctica un paréntesis a los derechos y libertades.³¹⁴

Según estadísticas del CNMH, entre 1958 y 2012 el conflicto armado ha ocasionado la muerte de 218.094 personas, el 19% combatientes y el 8% civiles; en asesinatos selectivos 150.000 personas con responsabilidad del 8.9% de paramilitares, 3.8% guerrilla; 2.4% fuerza pública y 6.4% Grupos armados no identificados; las masacres han cobrado la vida de 11741 víctimas de las cuales 1166, fueron realizadas por paramilitares, 343 por guerrillas, 158 por la fuerza pública; 295 por grupos armados no identificados y 20 entre paramilitares y fuerza pública; desaparición forzada 25.007 víctimas; desplazamiento forzado desde 1985 a 2012, 5.712.506 de víctimas; secuestros 27.023 víctimas con responsabilidad de 24.482 realizados por las guerrillas y 2.541 por paramilitares³¹⁵. Desde el mandato del presidente Santos, estas cifras han disminuido sustancialmente,³¹⁶

Estas estadísticas hay que contextualizarlas en enfoque de participación, especialmente en el plano territorial, donde hacen presencia grupos armados la población no cuenta con garantías para ejercer libremente el derecho, porque la tramitación de conflictos y el control social, económico y político está a cargo del control militar, tanto desde el Estado, al establecer un estado de sitio o de conmoción interior por décadas, como la ocupación y cooptación de los actores armados en la institucionalidad regional y local.

Colombia ha soportado décadas de violencia social y política, y esta visión belicista, ha quedado impregnada en prácticas culturales y visiones que justifican la violencia como forma de relacionamiento y tramitación de los conflictos. A pesar de ello, también ha logrado mostrar avances de movilización hacia la participación en medio del miedo.

Por tanto estos proceso de paz en curso, después de 13 procesos y acuerdos de negociación desde 1984, requieren pactos políticos, institucionales y constitucionales de cumplimiento en la implementación de los acuerdos de paz, de auténticas voluntades para tomar medidas que garanticen el libre ejercicio de la participación, especialmente en zonas

314 <http://centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/CatedraBY/modulo-2.pdf> pág. 23.

315 <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html>.

316 <http://www.semana.com/nacion/articulo/victimas-del-conflicto-armado-en-colombia/376494-3>.

donde aún operan grupos paramilitares, disidencias y la insurgencia del ELN y es menester del Estado generar una política de respeto de los derechos humanos al interior de las fuerza pública, que ya no debe aplicar la política de seguridad nacional y de “enemigo interno”.

En los acuerdos de paz de la Habana, se aborda la participación en el punto dos: “Participación política: Apertura democrática para construir la paz”. Los avances se han dado a través de la conformación de la Comisión Nacional de Diálogo, quienes han realizados varios foros regionales para recoger de la ciudadanía elementos que les permita la formulación de un proyecto de ley de garantías de promoción de la participación ciudadana.³¹⁷

En las conversaciones para la paz en Quito, el punto de participación y democracia está en el primero y el segundo: “Participación de la Sociedad en la Construcción de la Paz. Y el punto dos: “Democracia para la Paz. Es importante resaltar que vinculan a la sociedad desde la fase de negociación en este proceso de paz. Esto es inédito no solo en Colombia sino a nivel mundial, pues las fases, por las que atraviesan dichos procesos (exploración, negociación, fin del conflicto, implementación de acuerdos y construcción de paz) dejan al final la participación de la sociedad, donde la participación va de menor a mayor, dejando su máxima expresión a la fase de implementación y construcción de paz. Esto puede ser una gran oportunidad que llevaría al país hacia un gran diálogo nacional, pero también puede terminar en una participación inocua. Lo cierto es que hoy tenemos una gran oportunidad de cambiar el paradigma de la participación, y para quienes son más optimistas de mejorar la participación actual y hay que aprovechar al máximo el momento histórico- político en que estamos. Hay que decir que, lamentablemente el proceso de conversación entre el Gobierno y el ELN se congeló y el desafío de la guerra para la participación sigue latente.

D. Cuarto factor: Autonomía Territorial vs. Principio de Unidad Nacional.

Como lo expone (Cruz R. , 2015), el país se encuentra sometido a los preceptos de la Constitución Política de 1991: según lo establece el título I -“De los principios fundamentales”, artículo primero- tanto el modelo de república unitaria, como el principio de la autonomía de sus entidades territoriales (municipios y departamentos) son pilares

³¹⁷<http://www.bogotasocial.org/documentos/COMISIONNACIONAL/Lineamientos%20final%20final%20Comision%20Na%20de%20Dialogo%2021%20abril%202017.pdf>

fundamentales de su estructura político-institucional y territorial. Sin embargo, una lectura desprevenida, aislada y asistemática de esta normativa induce a considerar que la fórmula de “república unitaria con autonomía de sus entidades territoriales” está enmarcada en unos antecedentes que han problematizado este proceso de descentralización.

Para (Casallas, 2015) la descentralización política y administrativa surge como una alternativa de las comunidades para direccionar sus esquemas de desarrollo desde lo local. Sin embargo, en el contexto del sistema clientelista colombiano para el cual la actividad política se reduce a un ejercicio de apropiación de los bienes y beneficios emanados del Estado, el acceso a los mismos con el esquema de descentralización trasladó su fuente de poder del nivel central al nivel descentralizado; en otras palabras, el poder que otrora tuvieron los partidos tradicionales (Liberal y Conservador) como intermediarios desde el nivel central, entre el poder político y “los clientes” fue reemplazado por una serie de partidos “políticos” emergentes que desde lo territorial articularon sus maquinarias de apropiación del Estado, trasladando los brotes de corrupción del nivel central al nivel descentralizado. La alternativa es un ejercicio de reconstrucción de cultura cívica y redimensionamiento del concepto de lo público como mecanismo de lucha en contra de la pobreza.³¹⁸

La descentralización en el caso colombiano ha tenido algunas problemáticas, tanto en su implementación como resultado de esta: 1) en su implementación la tradición centralista, el bipartidismo, la violencia política, la apropiación de lo público, el clientelismo y la cultura de una sociedad de exclusión y clasismo, han tejido un halo de desconfianza frente al otorgamiento de autonomía a las entidades territoriales. Sobre el particular refiere el profesor Molina (2004, p. 7): “En Colombia, hasta la década de los 90, son pocas las entidades públicas de los niveles sectoriales y territoriales exentas de prácticas donde los nombramientos administrativos, la adjudicación de contratos, la focalización de beneficiarios y la toma de decisiones no tengan como finalidad el pago de favores, la reproducción de clientelas y el ascenso y enriquecimiento de figuras políticas. A tal punto, la cuestión, que algunos analistas han caracterizado el sistema político colombiano como el <<Sistema

318 Rodríguez, D. (2016). La encrucijada de la descentralización en Colombia: “antecedentes, problemáticas y retos en la implementación de la descentralización en Colombia como alternativa de lucha en contra de la pobreza”. Justicia, Sociedad y Derecho, 1(1), 88-113

Político del Clientelismo>>. 2) resultado de la implementación de la descentralización, algunos focos de corrupción se trasladaron del nivel central al nivel descentralizado”³¹⁹.

Como consecuencia del clientelismo político en Colombia, (Rodríguez, 2016) afirma que una fuerte porción del presupuesto público deja de ser invertida en el mejoramiento de las condiciones de vida de los administrados para ser apropiada por los particulares en un contexto de corrupción fruto de una mafia imbricada en el aparato estatal; como efectos tenemos, el abandono estatal de las comunidades más deprimidas en términos económicos; la no resolución de las necesidades de los administrados, la falta de credibilidad en la administración pública y por ende la cultura de la evasión y elusión de impuestos, y la violencia resultado de la pobreza.

En materia administrativa, los desafíos se esbozan con relación al manejo de los recursos públicos y la contratación estatal, la dinámica descrita ha propiciado en los recursos públicos (entendidos como contratos o empleos públicos), como mecanismo de pago de favores o contraprestación por apoyo electoral, ha desviado dichos recursos que en principio tenían como finalidad la satisfacción de los requerimientos sociales de la comunidad de administrados o ciudadanos, produciendo una Administración Pública ineficaz e ineficiente³²⁰.

Lo anterior, toda vez que el funcionario que ha de ingresar al servicio público no es seleccionado por el sistema de mérito como mecanismo de selección de personal en este sector sino por su filiación política, por la militancia en un partido político o vinculación con una red clientelar, utilizando mecanismos como los Contratos de Órdenes de Prestación de Servicios, dicha situación significa: 1) alta rotación de funcionarios (con las implicaciones de falta de continuidad en los procesos y pérdida de los recursos invertidos en capacitación de funcionarios), 2) una nueva forma de flexibilización laboral en consecuencia del tipo de vinculación del “trabajador” o contratista situación que significa dependencia del nominador o la persona que influenció el nombramiento, situación que genera vínculos de “lealtad” que impiden la imparcialidad en la toma de decisiones o en otras palabras parcializan la función pública³²¹.

319 Ibidem.

320 Ibidem

321 Ibidem

(Maldonado, 2001) ve otro tipo de falencias o riesgos en la descentralización, como la debilidad en la eficiencia asignativa. Los supuestos del federalismo fiscal no se cumplen en los países en desarrollo, por cuanto el problema no es tanto de revelación de preferencias diferentes, sino de satisfacción de necesidades básicas insatisfechas. Mediante el voto no se revelan las preferencias sobre temas tan complejos como la provisión de una canasta de bienes y servicios; la lógica electoral es muy distinta. No es claro que los alcaldes electos satisfagan las necesidades reveladas de los electores (el mandato es vago, no hay suficientes recursos, etc.) y aunque el alcalde quiera satisfacer las demandas, no tiene suficiente control sobre la burocracia³²².

Otro factor contradictorio, que se ha intentado resolver por vía jurisprudencial, es el aumento de la tensión entre el principio de Estado unitario y autonomía territorial, en donde reconoce la Corte que “ (...) el núcleo esencial de la autonomía es indisponible por parte del Legislador y que su preservación es necesaria para el mantenimiento de la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP arts. 288 y 311).”³²³

A pesar de este mecanismos de aplicación de principios, no se puede desconocer las tensiones y dificultades que prevalecen a la hora de dirimir las tensiones, como es el caso que evidencia vacíos en la asignación de competencias, como ocurre con la reglamentación del uso del suelo y el subsuelo donde claramente reconoce la Corte que “no existe en la disposición demandada un mecanismo que permite la coordinación entre las entidades competentes para seleccionar las áreas de reserva especial minera y las autoridades municipales,”³²⁴ por ejemplo, al igual que es “necesaria la creación de elementales criterios de coordinación, que son indispensables siempre que existan niveles concurrentes en el ejercicio de alguna competencia de naturaleza pública.

Se requiere una regulación consistente con los mandatos de coordinación y concurrencia, así como los de rigor subsidiario y gradación normativa –artículo 288 de la Constitución- que

322 Maldonado, A. (2001). Evaluación de la descentralización municipal en Colombia. Avances y resultados de la descentralización política en Colombia (No. 002625). DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

323 Corte Constitucional Sentencia C-035 de 2016

324 Corte Constitucional Sentencia C-035 de 2016.

asegure la adecuada realización del principio de autonomía territorial, contenido constitucional que, precisamente, es el que busca protegerse en el presente asunto”³²⁵.

Así como las falencias previstas por María Victoria Calle, en salvamento de voto, quien argumenta que “La decisión de armonizar la autonomía territorial y la potestad de los municipios para definir el uso del suelo (de una parte) con el principio de unidad y la unidad del Estado o, más claramente, del nivel central con la propiedad sobre el subsuelo (de otra) es insostenible; los municipios no pueden decidir el uso del subsuelo si están sujetos a las decisiones centrales sobre la delimitación de áreas de reserva minera. Además, la población tampoco puede intervenir en estas decisiones, como lo exige el modelo de democracia previsto por el constituyente de 1991, y el propio artículo 79 Superior, que consagra el derecho a un ambiente sano. El mecanismo intermedio diseñado por la Corte, aunque mejor que la decisión legislativa, carece de precisión para funcionar adecuadamente en la práctica.”

Profundizando en que “La escisión de suelo y subsuelo es, en realidad, una ficción o incluso un sinsentido, dada la relación simbiótica entre uno y otro. La exploración y explotación del subsuelo no puede adelantarse sin afectar intensamente la facultad de los municipios de determinar los usos del suelo al dictar planes de ordenamiento territorial. Y la propiedad del subsuelo no puede llegar a impedir el pronunciamiento ciudadano (esto es, de los ciudadanos realmente afectados) acerca de las zonas de reserva de minería (como tampoco de las áreas en que se excluye esa actividad). Aunque la decisión de la Corte pone de presente el conflicto que el legislador disimula, no satisface plenamente la necesidad de preservar las decisiones populares y municipales en la materia”³²⁶.

También se puede evidenciar falencias a la hora de interpretar los principios de coordinación, subsidiariedad y concurrencia, como bien lo observa el magistrado Alberto Rojas Ríos en salvamento de voto, quien expone que “a través del condicionamiento, el principio de coordinación que rige la función administrativa se convierte en realidad en un principio de concertación para la adopción de medidas de carácter concreto dentro de un territorio, que opera en contra de la autonomía territorial y la desnaturaliza, y que además deja de lado el principio de subsidiariedad, que obliga a reconocer y respetar la potestad de las entidades territoriales para definir mediante normas de ordenamiento el desarrollo local, y a

325 Corte Constitucional Sentencia C-035 de 2016.

326 Ibidem

ejercer competencias solo en aquello que no corresponda al municipio o distrito. No estoy de acuerdo con dar al principio de coordinación un alcance tan amplio que con el mismo se imponga la obligación de negociar el ejercicio y traslado de competencias que están asignadas por la propia Constitución a los municipios a otras entidades del orden nacional, desconociendo que Colombia es un Estado descentralizado”³²⁷.

Esto demuestra que, en efecto, se hace necesaria una regulación legal más elaborada y detallada en la forma en que deben aplicarse los principios, conforme a cada caso en particular, que no haya lugar a equívocos, a la hora de su interpretación y aplicación. No sin antes reconocer que todos los principios son susceptibles de diversas interpretaciones, que en ocasiones se ajustan más a las interpretaciones de los intereses de las partes y por tanto la ponderación de las Cortes debe jugar un papel objetivo y arbitral.

También genera una profunda reflexión sobre la importancia de que dichos principios, estén cimentados en un interés general fundado en los derechos fundamentales enmarcados en la Constitución y el derecho convencional, máxime que, se viene generando un proceso de transversalidad de estos en todas las áreas del derecho.

E. Quinto factor: Falencias en la promulgación de la democracia desde visiones y prácticas culturales y de formación pedagógica.

El proceso político cultural impulsado por el proceso preconstituyente y constituyente, plasmaron ideales democráticos que también configuraron la visión de una ciudadanía activa, corresponsable y participativa desde el concepto del bien común y de la valoración de lo público visto como lo colectivo e identitario para una nación, es así que se plasmó en los marcos normativos programas de formación ciudadana desde los ámbitos escolares que pretendían, como diría Kant que formara para humanizar, propiciando la libertad individual y la integración social a favor de la convivencia. No obstante, como lo plantean Hurtado y Álvarez,³²⁸ después de más de veinte años, hay evidencia contundente entre el desfase de los ideales constitucionales de ciudadanía planteadas en los programas y planes de formación ciudadana, (por ejemplo, la ley general de educación del 94) respecto de las ciudadanías que

327 Ibidem

328 Hurtado Galeano, D. P., & Álvarez-Zapata, D. (2006). La Formación De Ciudadanías En Contextos Conflictivos (Citizenship Formation in Conflict Contexts). *Estudios Políticos*, 29, 81-96.

existen actualmente, que han sido construidas históricamente a partir de la configuración de la desposesión de derechos, inequidad, conflicto armado y dinámicas bélicas.

Una de las tesis que Hurtado y Álvarez plantea que en efecto se introdujo en el ámbito escolar una “educación para la democracia” con contenidos como convivencia, resolución de conflictos, cultura de legalidad y de paz y se crearon escenarios de gobierno escolar denominado “democracia escolar”; con el propósito de preparar a los jóvenes para una ciudadanía cívica y activa. Sin embargo, lo que resultó de estos escenarios y contenidos fue una cultura hegemónica reforzando la representatividad persé, sin debate, discusiones o deliberaciones propias de un ejercicio de democracia participativa para el abordaje de problemáticas comunes. Por tanto, los escenarios de poder en lo micro realmente están reflejando lo que sucede en los escenarios de poder en lo macro, donde la democracia es un mero formalismo de popularidad y caudillismo también en el ámbito escolar, profundizando la brecha entre el discurso de la educación incluyente, diversa y tolerante frente a experiencias cotidianas de intolerancia, violencia, discriminación racial, social, de género etc.

Ahora bien, todo el proceso necesario de educación cívica y de cultura democrática para la paz, liderazgo y participación fueron perdiendo fuerza en los PEI (Proyectos Educativos Institucionales) y se relegaron a las ONGs a veces en coordinación con gobiernos locales, o partidos o movimientos políticos que desarrollan procesos de formación política y de liderazgo focalizados. Lo cierto es que no hacen parte de procesos de educación formal, ni en los colegios, ni en las universidades ni en ámbitos de participación ciudadana de forma integral e intencional; lo que arroja un diagnóstico deficitario en la formación para la democracia.

De otra parte, más allá de la teorización y conceptualización sobre democracia, con algunos escenarios que pretenden desarrollar habilidades para el ejercicio de la participación desde dimensiones constitucionales, doctrinales o académicas; existe un factor que genera una especie de esquizofrenia, que por un lado plantea la realidad teórica de la democracia y la ciudadanía en contraste con contextos conflictivos en ambientes de ilegalidad, militarización y belicismo, que aún no se logra relacionar como obstáculo para el ejercicio de la participación y la construcción de ciudadanía, sin hacer conciencia que el control

armado en varias zonas del país, afectan la cultura política en la medida en que se experimenta el sometimiento a los actores, la corrupción, la ilegalidad y el clientelismo.

Instalando así, en los imaginarios y en las prácticas sociales la justificación de la fuerza, la violencia como forma de resolver los conflictos o de lograr reconocimiento y soluciones por parte del Estado o del “oponente”. Quedando relegada la posibilidad de decidir, pensar y opinar libremente, por el temor que genera un ambiente violento y el control social, cultural, político y económico que ocasiona la imposición de las armas. Pues donde hay armas no podrá haber democracia.

Este es un elemento esencial que en la medida en que se hace práctico y habitual en un proceso de desaprender relaciones competitivas, ilegales, vindicativas y violentas y aprender valores propios de una ciudadanía integral en ejercicio, colaborativas, de respeto por el derecho de la otra persona, del medio ambiente y los recursos naturales, por una cultura de apropiación del bien común y de la legalidad; así como la desestigmatización del ejercicio de derechos como la movilización y la protesta; y una visión colectiva en la toma de decisiones, arraigada a una visión de país, cambiando la visión de poder desde el privilegio, que lleva inevitablemente a la corrupción, y transformándola en una concepción de poder desde una visión de responsabilidad y encargo del cumplimiento de los fines constitucionales que promuevan la gobernanza.

Por el contrario, lo que ha vivido el país a propósito de su bicentenario han sido luchas de poder que tienen orígenes desde el colonialismo, poderes totalitarios, excluyentes, elitistas y racistas, conjugado con profundas desigualdades económicas y sociales, que han sido causas y consecuencia de una guerra prolongada y de doctrinas económicas que han afirmado estas visiones e identidades, dejando en evidencia que el concepto de ciudadanía no es un concepto universal que incluya a todos los individuos o personas del conglomerado social, desde su expresión y esencia plural y diversa, como lo plantea Hannah Arendt.³²⁹

Desde una valoración axiológica del derecho de participación y la democracia, en la plenitud del principio constitucional de soberanía popular enfocado en el bien común, debe fortalecerse el enfoque de interés general, planteado desde el neoconstitucionalismo tomando

329 Arendt, H, (2005). La condición humana. Buenos Aires: Paidós.

como referencia las tesis de Miguel Carbonell,³³⁰ que da relevancia a los principios como la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado Social de Derecho; que como bien plantea Alexy estos principios no son simplemente normas vagas, sino que se plantea un tarea de optimización y materialización de los mismos.

Y la mejor manera de indicar que estos principios pasan de ser declarativos, normativos a ser materializados y enseñados, es cuando los adoptamos desde nuestra propia cultura y praxis política, social y relacional, que permita abordar un cambio de perspectiva en pro de una visión de fortalecimiento de la democracia y el cabal cumplimiento de la finalidad en el derecho fundamental de participación en Colombia.

Luis Prieto Sanchís (2003, 137) afirma lo siguiente: “Si la democracia constituye un modelo valioso de convivencia no es simplemente porque proporciona una regla para resolver las disputas políticas, sino porque propicia mejor que otros sistemas, el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación de todos en los asuntos comunes; que es justamente lo que históricamente pretendieron impulsar las Constituciones”.³³¹

330 Carbonell, M., & García, L. (2010). El canon neoconstitucional (No. 8). U. Externado de Colombia.

331 Araújo, R. O. y Torres, M.L.V. (2011). Retos de la democracia y de la participación ciudadana, editoras académicas. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 222 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia

331 https://www.cisa.gov.co/cmsportalcisa/Documentos/PlanParticipacion/PlanDeParticipacionCiudadana_2016.pdf plan de participación rendición de cuentas; <https://www.cisa.gov.co/CMSPortalCISA/Web/ParticipacionCiudadana/PlanParticipacion.aspx?go=1> plan de participación ciudadana 2017; Consejo nacional de participación http://participacion.mininterior.gov.co/sites/default/files/cartilla_participacion_simpli.pdf; Forero Pineda C. (1994-2000), El Sistema Nacional De Planeación Participativa De Colombia

3.2. Fundamentos constitucionales y jurisprudenciales de democracia deliberativa en Colombia.

El enfoque de democracia deliberativa cada vez toma más fuerza a nivel global, tanto en Latinoamérica como en países de Europa, y a pesar de que he mencionado que Colombia, se ha quedado al margen de esta tendencia de modelo democrático, desde el ámbito institucional, público y normativo, es menester reconocer que cuenta con unas bases importantes que han establecido dicho enfoque desde nuestras doctrinas jurídicas, constitucional y de derecho público, que aunque no han utilizado el término “de democracia deliberativa” el concepto si se ve reflejado a lo largo del articulado constitucional. Lo que posibilitaría unos cimientos a la hora de avanzar de forma decidida de cara a una transformación y/o fortalecimiento del modelo democrático y participativo.

Coincidiendo con Álvarez, Galeano y Grajales,³³² los artículos constitucionales que así lo dejan entrever el desarrollo del concepto de democracia deliberativa en Colombia son: 2, 79, 145, 149, 163 y 241. Dicho articulado tiene como esencia la participación de la ciudadanía en asuntos que los afectan, así mismo afirman la incidencia de la ciudadanía desde la deliberación y acciones constitucionales.

Citan la ley 5 de 1992 en sus artículos 30,32, 34, 59, 73, 74, 79, 88, 94, 185 y 252, que menciona “debate”, “deliberación”, “publicidad” etc. Pero su desarrollo legislativo y jurisprudencial es precario, lo que demuestra mi tesis planteada en páginas anteriores, sobre la brecha entre las aspiraciones constitucionales y la regulación legislativa y desarrollo jurisprudencial en el ámbito de participación deliberativa, que en efecto permita la participación en las decisiones de lo público a la ciudadanía, como las definiciones de distribución de presupuestos, producción legislativa, decisión sobre el destino del uso del suelo en su vocación sociocultural, política y económica etc.

La naturaleza conceptual de democracia deliberativa en nuestra carta política hace referencia, tal como lo expresa Álvarez y compañía, a la “exigencia constitucional de permitir la participación activa, libre e imparcial de los posible afectados o beneficiados por las

332 Álvarez, G. A. D., Galeano, M. S. M., & Grajales, J. F. V. (2017). Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*, 74(164), 223-254.

normas”³³³, (...) y al ejercicio de deliberación en la creación de leyes. Valga decir que los ejercicios deliberativos están enmarcados entre congresistas mayoritariamente y el ejecutivo. No obstante, es una praxis que puede extenderse a otras formas de participación entre la sociedad, comunidad y ciudadanía, frente al Estado y las controversias que ya hemos mencionado a lo largo de estos capítulos.

En materia jurisprudencial por ejemplo la esencia deliberativa de la democracia, la desarrolló la sentencia C 222 de 1997 que despliega la conceptualización de deliberación, en contraste con la sentencia C 013/93 que refuerza la práctica del “pupitrazo” donde también afirma que para la aprobación de leyes, solo es necesario la “negociación entre partidos.”³³⁴ Otra sentencia que abona camino para la implementación de la democracia deliberativa es la C 089 de 1994, en la que aborda la composición de los partidos y movimientos políticos, orientando la profundización de la democracia en la toma de decisiones al interior de los mismos y ordena “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Dando realce a la consolidación de la democracia política que se profundice y amplíe para lograr una democracia real.

En la misma línea jurisprudencial expone la sentencia C336/94 la importancia de la democracia participativa, esta vez tomando como protagonista a la ciudadanía en la búsqueda de control constitucional para el control de producción legislativa. Esto dijo la corte: *“La participación democrática a que alude el mencionado mandato constitucional, se refiere a la representación que tales organizaciones sociales deben tener en los distintos entes estatales que cumplen funciones que de una u otra manera les atañen, con facultad para intervenir en las decisiones que adopte o deba adoptar el Estado, relacionadas con esas asociaciones; en el diseño y ejecución de planes y programas de desarrollo económico y social; como también para que actúen como fiscalizadores de la gestión pública que a dichas entidades les compete realizar; mas no a la participación democrática en la administración y manejo interno de las cooperativas, como organizaciones sociales que son. Así las cosas, el artículo 103 de la Carta no es aplicable al evento que se examina, pues dicha disposición lo que consagra es la participación democrática en la designación de las personas que han*

333 Ibidem. Pág. 4.

334 Ibidem

de representar a las organizaciones sociales, cívicas, comunitarias, juveniles, sindicales, profesionales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, ante los organismos públicos que tienen a su cargo la expedición de normas o el señalamiento de las políticas o directrices que los puedan afectar, actuando como cogestores de la actividad pública”.

En esa ampliación y expansión de la participación ciudadana hace alusión la sentencia C 585 de 1995 referente a servicios públicos domiciliarios; la sentencia C- 252 de 2012 que incluso cita a Habermas en su teoría de democracia procedimental o discursiva (obra *Factividad y Validez*) ; la sentencia C 585 de 1995 sobre el principio de publicidad y transparencia de la gestión parlamentaria y legislativa; las sentencias C 769 de 2001, C 737 de 2001, C 688 de 2002 y la C 553 de 2000 que hace referencia a la necesidad de aprobación de leyes, previo debate deliberativo y desde la fuerza de los argumentos y contrargumentos.

También se puede encontrar sentencias que restringen la prolongación en el poder, por ejemplo en el caso de la reelección, en donde se prohíbe la reelección y su derogatoria depende de mecanismos de participación como el referendo de iniciativa popular, dejando este asunto sensible en manos del constituyente primario o a través de la asamblea constituyente, dando facultades deliberativas a la sociedad colombiana que implica lograr un consenso muy amplio que se lograría mediante debate, publicidad, participación volviendo así a las fuerza de los argumentos y el ejercicio de diálogo entre la ciudadanía.

Haciendo referencia a la jurisprudencia sobre la democracia deliberativa y los mecanismos de participación ciudadana, se encuentran varias sentencias (C -180 de 1994; C -175 2009 y T 445 de 2016). Otra sentencia (C-175 de 2009), analiza la constitucionalidad del Estatuto de Desarrollo rural y concluye que, a la hora de su creación, no fue consultado a las comunidades, indígenas y afrodescendientes, en la que afirma (..) “existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de estas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan. Ello, sumado al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha permitido que la jurisprudencia de esta Corporación haya identificado un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas”.

Otra sentencia que se ha configurado como línea jurisprudencial en parecer de los doctrinantes es la sentencia T 445 de 2016 en la que describe a la consulta popular como (...) *“una manifestación de voluntad política, que posteriormente, y de manera diferida e independiente produce una norma jurídica, la cual, puede ser objeto de control judicial a través de los mecanismos de control de actos administrativos o de leyes de la República. Teniendo en cuenta dicha situación, esta Corporación considera necesario precisar, que los tribunales administrativos deben en la medida de lo posible limitarse a ejercer el control constitucional de la manera más garantista posible al derecho a la participación ciudadana (formal- participativo)”*.

Es significativo que la Corte argumente en esta sentencia que (...) *“es competencia del municipio ordenar el desarrollo de su territorio y reglamentar los usos del suelo. Así las cosas, el Tribunal Administrativo vulneró el derecho fundamental a participar en una consulta popular sobre temas de trascendencia local de Pijao, el municipio donde vive la accionante. Esto, en un claro desmantelamiento de la realización de la participativa prevista en el ordenamiento jurídico nacional”*. (T-445 de 2016). Aplicando así de manera idónea el artículo 2 de la Constitución que tiene esencia deliberativa.

Reconocer fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales de democracia deliberativa, da lugar a la identificación de bases jurídicas que permita darle cimientos mínimos a la implementación de dichas tendencias, permitiendo el cambio de paradigma de las relaciones sociedad- Estado, para así comenzar a establecer un diálogo institucional que materialicen la efectividad del derecho fundamental de participación y permita establecer relaciones colaborativas de gobernanza más equilibradas, justas e incluyentes, cuando se aborden desafíos o factores que bien se esbozaron en este capítulo.

En Colombia ya existe legislación y fundamentos constitucionales basados en la democracia deliberativa, hace falta una regulación sistemática que permita fortalecer o crear mecanismos legales, que bien pueden incluso ser de carácter prejudicial, para dar espacio a una participación desde los principios de la consulta previa, con enfoque de principios rectores.

3.3. Hacia la implementación de la democracia deliberativa en Colombia

A. *Condiciones mínimas para la implementación de la democracia deliberativa en Colombia.*

Es importante aclarar que la democracia deliberativa no es una nueva forma de democracia, eso sería ideal ante la crisis por la que atraviesan los modelos de participación y democracia del Estado liberal, sin embargo, no se ha inventado hasta ahora un nuevo sistema democrático de los ya conocidos, más bien es, como lo plantea Cortina, “(...) el proceso por el que debe formarse la voluntad en una sociedad democrática. No es extraño que Habermas hable reiteradamente de una “formación democrática de la voluntad”³³⁵. Y por supuesto, esto se logra más desde la propuesta de ajustes en el proceso, mediante el cual se logran las mayorías, que en la mayoría de los mecanismos de participación se dan sin un ejercicio dialógico y deliberativo.

En consonancia con Adela Cortina, sobre la importancia de la participación: “la legitimidad de la democracia estriba en la capacidad o la oportunidad que tienen los sujetos de las decisiones colectivas de participar en deliberaciones efectivas; las exigencias tienen que justificarse de modo que la gente, reflexionando sobre ellas, pueda aceptarlas. A lo cual se añade un elemento clave, y es la convicción de que las preferencias de los individuos o de los grupos pueden transformarse a lo largo del proceso de deliberación, en el que las gentes emplean la persuasión, más que la manipulación o la coerción (Dryzek, 2000, p. 1)”. Y eso sucede como bien lo afirma Cortina en Benjamin Barber (...) “a través de la participación ciudadana, la deliberación pública y la educación cívica, es posible transitar de afirmaciones como “yo prefiero esto” o “yo elijo lo otro” a “queremos un mundo en que tal cosa sea posible”.

“El mayoritarismo –llegará a afirmar- es un tributo al fracaso de la democracia: a nuestra incapacidad para crear una política del mutualismo que pueda superar los intereses privados. (...) Concebir la decisión como la preferencia de la mayoría no sólo reduce los bienes públicos a débiles agregaciones de intereses privados, y el mutualismo, a la arbitrariedad de las mayorías transitorias, sino que tampoco responde a la intensidad y el compromiso” (Barber, 1984, 198/199). Lo importante será entonces, siguiendo a Rousseau, no elegir metas

335 Ibidem.

comunes o descubrir intereses comunes, sino querer un mundo común, generando una voluntad común (Barber, 1984, 200)³³⁶.

Las anteriores premisas serían las bases fundamentales, para comenzar a generar condiciones que logren la implementación de un modelo de participación más deliberativo en Colombia, entendiendo que nuestro país ha estado en dos vertientes del sistema democrático, el modelo de democracia agregativa, que describe Cortina, y a su vez de imposición y autoritarismo que ha legislado y gobernado como causa y consecuencia de un conflicto armado aún vigente.

Como se mencionó anteriormente, para lograr compenetrar los nuevos escenarios en el modelo democrático existente, es necesario comenzar por crear unos mínimos que devuelvan la confianza al sistema democrático y como lo señala Nino,³³⁷ a darle valor epistémico a partir de conocimiento morales que conlleve a proceso de discusión moral a procedimientos democráticos institucionalizados, lo que implica “congruencia casi automática entre los derechos reconocidos por la práctica constitucional y el grupo ideal de derechos, siempre que el proceso democrático real no esté demasiado lejos del ideal”³³⁸ que a su vez (...) “ que el consenso alcanzado después de un ejercicio de discusión colectiva debe ser de algún modo confiable en el proceso de conocimiento de asuntos morales”³³⁹, entendida la moralidad desde la justicia, desde el respeto de los principios constitucionales y de derechos o de la ética del discurso planteado por Habermas.

Es así como la esencia de la democracia deliberativa, en concepto de Cortina, hace referencia a que la democracia se legitima en la medida en que los sujetos de decisiones colectivas tienen la oportunidad o la capacidad de participar en deliberaciones efectivas³⁴⁰, logrando así convertir “las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales³⁴¹”, por medio de la persuasión y no de la manipulación o la coerción.³⁴²

En esa perspectiva, las condiciones comienzan a consolidarse en la medida en que, como aporta Nino, exista una correlación entre el contexto social y el diseño institucional que

336 Cortina, A. (2011). Democracia deliberativa. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía.

337 Nino, C. S., & Saba, R. P. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa ed. Pág. 196.

338 Ibidem.

339 Ibidem Pág. 198.

340 Cortina, A. (2011). Democracia deliberativa. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía. Pág. 145.

341 Nino, C. S., & Saba, R. P. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa ed. Pág. 202.

342 Cortina, A. (2011). Democracia deliberativa. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía. Pág. 145. (en Dryzek, 2000, p. 1).

refleje diferentes grados de satisfacción de la ciudadanía y esto necesariamente pasa por la producción y distribución de recursos³⁴³, por un proceso de dialogo y análisis colectivo y social cuando se hacen convocatorias de participación en los mecanismos establecidos por la Constitución, desde el voto, como el referendo, plebiscito, cabildos abiertos y consultas populares.

Es necesario un proceso deliberativo consciente que esté analizando el bien común por encima de los autointereses, entendiendo que decisiones individuales afectan al grupo en su totalidad, afectan a los habitantes de todo un país. Dichos escenarios deliberativos deben estar revestidos de transparencia y despojados de información que dista de la verdad y manipula el pensamiento, como lo que hemos visto en lo sucedido con el plebiscito para la paz, y que mundialmente se ha desatado con el fenómeno de Brexit y las elecciones presidenciales en Estados Unidos. Esto generaría no solo una ciudadanía más activa y responsable con sus decisiones, sino un proceso práctico de pedagogía social, ciudadana desde la esencia del papel de constituyente primario.

3.3.1. La democracia Deliberativa en Colombia, desde el modelo democrático vigente.

Antes de proponer la implementación del enfoque deliberativo en el modelo democrático colombiano, se proyecta discernir sobre la creación de condiciones necesarias para la aplicabilidad de la praxis deliberativa, partiendo del modelo de participación representativa y para el caso de nuestro país democracia participativa, que como bien lo menciona Nino, en algún grado es necesario seguir utilizando la figura de representatividad, dada la imposibilidad de discutir cada asunto de lo público en la ciudadanía que no cuenta con tiempo ni recursos para ejercer este ejercicio de deliberación frente a los asuntos públicos que lo afectan personal o colectivamente, pero esbozando como primer paso la forma de crear las condiciones para su aplicabilidad.

Por tanto, se plantea que esta figura de participación representativa debe comenzar por vigilar los rubros en la financiación de campañas, que tienen costos exorbitantes no

343 Nino, C. S., & Saba, R. P. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa ed. Pag. 204.

compensados con los dineros que percibirá quien ejerza el cargo público, pero que está poniendo en riesgo la libertad de decisión de la ciudadanía; por un lado endosando sus compromisos políticos y decisiones públicas, no en favor del bien común, sino de los intereses del gremio, sector privado que le está financiando la campaña, alejando la relación y compromisos de los intereses ciudadanos con quienes se debería comprometer su programa.

De otra parte, el financiamiento de campañas con costos exorbitantes, generan el riesgo de constreñimiento del elector, quien ya no vota por lo que le conviene de acuerdo con sus necesidades, preferencias e intereses sino por el pago que de forma ilegal le ofrecen por el voto. Todo esto se podría evitar, para profundizar en la democracia deliberativa, si las campañas fueran financiadas por el Estado, y el margen de propaga electoral estuviera regido por los debates programáticos con la ciudadanía y no por el marketing publicitario.

Estas dinámicas desequilibradas del ejercicio democrático, ya han sido identificadas en autores como Cronin³⁴⁴ quien reconoce que estos procedimientos como el voto por ejemplo que es un ejercicio de democracia directa pueden ser manipulados a través del uso de grandes cantidades de dinero en las campañas, por grupos interesados en ellas, el acceso desigual a los medios de comunicación y la manipulación y distorsión en que asuntos públicos son presentados, pueden afectar los resultados en las decisiones de los electores o participantes de cualquier mecanismo de participación directa.

Esto va de la mano de la implementación del voto electrónico con método biométrico, que ya se utilizan para todas las transacciones y trámites bancarios, notariales, financieros y legales digitalizados, pero que en Colombia han dilatado la implementación de este mecanismo, que garantiza mayor transparencia en las elecciones y generaría mayor legitimidad, tanto en los mecanismos de participación como en el sistema democrático.

Cabe preguntarse de qué forma se está eligiendo realmente, cuando hay evidentes escándalos de delitos electorales, como el sucedido en las modificaciones fraudulentas de los formularios E-14³⁴⁵. Tal vez esto debería una de las primeras medidas, si se pretende devolver un mínimo de confianza ante la sociedad frente a la institucionalidad estatal.

344 Cronin, *Direct Democracy*, pp. 10,11,57,58.

345 <https://www.elpais.com.co/elecciones/elecciones-presidenciales/denuncian-modificaciones-a-los-formularios-e14-para-beneficiar-a-algunos-candidatos.html>

Es así como, dándole credibilidad al voto transparente, este tipo de participación directa debe ser obligatoria, para evitar la distorsión en los resultados de las contiendas electorales y lograr resultados más imparciales, además esto no evitaría el rechazo a la política clientelar, sino por el contrario, sería la forma de expresar una sanción política y social sobre candidaturas basadas en la manipulación del electorado.

Respecto de la eficacia de la aplicación del bien común, se debe legislar y regular la verificación y monitoreo del cumplimiento de los programas propuestos en fases de campaña, que de no ser cumplido en un grado cualitativo y cuantitativo considerable se pueda implementar una revocatoria para todos los cargos de elección popular, lo que implica flexibilizar las limitaciones legales que actualmente tiene este mecanismo. Evidencia de ello, es que desde 1991 hasta hoy, no ha prosperado una sola revocatoria del mandato.

Esta participación ciudadana, al igual que las campañas deben ser financiadas por el Estado, ya que, así como los candidatos tienen derechos al pago por reposición de votos, la ciudadanía tenga condiciones económicas para ejercer el derecho de participación, en cuanto a la veeduría, verificación y aplicación de procedimientos legales en los mecanismos de participación establecidos.

Respecto al mecanismo de iniciativa legislativa popular, es necesario que entre a una revisión y reforma, para levantar las restricciones que tiene la ciudadanía a la hora de impulsar propuestas legislativas que provienen de la ciudadanía que harían realmente dialógico el poder de la ciudadanía ante los demás poderes del Estado, desde un enfoque colaborativo de gobernanza. Lo que no solo aportaría en la creación de condiciones para la praxis deliberativa de la democracia, sino que, por la naturaleza de este mecanismo, estaría ejercitando in situ la democracia deliberativa de manera fáctica.

Referente a la consulta popular, que ha sido el mecanismo de participación más utilizado y más eficaz para ejercer de forma efectiva la participación, debe considerarse las reformas contraproducentes que se vienen impulsando por parte del gobierno, en el ejercicio de este derecho, en que se avizora su regresividad tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial; en vez de restringirlo y limitarlo en asuntos que toquen intereses económicos del sector privado y de la macroeconomía nacional, sería pertinente diseñar un sistema de consulta y decisión dialógica y deliberativa que permita intentar el establecimiento de acuerdos que tenga en

cuenta los intereses y necesidades de todas las partes, que ya es considerado en el acuerdo de Escazú³⁴⁶; tanto comunidades afectadas, como institucionalidad estatal y sector privado interesado; esto de la mano de los principios rectores, que se han venido desarrollando a lo largo de esta tesis, que han reglamentado procesos y procedimientos para prevenir impactos en materia de derechos, remediar los ya ocasionados y lograr una economía respetuosa de los derechos fundamentales, colectivos y ambientales.

Con relación a los medios de información, es necesario crear una legislación que profundice y regule la responsabilidad de suministrar una información veraz, imparcial y desprovista de autointereses privados, especialmente cuando se trata de ejercer la democracia tanto directa, como representativa, que aplique el principio de igualdad tanto para quienes promueven campañas, como para la ciudadanía que hace control sobre sus representantes electos. Sancionar legalmente los sesgos en la información que permita garantizar una información imparcial que le permita al ciudadano, tomar decisiones de forma asertiva.

También se requiere crear un proyecto de educación comunicacional para la formación ciudadana desde los medios de información en temas de ciudadanía, democracia y participación, fundamentada en el bien común, gobernanza y en derechos humanos.

Ahora bien, haciendo un análisis más exhaustivo, ya no solo desde la reflexión de proponer medidas para que el modelo de participación funcione y se legitime en línea con el espíritu del Constituyente, sino desde las implicaciones de ahondar en la democracia deliberativa, como afirma Cronin,³⁴⁷ que va más allá del cabal cumplimiento de mecanismos tradicionales de participación directa encaminándose al propósito de las búsqueda de soluciones más justas, no solo desde la mera validación de las mayorías en decisiones que no son de control ciudadano, sino de los grupos políticos o líderes de grupos de diversos intereses, quienes tienen un ejercicio activo en la argumentación, convirtiéndose en un diálogo que va en un solo sentido, donde la ciudadanía ejercer un papel expectante y pasivo,

346 A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en el año 2012 (Río + 20), países latinoamericanos -México incluido- decidieron trabajar en un acuerdo regional para hacer operativos los derechos de acceso contemplados en el Principio 10. Para ello, se realizaron una serie de reuniones preparatorias abiertas a la participación del público interesado. El resultado fue el acuerdo de Escazú, primer pacto jurídicamente vinculante para los países de América Latina y el Caribe en materia de justicia y asuntos ambientales. El Acuerdo se adoptó el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica, como resultado de un trabajo multilateral, abierto a la participación del público y dirigido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Dicho instrumento ha sido considerado pionero en la protección y salvaguarda de asuntos ambientales desde una perspectiva de derechos (CEPAL, 2018). (Zamora Sáenz, I. (2019). El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental.)

347 Cronin, Direct Democracy. Págs. 225-226.

que responde a esos estímulos, en las urnas de forma monosilábica, sin cuestionamientos, ni contra argumentación o réplicas.

Por tanto desde el enfoque dialógico de la democracia deliberativa y siendo consiente que es posible que la implementación de la misma pueda abarcar diferentes áreas en el modelo de participación e incluso, puede llegar a ser transversal al mismo, se quiere concentrar en cuatro ámbitos o escenarios, que a pueden ser prioritarios; por las tensiones y conflictividades que ha generado; por la falta de mecanismos adecuados para solucionarlas o por los enfoques que se están determinando a la hora de actuar de forma institucional.

El primero es llevar a cabo la implementación plena del acuerdo final de paz, que tienen como propósito el abordaje de varios de los factores que han debilitado la democracia en Colombia y contiene una transversalidad significativa en el derecho de participación, que va desde la ruralidad a la urbe, incluye enfoque diferencial y permite el desarrollo territorial desde escenarios ampliamente democráticos, tales como los Planes de Ordenamiento con enfoque Territorial (PDTs), los (PENIS) que son los Programa Nacional de Sustitución de Cultivos de uso Ilícito y en general el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantías de No Repetición en lo que tiene que ver con la participación del as víctimas en el acceso a la justicia desde un enfoque transicional, entre otros, que bien se abordan en el capítulo dos de esta tesis.

El segundo ámbito tiene que ver con la ampliación o fortalecimiento de mecanismos de participación a partir de la creación o fortalecimiento de mecanismos más deliberativos, que permitan la ampliación de escenarios de participación vinculantes.

El tercero plantea iniciativas deliberativas de participación en el tema de judicialización de los derechos sociales, que se restringe a decisiones que pueden estar equivocadas o estar cargadas de sesgos. Es entendible que son seres humanos quienes imparten justicia y es posible que no escapen al riesgo de que las decisiones de los jueces terminen también siendo motivadas por intereses diferentes al bien común que se materializa en decidir a favor del bienestar del pueblo.

Finalmente, como cuarto elemento, proponer enfoques deliberativos en el tema de gestión ambiental y recursos naturales, como fórmula para plantear escenarios de participación y diálogo, que, entre otras cosas, fue exhortado el Congreso por parte de la

Corte a legislar en este ámbito. Su ausencia ha generado grandes tensiones entre la ciudadanía, el sector privado y el Estado, especialmente por conflictos socioambientales. Cabe resaltar que el Estado colombiano acaba de suscribir el acuerdo de Escazú, pero que aún tiene pendiente su ratificación.

3.4. Creación y ampliación de escenarios deliberativos con enfoque de gobernanza.

Con relación a la ampliación o adecuación de escenarios de participación deliberativos, manifiesto mi adherencia a la propuesta de Nino, en la que se podría proponer para Colombia desde la tesis de Robert Dahl³⁴⁸ la creación de “mini-populus” compuesto de 1000 personas seleccionadas al azar que tengan como misión la deliberación de asuntos pertinentes a los intereses y necesidades de la ciudadanía, con capacidad para hacer consultas con especialistas y expertos en los temas que son motivo de deliberación; investigar sobre las ventajas o desventajas en la implementación de una determinada política o medida, que tenga como criterio la idoneidad en cuanto al logro de las pretensiones o fines en el tema discutido. Menciona que podría tener alcance nacional, local y en nuestro caso departamental, por ejemplo. Donde la descentralización política se hace vital para el logro de discusiones y deliberaciones insertados en mecanismos de democracia directa para tomar decisiones de forma consentida, informada y objetiva.

Esta propuesta podría ajustar el diseño del mecanismo de participación denominado cabildo abierto; funcionaría en las distintas competencias territoriales, no solo de carácter consultivo, sino deliberativo, que implica que al final se produzca una decisión, luego del proceso deliberativo, tal como lo propone Nino³⁴⁹.

348 Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, p. 340.

349 "El cabildo abierto es la reunión pública de los Concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad". (Artículo 9, Ley 134 de 1994). El procedimiento comienza por la solicitud que deben hacer por lo menos el 0,5% del censo electoral respectivo -también las organizaciones civiles pueden participar en el proceso de convocatoria y celebración de los cabildos abiertos-, ante la secretaría del Concejo o de la Junta Administradora Local, entidad que debe divulgar el lugar, fecha y temas que se tratarán en el cabildo. Al mismo pueden asistir las personas interesadas -habitantes del lugar- pero sólo pueden hacer uso de la palabra el vocero de quienes solicitaron el cabildo y aquellos que se inscriban al menos con tres días de antelación y presenten el resumen escrito de su intervención. Todos ellos pueden participar en la deliberación; la decisión es adoptada por la Corporación respectiva, dando respuesta escrita y razonada a las solicitudes ciudadanas. Pero este mecanismo tuvo objeciones en la sentencia 180 de 1994, ya que los Magistrados que hicieron salvamento de voto, argumentaron en su momento que es un mecanismo meramente formal y que se asimila al derecho de petición, porque se limita a suministrar información a los convocantes de este. La Corte Constitucional alude a los orígenes del mecanismo: Esta expresión de democracia directa remonta sus orígenes al derecho español del cual se adoptó en Latinoamérica durante la colonia. Más que una fórmula desarrollada por el derecho positivo indiano consistía en una práctica del fuero popular, mediante la cual se tomaban decisiones [...]1 .

También podría, implementarse procesos deliberativos en la consulta popular³⁵⁰, que permita generar un diálogo, consulta y análisis entre los interesados y afectados con decisiones o actuaciones públicas u oficiales en determinados territorios. Este espacio deliberativo contaría con procesos de selección al azar de representantes muy diversos de la sociedad, a modo de jurado que al final de un proceso de consulta con los actores, expertos, investigación puedan diseñar propuestas o proyectos de decisiones que sean consultadas con la ciudadanía. De hecho, esto fue lo que solicitó a la Corte Constitucional al Congreso en sentencia que definía la constitucionalidad de la consulta popular en temas sobre extractivismo de recursos naturales³⁵¹. Incluso exhorta “al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio, con fundamento en la parte motiva de esta providencia”.

Con relación al tema electoral, una propuesta similar hace James Fishkin, que consiste en formar paneles de ciudadanos que sean elegidos al azar, para evitar manipulación en su

350 "La consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta, de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos la decisión es obligatoria. Cuando la consulta se refiera a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente, las preguntas serán sometidas a consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República" (Artículo 8, Ley 134 de 1994). El procedimiento, en sus líneas generales, es el siguiente: el mandatario (Presidente de la República - con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado-; el gobernador -previo concepto favorable d de la Asamblea departamental-; o el alcalde - previo concepto favorable del Consejo o de la Junta Administradora Local-, según el caso) redacta la consulta en un texto que pueda ser contestado mediante un "sí" o un "no". La constitucionalidad de dicho texto es examinada por el respectivo Tribunal Administrativo en el caso de las consultas departamentales, municipales o locales, o por la Corte Constitucional en el caso de las de rango nacional. Se procede entonces a la respectiva votación teniendo claro que la decisión popular es vinculante si fue adoptada por la mitad más uno de los votos válidos siempre y cuando participe al menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

Ahora, si la consulta es sobre la conveniencia o no de convocar una Asamblea Constituyente, debe expedirse previamente la ley de convocatoria, la cual se remite a la Corte Constitucional para su respectivo control; luego se realizan las votaciones. Sólo se entiende convocada la Asamblea si así lo decide al menos la tercera parte de los ciudadanos que integran el censo electoral. En tal caso, en fecha posterior se eligen los delegatarios de la Asamblea Constituyente quienes elaboran la reforma siguiendo las directrices definidas en la consulta popular. La consulta se divide en obligatoria y facultativa. La primera cuando la Constitución exige que ella se lleve a cabo como *conditio sine qua non* para la adopción de ciertas decisiones. Así ocurre en eventos tales como la formación de nuevos departamentos (artículo297), vinculación de municipios a áreas metropolitanas o para la conformación de éstas (artículo319), ingreso de un municipio a una provincia ya constituida (artículo321). Es facultativa cuando no se origina en una exigencia específica de la Constitución, sino que el respectivo gobernante considera importante conocer la opinión del pueblo en torno a un asunto determinado. También en relación con la consulta popular, debe tenerse en cuenta que si bien se presenta como un mecanismo interesante en cuanto la decisión popularmente adoptada debe ser acatada, la verdad es que ello sólo ocurre en el evento de cumplirse el difícil requisito cuantitativo impuesto por la Ley. En efecto, en lo que hace a la consulta para convocar a una Asamblea Constituyente, la Ley prevee que ella sólo se entiende convocada si así lo decide al menos la tercera parte de los ciudadanos que integran el censo electoral. En este caso, la exigencia se fundamenta en el artículo376 inc.2 de la Carta. Ahora, frente a las demás formas de consulta popular también se hace esa exigencia, pese a que aquí no existe norma constitucional que sustente el requisito1. No obstante, la Corte Constitucional lo declaró exequible argumentando que "esta norma se ajusta a la Constitución, en cuanto reproduce el artículo 104 de la Carta Política"2, lo cual no guarda relación con la realidad pues el artículo104 constitucional se limita a prescribir que "la decisión del pueblo será obligatoria", sin condicionar este efecto a la participación de un número determinado de votantes.

Finalmente, en relación con el mecanismo de la consulta popular, es fundamental que las personas que van a ser consultadas tengan autonomía para tomar sus decisiones. Si se tiene en cuenta que tal autonomía se reduce ante factores como la miseria, el miedo o la ignorancia, ello hace que deban resolverse estos problemas so pena de terminar implementando un esquema de democracia participativa meramente formal.

351 Sentencia SU0095 de 2018.

elección y discutan asuntos públicos con personas que sean candidatas a cargos electivos.³⁵² Esto con el propósito de darle mayor valor institucional a espacios asamblearios de corte ciudadano, para que los asuntos políticos y públicos más importantes, se decidan a través de estos escenarios más diversos, que podrían ser representativos, pero siempre seleccionados al azar para evitar prácticas excluyentes ya instaladas. Temas como el aborto, los recursos naturales, el uso del suelo, la educación, los servicios públicos y sociales, el tema de seguridad etc. Podrían ser parte de las deliberaciones y decisiones de un sector de ciudadanía elegida de forma representativa, pero al azar. Esto permitirían el ejercicio pedagógico de ejercer ciudadanía de forma vinculante con las decisiones públicas que los afecte directamente. A su vez las poblaciones podrían elegir su participación en los temas y comunidad política a la que quieren pertenecer o donde pueden participar.

En últimas el ideal que persigue la democracia deliberativa, se basa en el artículo 2 de nuestra constitución política, donde todos deben tener la oportunidad de decir lo que piensan y poseer algún control sobre las decisiones que los afecte en sus derechos y su ciudadanía.

Nino cita a C.B. Macpherson por su sintonía con estas propuestas de ampliación de participación directa de forma deliberativa en la ciudadanía, pues afirma que la crisis de las democracias son producto de las desigualdades causadas por la falta de participación, por eso advierte que es necesario aumentar la forma en la que los ciudadanos intervienen en política, no para sobrecargar el sistema institucional, que de hecho también se encuentra en un proceso de deslegitimación a causa de su incapacidad por satisfacer las demandas y necesidades de las sociedades; sino para endilgar un sentido de mayor responsabilidad en la ciudadanía, generando recursividad y comprensión del aparato Estatal.

Esto conlleva a soluciones colaborativas entre la institucionalidad y la ciudadanía, permitiendo gobiernos democráticos y robustez en el Estado Social de Derecho, que son en últimas bienes públicos, que revierten en la generación de identidades de causas comunes o similares, ya que cuando existen problemas colectivos, como plantea Nino³⁵³, solo puede haber soluciones colectivas y no son tan genuinas las salidas individuales.

352 James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reforms* New Haven, Yale University Press, 1991, pp. 81-104.

353 Nino, C. S., & Saba, R. P. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa ed. Pág. 214.

3.5. Judicialización de derechos sociales con enfoque deliberativo

En cuanto a el enfoque deliberativo en la judicialización de los derechos sociales, podría ser significativo comenzar por volver a la premisa bien delineada por Alexander Hamilton³⁵⁴, quien consideraba con razón que la Constitución es la “sede” principal de la voluntad del pueblo y no en las decisiones de la legislatura, por tanto justifica la pertinencia del control de poderes a través del control constitucional y los jueces quienes declararan inexecutable cuando los actos legislativos estuviesen por fuera del marco Constitucional, pero como bien lo aduce Gagarella,³⁵⁵ tampoco significa superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo, lo que significa “que el poder del pueblo era superior al de ambas ramas del gobierno y, “en caso de que la legislatura- tal como está declarada en las leyes- fuera opuesta a la del pueblo- tal como está declarada en la Constitución- , los jueces deben estar gobernados por la segundan en lugar de la primera.”³⁵⁶”

(...) Gagarella también hace referencia al juez Marshall, que en ese mismo sentido se pronunció en la famosa decisión Marbury contra Madison quien declaró “el pueblo tiene el derecho original de establecer, para su futuro gobierno, principios tales como aquellos que, en su opinión, sean propicios para su propia felicidad”. (...).

Ahora bien, hay un reconocimiento de la visión pluralista de la democracia, que tiene como propósito que unos grupos no impongan su poder frente a otros incluso a costa del desconocimiento de derechos o vulneración de los mismos, por tanto no se concibe una ciudadanía homogénea o un “sentir popular” homogéneo, pues tanto individuos como grupos cuenta con motivaciones auto interesadas como diría Nino o impulsos egoístas como plantea Gargarella, que impedirían tomar decisiones para el bien de todas las facciones o individualidades que pertenecen al pueblo o la ciudadanía³⁵⁷.

Esto pone en un gran debate o interrogante sobre ¿Cual voluntad popular deben obedecer los poderes públicos? ¿las que están configuradas en facciones auto-interesadas o a las mayorías? ¿las facciones o grupos con poderes económicos o a los menos favorecidos

354 En el documento Número 78 de The Federalist Papers.

355 Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? Perfiles latinoamericanos, 13(28), 9-32.

356 Ibidem

357 Visión de democracia pluralista o Madisioniana, expresada en The Federalist Papers, num.10.

económicamente? En todo caso son grupos que no podría decirse que están por fuera de la ciudadanía o del pueblo, al que hace referencia como soberano supremo la Constitución.

Lo que lleva a complejizar las decisiones judiciales y en general las actuaciones administrativas del Estado, en cuanto a reconocimiento y declaración de derechos. Esto ha sido un marcado conflicto en Estados Unidos y que hoy se refleja en Colombia, porque el activismo judicial ha estado dirigido sobre la plataforma de la libertad individual, la libertad contractual y las fuerzas libres de mercado³⁵⁸, que en efecto favorecen una de las facciones populares con mayor poder económico.

Pero, aun así, la solución no se simplifica en obedecer a las mayorías que serían la mayor representación popular, pues se pone en riesgo los derechos de las minorías, o las decisiones populares de las mayorías, pueden ser objeto de manipulación informática y mediática.

Para Gargarella, esto nos lleva a la discusión sobre la democracia populista vs. la democracia pluralista, donde la populista reconoce que para que funcione la democracia requiere de ciertas condiciones o precondiciones planteadas por J.J. Rousseau, Thomas Paine y Thomas Jefferson, aunque con posiciones diferenciadas: “comunidad autogobernada, basada en ciudadanos activos y virtuosos. En su forma ideal, esta sociedad autogobernada está compuesta por ciudadanos que se identifican con su comunidad y que han tejido fuertes lazos solidarios con sus pares.³⁵⁹” Visión que supera la simple aprobación por mayorías.

“Asegurar el valor de la participación política requería de ciertas precondiciones sociales y económicas. En general, las mismas debían incluir la organización de la comunidad en unidades pequeñas y el “cultivo” de la virtud cívica.”

En el mismo sentido respecto a “el ideal del autogobierno defendido por tales visiones requería de una sociedad igualitaria y compuesta por individuos situados en posiciones sociales similares. Para Rousseau, por ejemplo, la existencia de intereses contrapuestos —o, lo que es lo mismo, la fragmentación de la sociedad en facciones—imposibilitaba que el pueblo identificara los comunes. En estos casos —sostenía Rousseau— cada individuo tendía a identificarse y a defender los intereses de su propio grupo, considerando erróneamente que este interés parcial representaba el de todos.

358 Premisas apoyadas por el Juez Story, Thomas Cooley (1868).

359 Gargarella, R. (2006). ¿ Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? Perfiles latinoamericanos, 13(28), 9-32.

En resumen, la formación de la “voluntad general” —o, a final de cuentas, el autogobierno— requería de la igualdad. Esa es la razón por la que una sociedad comprometida con el valor del autogobierno debería preocuparse sobre todo por la distribución de recursos.”³⁶⁰

Rescatar la democracia en el ámbito de derechos políticos, ha sido clásico en la democracia demoliberal, pero incluir la democracia en lo judicial y específicamente en derechos sociales, es novedoso y pertinente desde este enfoque, porque valora y evalúa el papel de los jueces en esta materia, y es una discusión que comenzó tal vez por la pregunta que suscitó el activismo judicial “cuando la “Corte de Warren” impuso su agenda progresista (en términos de derechos antidiscriminatorios, libertad de expresión, debido proceso legal, derechos de prisioneros y también el principio de los derechos de bienestar).

Frente a la “amenaza” de esa corte progresista y “activista”, algunos jueces y académicos influyentes, como los jueces Easterbrook y Bork, se preguntaron: “¿Acaso es correcto que la Corte, un comité de nueve jueces, pueda ser el único agente capaz de anular resultados democráticos?” (Bork, *The Tempting of America*: 201; Easterbrook, 1992).”³⁶¹

Pregunta válida también de forma opuesta, ya que las dos teorías, encontraron un común denominador en concluir que los jueces están obligados a asegurar los derechos civiles y políticos, pero no los sociales.

Pero si, por ejemplo, las bases filosóficas jurídicas de los jueces estuviesen fundamentadas en la democracia deliberativa o la democracia económica, ¿se obtendría los mismos resultados en los fallos? ¿Cuáles son las razones para basarse en estas teorías que da prioridad a unos derechos y deja por fuera a otros?

S bien en Colombia, hubo lugar a un activismo judicial, muy encaminado a la constitucionalidad de los derechos, las decisiones favorables para el bienestar y los derechos no pueden depender de dicho activismo judicial, ni de la supremacía judicial, porque lo que está sucediendo ahora, es que los miembros de la Corte por ejemplo cambien de posiciones

360 En Gargarella: Existen muchas y buenas ilustraciones de esta perspectiva, incluyendo los escritos agrarios de Thomas Jefferson; las propuestas de Thomas Paine sobre “ingreso básico”; el Reglamento Provisorio de José Artigas, para la distribución equitativa de los recursos en Uruguay (1815); y las iniciativas de Ponciano Arriaga (en la Convención constitucional mexicana de 1857) a favor de promulgar una constitución dirigida principalmente a resolver el problema de la distribución inequitativa de la tierra.

361 Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles latinoamericanos*, 13(28), 9-32.

políticas y esta visión de corte progresista, dependa de la “buena voluntad de los jueces” de forma volitiva y no principialista, especialmente cuando se trate de cumplir con estándares internacionales en las garantías y respeto de los derechos humanos, particularmente de DESC no solamente en beneficio de las facciones privadas de la ciudadanía, sino principalmente de quienes se encuentra en condición de desigualdad y vulnerabilidad que profundizan la injusticia en las relaciones sociales, económicas y políticas de un país.

Por tanto, es acertado el planteamiento de Gargarella en el sentido de que la democracia deliberativa en las revisiones judiciales y en general en la actuación de los jueces debe pasar por discutir la supremacía judicial. Comenzando por ejercer prácticas de gobernanza y gobernabilidad, generando mayor diálogo entre el legislativo y el judicial a la hora de las revisiones, pero también, escenarios de dialogo entre los poderes estatales y la sociedad en su expresión representativa más imparcial.

Esto en una mirada clásica institucional se vería como imposible, pero este valor deliberativo podría enmarcarse en el ideal regulativo que ha funcionado para el activismo judicial en Colombia, que permite equilibrar las relaciones, garantizar derechos a grupos vulnerables a la hora de la participación y el diálogo intersectorial e interinstitucional, que permitan solucionar y transformar conflictos de fondo, teniendo en cuenta todos los intereses del espectro de la ciudadanía que lo conforma, esto permitiría darle cabida a que los jueces sigan tomando decisiones desde los fines de la democracia deliberativa, de hecho en el pasado la Corte Constitucional en Colombia lo ha hecho,³⁶² no es una novedad.

Lo novedoso es incluir dentro de los procedimientos institucionales, actuaciones y prácticas el diálogo interinstitucional con la sociedad, que dé prioridad a la fuerza de los mejores argumentos, enmarcados en condiciones pares y garantistas en la participación de los representantes de cada sector e institución. El ejemplo de Argentina puede dar luces al respecto.

362 La Corte Constitucional ha decidido sobre muchos derechos sociales en Colombia y lo ha hecho desde un enfoque deliberativo, donde ha anulado leyes por ejemplo el estatuto antiterrorista por considerar que no se dio debate transparente en cuanto a las conveniencias o razones de aprobarla o no. Y el cambio intempestivo de un día para otro de los congresistas; al igual que la aplicación de la doctrina de “modulación de los efectos de las decisiones” que consiste en armonizar la preservación de la Constitución y el respeto por las leyes expedidas por el legislador. Entre otros como de reconocerle las prerrogativas en materia de derechos a las personas privadas de la libertad, estableciendo un tiempo de cuatro años para hacerlo (T-153 1998); en el mismo sentido falló la Corte a favor de las personas en condición de desplazamiento.

3.6. Recursos Naturales, Conflictos socioambientales y participación deliberativa.

Se proponen algunos ejemplos que podrían funcionar como mecanismos para el ejercicio de la democracia deliberativa a la luz de los conflictos socioambientales, que parte por reconocerlos y buscarles soluciones a partir de una visión de gobernanza, desde los principios rectores y participación ciudadana.

Una visión institucional y administrativa sobre políticas extractivas de los recursos naturales, nos lleva necesariamente al análisis de los principios de coordinación y concurrencia respecto del uso de suelo en la explotación de recursos naturales porque esto es lo que está en juego y que en el país no se ha logrado materializar: concertación Gobierno central con autoridades territoriales / participación ciudadana.

En la explotación minero energética, dentro de esa línea jurisprudencial, se ha fijado el criterio conforme al cual las limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales y regionales en materias en las cuales exista concurrencia de competencias de entidades de distinto orden, deben estar justificadas en la existencia de un interés superior, y que la sola invocación del carácter unitario del Estado no justifica que se le otorgue a una autoridad nacional el conocimiento de uno de tales asuntos en ámbitos que no trasciendan el contexto local o regional, según sea el caso.

Para la Corte, equivale a decir que las limitaciones a la autonomía resultan constitucionalmente aceptables, cuando son razonables y proporcionadas.

El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la administración. Ello implica, como se mencionó en el capítulo II de esta tesis que, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, debido a la materia estén llamadas a participar. La sentencia C-123 de 2014 sobre el particular, precisó: “De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad.

La Política Minera Nacional reconoció la necesidad de contar con mecanismos de participación y diálogo entre la Nación y los demás entes territoriales, siempre partiendo de reconocer que la actividad minera: 1) genera desarrollo y 2) debe ejecutarse en los territorios bajo los lineamientos nacionales, pero garantizando la planeación y el ordenamiento territorial.

En este sentido, la Resolución número 40391 de 2016 precisó: (i) “Teniendo en cuenta que la minería es fundamental para el desarrollo no solo del país sino de las regiones, debe existir consenso en que la minería se debe desarrollar, siempre y cuando se haga bajo los mejores estándares. (ii) Se deben fortalecer las intervenciones de las entidades del Gobierno en los territorios, como lo estableció la Sentencia C-123 de 2014 y la C-035 de 2016, lo cual refleja una fuerte presencia del Estado y de la institucionalidad en las regiones (...) lo que contribuirá a un ordenamiento minero compatible y alineado con la planeación y el ordenamiento territorial de las áreas en las que se desarrolla la actividad, atendiendo así los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. (iii) Conociendo la importancia del ordenamiento territorial en el desarrollo de las actividades productivas, se hace necesario contar con un ordenamiento del sector minero planeado y concertado con las autoridades territoriales, con el fin de que los nuevos proyectos se desarrollen de manera armónica con los demás sectores y generen desarrollo en sus poblaciones de impacto”.

Así las cosas, la actual política minera reconoce que: (i) Se debe escuchar a las autoridades municipales y departamentales a la hora de ejecutar proyectos mineros. (ii) Sin embargo a pesar de que surjan oposiciones, la minería se debe desarrollar y (iii) la gran minería y el desarrollo sostenible no son conceptos que se contraponen.

En ese mismo sentido, la Sentencia C-123 de 2014 identificó el alcance del núcleo esencial del derecho a la autonomía de los entes territoriales de cara a la posibilidad de prohibir exclusiones mineras en la totalidad o ciertas zonas del municipio. En este sentido, precisó lo siguiente: (i) Excluir a los consejos municipales del proceso de regulación y reglamentación de estas desconocen los principios de concurrencia y coordinación que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y las entidades del nivel nacional.

(ii) La disposición acusada (se refiere al artículo 37 del código de minas) elimina por completo la competencia de concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de las actividades de exploración y explotación minera, lo cual afecta el derecho de los municipios y distritos de gobernarse por autoridades propias.

(iii) En efecto, la imposibilidad de excluir zonas del territorio municipal de la exploración y explotación minera, priva a las autoridades locales de la posibilidad de decidir sobre la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesorio o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital

(iv) De esta forma, cercenar en absoluto las competencias de reglamentación que los concejos municipales tienen respecto de la exclusión de la actividad minera, no es algo accesorio o intrascendente respecto de la competencia general que la Constitución les reconoce en los tantas veces mencionados artículos 311 y 313.

Del desarrollo sostenible se desprenden, al menos, cuatro elementos recurrentes: 1. Necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (equidad intergeneracional); 2. Explotar los recursos de una manera sostenible, prudente y racional; 3. Uso equitativo de los recursos naturales; 4. Necesidad de que las consideraciones medioambientales estén integradas en los planes de desarrollo. Enfoque basado en derechos humanos ONU: Por su parte, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, en igual medida, ha precisado que el desarrollo no puede ser una noción que justifique la vulneración de los derechos humanos.

Sobre el particular manifestó “El derecho al desarrollo solo puede hacerse realidad cuando existe, a nivel nacional e internacional, un sólido marco de rendición de cuentas al respecto que respete la justicia social y los derechos humanos. Los gobiernos mantienen la función primordial de asegurar la supervivencia, la subsistencia y la dignidad de su población”.

En cuanto a ejemplos con diseños institucionalizados de democracia deliberativa, en el marco de conflictos socioambientales, un buen ejemplo es el mecanismo MICI Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación del Banco Interamericano de Desarrollo - BID,

que en entrevista con el señor Gastón Ain Bilbao³⁶³, explicó la forma en que funciona en un caso concreto en Argentina:

“En la Argentina se tiene institucionalizado el diálogo en su fase de consulta. Se tomaron cinco años para monitorear a la población afectada, se crearon formas de gobernanza local informal en zonas afectadas por particulares y por las instituciones. Es latente que no hay un modelo correcto que permita abordar la conflictividad en donde se encuentra, ya que la sociedad se encuentra sobrecalentada e inmersa en una conflictividad de alta tensión.

Los mecanismos de conservación y de protección del medio ambiente (Art 29 de la carta de la ONU) son un mecanismo internacional que tiene alcance regional en donde otorga la capacidad productiva de los territorios y recursos, asegurando la conservación, protección y no discriminación de los pueblos indígenas. Los mecanismos de reclamación son poco conocidos en las comunidades, y desde el momento en que llega la queja, hay una serie de tiempos procesales que hace que la duración sea larga; esto lleva a que se necesite una relación de sinergias para la construcción de mecanismos que tengan unos mejores criterios de efectividad que no llegue a lo judicial.

Esto se realiza por medio de organizaciones que prestan apoyo continuo a la comunidad. Cuando se hace necesario fomentar espacios de diálogo, es la comunidad quien define el idioma, el tiempo, los moderadores, también acompaña los mecanismos de consulta informales con facilitadores locales y nacionales. Se tiene mucho cuidado con la prensa oral y escrita, es decir, se debe tener cuidado con los mecanismos de comunicación, ya que de esto depende que la resolución del conflicto no se complejice y transite lo mejor posible para las partes. Cuando se trabajan los temas de manera institucionalizada como, por ejemplo, los medios de consulta, el resultado no puede ser sí o no, éste debe ser un acuerdo o negociación en donde exista participación de la comunidad.

Hasta ahora funciona bien a nivel del Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación – MICI-, ya que, desde el comienzo, define el universo de documentos que van a ser utilizados durante el proceso, permitiendo darle un nivel de protección a ese escenario.

363 Coordinador de la fase de consulta del MICI – BID <https://www.iadb.org/es/mici/nombramiento-de-coordinador-de-fase-de-consulta-del-mici>. Presentación en el marco del foro Regional registrada en las memorias: Estrategias de Diálogo para la participación y la Paz. Foro Regional de Diálogo Constructivo en América Latina, Recursos Naturales, Territorio y Democracia, Bogotá D.C. Colombia 2017. Programa Puentes para la Paz. Editorial Gente Nueva, pág. 28.

Se desarrolla una planeación de visitas conjuntas a los espacios, se permite el acceso de las comunidades a los documentos en su propio idioma. Todo esto lleva a mejorar las condiciones, ya que, si no se llega a un acuerdo, por lo menos el diálogo no debe empeorar.

Gastón Aín argumenta que, en un contexto de multiplicación de demandas, fragmentación de viejos actores y emergencia de nuevos; polarización política y social y persistente; desigualdad horizontal, los regímenes democráticos requieren espacios múltiples y complementarios que, en momentos críticos, aumenten las capacidades de las sociedades para procesar y resolver los conflictos de manera pacífica, promoviendo así la sostenibilidad y consolidación de los propios sistemas democráticos.

Estos espacios complementarios de naturaleza judicial y extrajudicial, estatal y no-estatal, administrativa y legislativa, pueden contribuir a abordar la conflictividad de manera pacífica, constructiva y sostenible siempre que ofrezcan canales genuinos de participación y espacios de búsqueda de soluciones y reparaciones para las comunidades que sufran las consecuencias negativas de los procesos de desarrollo. Para definir al conjunto de redes dinámicas e interdependientes de estructuras, mecanismos, recursos, valores y habilidades que, a través del diálogo y la consulta, contribuyen a la prevención de conflictos y a la consolidación de la paz en una sociedad. El antiguo Secretario General de la ONU, Kofi Annan, acuñó el término “Infraestructuras para la Paz”, en sintonía con la tradicional clasificación de Johan Galtung.

La existencia de mecanismos de reclamación o rendición de cuentas a nivel local o de proyecto, nacional e internacional puede contribuir al tratamiento y abordaje no violento de situaciones de conflicto social y a la elaboración de soluciones que incorporen las perspectivas de las partes afectadas y contribuyan a un cambio sistémico. En el ciclo de vida de un conflicto socio ambiental, los mecanismos de reclamación operacional incorporados en los principios rectores de la ONU para empresas y derechos humanos (principio 29) pueden ofrecer una ventana de oportunidad entre la manifestación inicial expresada en preocupaciones, dudas e inquietudes, por un lado, y una derivación en conflictos y episodios de violencia por el otro. Si bien el desarrollo institucional de estos dispositivos es reciente y, por ende, un balance de su funcionamiento ofrecerá claroscuros, una ventaja evidente de los

mecanismos no judiciales de reclamación es su relativa rapidez de acceso, su costo reducido para los reclamantes y su potencial alcance internacional³⁶⁴.

En el mismo sentido, la posibilidad de presentar reclamos por daños potenciales ofrece un espacio de alerta temprana ante conflictos y potenciales violaciones a los derechos humanos aún no consumados. La detección de patrones sistémicos permite a los actores estatales y privados corregir comportamientos y adaptar su práctica. En el caso del MICI, el Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación del BID, incorpora e institucionaliza el diálogo como metodología principal a su fase de resolución de problemas y antes de alcanzar la fase de verificación de la observancia. La fase de consulta o problem solving del MICI ofrece una oportunidad para abordar los temas planteados en la solicitud de manera dialogada, imparcial y equitativa y con un diseño flexible que aspira a incorporar las preferencias de las partes (solicitantes, Administración del BID y Agencia Ejecutora) a la metodología que será finalmente utilizada para el diálogo.

La participación en la Fase de Consulta es de carácter voluntario y los actores pueden retirarse unilateralmente del proceso en cualquier momento. Según la política del MICI; la fase de consulta finalizará en un plazo máximo de 12 meses a partir de la emisión del reporte de evaluación inicial de condiciones, que generalmente incluye misiones al terreno en donde está emplazado el proyecto objeto del reclamo. El director del MICI puede extender dicho plazo si considera que esto puede ser funcional para alcanzar un acuerdo entre las partes³⁶⁵.

Este tipo de mecanismos, pueden analógicamente ser implementados en lineamientos de iniciativas legislativas para la creación de instancias y escenarios de participación en Colombia a la hora de concertar, dialogar y participar los asuntos de conflictos socioambientales, que tienen que ver con políticas económicas de extractivismo.

Otro claro ejemplo de avance a nivel internacional en materia de participación ambiental fue el acuerdo de Escazú, (..) (acaba de ser suscrito por Colombia en diciembre de 2019) Según Sáenz “es el primer pacto jurídicamente vinculante para los países de América Latina y el Caribe en materia de justicia y asuntos ambientales que pretende hacer operativos para

364 Ibidem.

365 Presentación en el marco del foro Regional registrada en las memorias: Estrategias de Diálogo para la participación y la Paz. Foro Regional de Diálogo Constructivo en América Latina, Recursos Naturales, Territorio y Democracia, Bogotá D.C. Colombia 2017. Programa Puentes para la Paz. Editorial Gente Nueva.

la región los derechos de acceso contemplados en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Dicho acuerdo tuvo su origen en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Rio de Janeiro en el año 2012, en la que 20 países latinoamericanos.

El Acuerdo se adoptó el 4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica, como resultado de un trabajo multilateral, abierto a la participación del público y dirigido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Dicho instrumento ha sido considerado pionero en la protección y salvaguarda de asuntos ambientales desde una perspectiva de derechos (CEPAL, 2018)³⁶⁶.

Dicho acuerdo se fundamenta en tres derechos fundamentales: 1. Acceso a la información ambiental que tiene dos propósitos, uno la máxima publicidad que debe realizar en Estado cuando se trate de asuntos ambientales y por el otro que sea asequible y en ese sentido se propone crear tres mecanismos que permitan garantizar el derecho de acceso a la información ambiental. a. creación de instituciones imparciales que garanticen el acceso; b. Construcción de un Sistema de Información Ambiental (SIA) actualizado con información sobre tratados y acuerdos internacionales, legislación, actos administrativos etc. Que esté organizada y georreferenciada con la intención de que concurren tanto el sector público como social y privado. c. Publicación de informe nacional sobre el estado del medio ambiente.

2. Derecho de acceso a la participación pública en las decisiones ambientales que pretende asegurar la participación de la población mediante la apertura e implementación de mecanismos deliberativos, con incidencia ciudadana en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales. Participación que debe estar garantizada desde el principio de las consultas para la toma de decisiones públicas y administrativas o en el diseño de políticas públicas que dé cuenta de la factibilidad política de cualquier decisión gubernamental y que sea producto de consensos en la decisión final. (CEPAL 2018a). Lo que podría ayudar a la prevención de conflictos socioambientales, porque se está dando paso a espacios deliberativos que permitan diseños de política pública de forma colaborativa.

³⁶⁶ Zamora Sáenz, I. (2019). El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental.

3. Derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, es lo más innovador del acuerdo, que concita a los Estados a respetar el debido proceso relacionado con asuntos ambientales, ya sea para demandar justicia en materia derechos ambientales, ya sea para garantizar imparcialidad de la rama judicial en sus sentencias. En ese mismo sentido el Estado que suscriba el acuerdo debe comprometerse a tomar medidas eficaces para garantizar la vida e integridad de personas que son defensoras de derechos humanos y derechos ambientales³⁶⁷.

El acuerdo se abrió a firmas desde el 27 de septiembre de 2018, para que entre en vigor tiene que ser ratificado por 11 Estados. Una vez suscrito por los países contraen la obligación de su implementación a nivel legislativo, reglamentario y (o administrativo. Los países que han firmado este instrumento legal -el primer tratado ambiental de la región- a la fecha son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay.

El Acuerdo entrará en vigor una vez que obtenga 11 ratificaciones. A la fecha ya ha alcanzado la mitad y varios países se encuentran en proceso³⁶⁸. Como se evidencia, Colombia es uno de los países que aún no lo ha suscrito.

Otro ejemplo más local, tiene que ver con el proyecto implementado en la Defensoría del Pueblo que en entrevista con Fernando Angulo, quien es el coordinador del mismo del instituto Creer:³⁶⁹ “Luis Fernando Angulo, de la organización CREER, presentó un trabajo que vienen realizando sobre el análisis de la actividad minera en algunas regiones y, en particular, cómo es el manejo del sistema de quejas comunitarias en torno al impacto de las actividades mineras en su territorio, con un enfoque de ejercicio de derechos y en ese estudio que realizaron, avanzaron en generar procesos de diálogo que permitieron identificar algunos estándares de buenas prácticas, a partir de conectar a las quejas comunitarias con los mecanismos de quejas oficiales.

367 Los mecanismos que propone para cumplir con este derecho son los siguientes:

- Órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental.
- Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos.
- Disponer de medidas cautelares y provisionales para prevenir, mitigar o recomponer los daños al medio ambiente.
- Contar con mecanismos de reparación que permitan restituir el estado previo al daño, la restauración, la compensación y la atención a las personas afectadas, por mencionar algunas.

368 <https://www.cepal.org/es/noticias/paises-signatarios-acuerdo-escazu-realizaran-su-primera-reunion-trabajo-11-12-octubre-costa>

369 Luis Fernando Angulo- Director Ejecutivo de CREER - Centro Regional de empresas y emprendimiento responsable. <http://netfor.com.co/creer/portfolio-item/luis-fernando-de-angulo/>

Esto tiene tres pilares: acceso, atención y no repetición, lo que llevó a revisar 13 procesos que tienen que ver con lo que ocurre en el territorio, la manera en la que la ciudadanía se acerca a las instituciones, la manera en la que son o no atendidos/as, la manera en cómo se escalan esas quejas a espacios en donde el ciudadano/a ya no tiene un nexo, una conexión, que como entran a la deriva, ya no se saben en dónde están los casos. Por ejemplo, en Colombia tenemos una herramienta que es el derecho de petición y que, al no ser atendida en término, el funcionario puede ser sancionado, pero no hay alguna manera de saber o de hacer seguimiento para conocer si la respuesta tuvo una atención material o no, simplemente se da traslado³⁷⁰.

Para ese proyecto se analizaron los sectores de minería, infraestructura y agroindustria. Se convocó a empresas de esos sectores, a entidades que tienen que ver con regulación y monitoreo de esos sectores, y se convocó a instituciones que tienen que ver con la promoción, atención o protección de derechos como la defensoría y procuraduría, para poder establecer las brechas y, como quiera que no hay un estándar, para hacer un análisis sobre la línea base que se había trazado y en aquel momento se construyó con esos grupos un deber ser que fuera práctico, que fuera viable, que permitiera identificar prácticas actuales, que pudieran ser utilizables, para luego generar esa base necesaria para que fuera objeto de ajustes regulatorios.

En esta etapa del proceso de investigación, se están haciendo las recomendaciones finales, así como se prepara la realización de tres planes pilotos orientados a generar capacidad para aplicar por ejemplo un sistema de alertas tempranas y medidas urgentes para algunas situaciones que permita, desde un protocolo, decirle anticipadamente a cada una de las partes qué es lo que pueden o deben hacer. En esas tareas conjuntas entre comunidad, empresa, agencias y gobierno, éstos pueden trabajar juntos en un mismo objetivo para la generación de confianza, y es una manera de ir quitando prejuicios y sesgos, además, permite ver a los actores como son, creando compromisos compactos. Todo esto también ayuda a atenuar algunas conductas posiblemente válidas en el activismo, en la protesta y en capitalizar la situación pero que en la mesa los pone a todos en un modo más proactivo³⁷¹.

370 Luis Fernando Angulo- Director Ejecutivo de CREER - Centro Regional de empresas y emprendimiento responsable. <http://netfor.com.co/creer/portfolio-item/luis-fernando-de-angulo/>

371 Ibidem

3.7. Modelos democráticos deliberativos en Chile y Argentina.

- *Caso de Chile*

Angélica France miembro de la Agencia de Sustentabilidad y cambio Climático ASCC³⁷², en entrevista comenta sobre una propuesta pública, que consiste en la prevención de conflictividad en los proyectos de inversión, en donde se establece un proceso de acuerdo de pre-inversión voluntario en el cual el Estado se convierte en un facilitador garante, en un proceso de diálogo temprano. El proyecto tenía que ser discutido con la comunidad, con el gobierno local y ahí el estado nacional se convierte en una especie como de tercer ojo y, sobre todo, busca que se realice el debido proceso; siguiendo la línea que tengamos de diálogo temprano entre aquellos que están promoviendo el proyecto y la comunidad, puede llegar a haber mayor capacidad para generar acuerdos en torno a la viabilidad de esos proyectos, una política pública interesante que obviamente tiene el desafío de salir de sus condiciones de piloto para pasar a una instancia digamos más consolidada.

Este tipo de mecanismos de participación y de gestión de alianzas público- privadas, está regulado a nivel legal en Chile para el caso de seguimiento y control a los Acuerdos de Producción Limpia regulado por la Norma Chilena # 2807³⁷³, aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008 y declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N°501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicada en el Diario Oficial del 14 de abril de 2009.

Que viene a anular la norma NCh2807.Of2003 que establecen “Acuerdos de Producción Limpia, en adelante APL, que se firman entre empresas y los organismos de la administración del Estado con competencias en las materias del Acuerdo, se inician con un diagnóstico base de los aspectos de Producción Limpia. El objetivo de este diagnóstico es establecer la situación en que se encuentra el sector antes de firmar el Acuerdo e identificar las posibles acciones a ejecutar para su mejoramiento. Una vez firmado el Acuerdo por parte de las

372 Agencia multisectorial e interestatal chilena, que a su vez hace parte de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) que tiene como misión fomentar la inclusión de la dimensión de cambio climático y el desarrollo sostenible en el sector privado y en los territorios. Compuesta por un Consejo Directivo mixto, entre ministros y secretarios del área ambiental, gerentes de gremios productivos y sindical.

373

[http://www.agenciasustentabilidad.cl/resources/uploads/documentos/archivos/56/acuerdos_de_produccion_limpia_\(apl\)_diagnostico_seg_uimiento_y_control_evaluacion_final_y_certificacion_de_cumplimiento_nch_2807-of2009.pdf](http://www.agenciasustentabilidad.cl/resources/uploads/documentos/archivos/56/acuerdos_de_produccion_limpia_(apl)_diagnostico_seg_uimiento_y_control_evaluacion_final_y_certificacion_de_cumplimiento_nch_2807-of2009.pdf)

empresas, se realiza el diagnóstico inicial de cada una de las instalaciones adscritas, para evaluar su estado respecto de las acciones y metas comprometidas, siguiendo el método definido en la presente norma o en el propio Acuerdo. Para la realización de dicho diagnóstico, las empresas pueden contar con el apoyo del sector empresarial respectivo y de los instrumentos de fomento disponibles.

Durante la implementación del APL, en las instalaciones adscritas se deben realizar auditorías con la periodicidad pactada en el Acuerdo, que den cuenta del avance de las acciones y metas comprometidas. Cada auditoría genera un informe en donde se establece el nivel de cumplimiento de las acciones y metas. Estos informes son consolidados por el sector empresarial y enviados al Consejo Nacional de Producción Limpia, en adelante CPL, para que valide que el informe remitido cumple con todos los requisitos establecidos en la presente norma, luego de lo cual lo distribuye a los organismos de la administración del Estado que hubieren firmado el APL. Finalizada la implementación del APL, se debe realizar la auditoría final de este por un auditor registrado, quien genera un informe de evaluación final de la conformidad, que servirá de base para la obtención del certificado.” Esto genera el desarrollo de relaciones colaborativas y de gobernanza entre el sector privado de la sociedad y el Estado, lo que significa un avance, en materia ambiental y mitigación del cambio climático desde un claro ejemplo de ejercicios de gobernanza.

Otro ejemplo, de hecho más relevante en el enfoque deliberativo tiene que ver con la creación de un protocolo operativo de acuerdos territoriales o de acuerdos voluntarios, impulsados por la Agencia ASCC, que tiene como propósito, (...) “a través de metodologías de participación, buscan mejorar los estándares productivos y socioambientales de las empresas y los territorios, acorde con el desafío de adaptarse y avanzar hacia una economía resiliente a los efectos del cambio climático, elementos que se reflejan en el Acuerdo Voluntario para la Gestión de Cuencas (AVGC)”³⁷⁴.

Esto ha llevado a la generación de una gran disposición de empresas, comunidades y autoridades a construir confianza y asumir compromisos de forma voluntaria desde un marco público- privado de carácter colaborativo, basado en acuerdos territoriales. Estos acuerdos requieren mecanismos formales de participación, que han resultado en una amplia gama de

374 http://www.agenciasustentabilidad.cl/resources/uploads/documentos/protocolo_operativo_3.pdf

diseños, instrumentos, iniciativas y gestiones públicas para el fomento de la producción limpia.

Dentro de los resultados esperados en esta metodología de participación diseñada por la Agencia, existen tres que tienen que ver con participación con enfoque deliberativo, gobernanza e impulso del bien común: el número “5. Aumentar los espacios de participación para aquellas organizaciones de usuarios o grupos de interés menos formalizadas que buscan resolver los problemas de la cuenca y mejorar su gestión”³⁷⁵; el “3. Desarrollar articulaciones y alianzas para el cuidado del patrimonio ambiental, el buen estado y funcionamiento de los ecosistemas, el reconocimiento y valorización de los servicios ecosistémicos y/o la preservación de especies (en categoría de conversación).;”³⁷⁶ y el número “1. Contribuir al uso y al manejo eficiente y sostenible de los recursos naturales en actividades productivas de la cuenca y fomentar la Producción Limpia en las empresas del territorio”.

Para tener más detalle de la metodología implementada por esta agencia se puede consultar el protocolo, sin embargo es de resaltar, que puede ser una metodología muy pertinente que se cree legislativamente en Colombia como fórmula para cumplir con las exhortaciones que la Corte Constitucional le hace al Congreso en la última sentencia SU 095 de 2018, exhorta al Congreso a diseñar este tipo de mecanismos de participación, que contemplen el diálogo, como una solución intermedia a la consulta popular o a las reformas que pretenden restringir la participación, como lo hizo la sentencia C 053 de 2019, que declaró inexecutable el artículo 33 de la ley 136 de 1994. Muy pertinente para abordar la conflictividad socioambiental en Colombia, vinculada con el derecho fundamental de participación, ordenamiento territorial, gobernanza y mecanismos de participación como la consulta popular.

- *Caso de Argentina*

Raquel Munt - Directora Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos de Argentina³⁷⁷ menciona que, a lo largo de las últimas décadas, Argentina -y

³⁷⁵ http://www.agenciasustentabilidad.cl/resources/uploads/documentos/protocolo_operativo_3.pdf

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ Ponencia registrada en el marco de Memorias: Estrategias de Diálogo para la participación y la Paz. Foro Regional de Diálogo Constructivo en América Latina, Recursos Naturales, Territorio y Democracia, Bogotá D.C. Colombia 2017. Programa Puentes para la Paz. (Democracia Gobernanza y Territorio 35 – 65). Editorial Gente Nueva. Presentada por la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina - <https://www.argentina.gob.ar/justicia/mediacion>; <https://www.argentina.gob.ar/justicia/mediacion/normativa>; <http://www.defensoriaparana.gov.ar/centro-de-mediacion/programas/>

Latinoamérica- ha vivenciado una transformación en la estructura de los conflictos sociales que desafían la capacidad de respuesta del Estado. Este panorama regional ha llevado a la irrupción de un tipo especial de conflicto que es el que abarca a los estados, las comunidades en condiciones de vulnerabilidad y las empresas. Dichos conflictos tienen un alto nivel de complejidad social, lo que implica un gran desafío para todos los que trabajamos en la gestión de la conflictividad a fin de promover la estabilidad estatal, la paz social y el acceso a la justicia.

En las sociedades latinoamericanas, se están gestando nuevas fracturas del tejido social para las cuales el viejo modelo de Justicia no tiene capacidad de respuesta ni herramientas adecuadas de intervención debido a que tiende a una simplificación de los conflictos, encorsetándolos en vías procedimentales que no siempre se adecúan a la realidad ni a la necesidad de las personas, situando a las partes como actores secundarios en los procesos de justicia. En consecuencia, se vuelve necesario un reforzamiento estatal que priorice el cumplimiento de Derechos Humanos, ya que no basta el sistema legal para que los mismos se cumplan.

Para esto, los estados deben incorporar tres dimensiones fundamentales:

La Justicia Social: Que tenga a la persona humana como activa, participante y beneficiaria; 2) La Participación Democrática: Centrada en la co-construcción horizontal, intersectorial y respetuosa de las diferencias; 3) La Cooperación Internacional: La importancia de la gobernabilidad para compensar los desequilibrios, incluye la existencia de programas y políticas nacionales con apoyo internacional (Piovesan, 2013).

A partir del año 2016, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, a través de la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, ha puesto en marcha el Programa Acción Sin Daño, desde el cual se pretende generar capacidades en los poderes ejecutivos y judiciales para la implementación de procesos de diálogo facilitado que permitan la prevención, gestión y transformación de los conflictos sociales complejos³⁷⁸.

378 Ibidem

En el marco de dicho programa, los operadores de la Justicia Federal (principalmente Jueces y Fiscales) han comenzado a derivar a la Dirección Nacional de Mediación conflictos sociales de alta complejidad para que, en el marco de la causa judicial, se generen procesos colaborativos que permitan dar una respuesta sostenible y adecuada a la realidad de las partes a fin de desescalar la violencia, dar un real cumplimiento de derechos y construir sentencias sostenibles.

Ahora bien, frente a esta situación cabe preguntarse ¿por qué desde el poder judicial han comenzado a solicitar asistencia para la implementación de procesos de diálogo facilitado en el marco de las causas judiciales? La respuesta a esta pregunta está vinculada a las lógicas mismas de los procedimientos jurídicos tradicionales, los cuales encuentran limitaciones a la hora de dar soluciones a conflictos de alta complejidad, ya que, como plantea Rubén Antonio Calcaterra (2016), el poder judicial, de manera creciente, va presentando dificultades dado que tiende a una simplificación de los conflictos, encorsetándolos en vías procedimentales que no siempre se adecúan a la realidad y necesidad de las personas³⁷⁹.

El conflicto, en el ámbito judicial, no puede resolverse solo con los elementos disponibles, por ello es necesario ensayar nuevas estructuras y dispositivos. En este sentido, se vuelve necesario que los sistemas de justicia trabajen para la resolución del conflicto, y no tanto pensando en la sentencia y el proceso. Si bien en Argentina se han implementado procesos de diálogo facilitado para la transformación de conflictos sociales complejos, no hay muchos antecedentes de intervenciones promovidas y solicitadas por los operadores judiciales. En consecuencia, la metodología que la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de resolución de Conflictos desarrolla para la generación de dispositivos dialógicos que permitan la gestión pacífica y sostenible de los conflictos sociales en el marco de causas judiciales, es una estrategia innovadora y una pieza clave para la construcción de un modelo de justicia adecuado a las necesidades de nuestras comunidades y a la realidad social, política, cultural y económica del siglo XXI. El tema de los conflictos sociales ha sufrido una gran transformación, por lo cual las acciones llegan a ser insuficientes.

Desde sus inicios, éste programa manejó el conflicto de manera propositiva, involucrando a las comunidades y favoreciendo el diálogo constructivo con un efectivo

379 Ibidem.

acceso a la justicia, en especial, a poblaciones que por distintas situaciones no tenían esa vía como opción. Aquí se le pedía al ejecutivo y judicial pudieran resolver de manera resolutive la conflictividad, para esto, la comunidad empieza a hacer un trabajo previo y activo, generando diálogos constructivos que facilitarían el acceso a la justicia y fortalecerían los derechos.

A través del diálogo, se creó la conformación de sucesos necesarios para cumplir el fin:

- Primera convocatoria realizada por el Poder judicial.
- Justicia social: Generar más y mejores escenarios democráticos.
- Galtung: por la enorme complejidad de los casos, se requieren respuestas complejas.
- Modelos preventivos: Intervención a través de un juzgado federal. Un inadecuado proceso legal puede desatar consecuencias sociales no deseables; en la Argentina, por ejemplo, en 120 centros, el 63% de los casos que reciben son escalados, es decir, que no funcionan los dispositivos preventivos, además, los costos aumentan porque el proceso sobre el conflicto ya ha avanzado. Azuela y Cancino (2014) indican que “La justicia tiende a crecer en conflictividades”³⁸⁰.

Ahora, si las comunidades en situación de vulnerabilidad no tenían acceso a la justicia o era limitado, esta era una fórmula de despojar el conflicto de las partes, lógica y propia de procedimientos judiciales encaminados a la Resolución de Conflictos. LAS 100 REGLAS DE BRASILIA - DD.HH. y acceso a la justicia para personas y grupos de atención prioritaria, es un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad, y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables.

380 Ibidem.

Conclusiones

Este capítulo permitió de manera rigurosa, identificar el estado de arte en materia de desafíos que tiene el modelo democrático colombiano, tanto para desarrollar de forma más intencional el derecho a la participación, como las condiciones que requiere para lograr implementar enfoques deliberativos en su sistema.

Permite concluir entonces que Colombia no ha logrado apropiarse de estos nuevos escenarios y tendencias globales de forma satisfactoria, porque sus desafíos se mantienen e incluso profundizan, debido a factores de desequilibrio de poder, conflicto social y armado, deslegitimidad e ilegalidad, que han venido debilitando la democracia a lo largo de la historia y que se reflejan en sus políticas públicas implementadas tanto en sus leyes, visiones institucionales, dinámicas locales y nacionales que han generado debilidad institucional falta de gobernabilidad y gobernanza que por supuesto afecta la participación y la democracia.

Es oportuno este ejercicio académico, que permite identificar el punto de partida y la complejidad en la que se encuentra Colombia, para lograr la superación de brechas entre las aspiraciones constitucionales y el marco legal regulativo del derecho fundamental de participación; por tanto es pertinente hacerlo, en tiempos tan complejos como los que está atravesando el mundo y Latinoamérica, tensiones y conflictos relacionados con democracia, cambio climático, recursos naturales y derechos humanos.

Está la premisa que en efecto queda relegada la visión clásica de democracia entre Estado de ciudadanía vista como el constituyente primario, no son binomios sino un trinomio que implica el reconocimiento del tercer actor de la ciudadanía corporativa o sector privado, para entrar un procesos de dialogo en la remediación, cuando se trata de responsabilidades emanadas de operaciones o actividades económicas, requiere tener una participación con todos los actores involucrados en el conflicto.

En el mismo sentido conclusivo, desde el punto de vista constitucional es pertinente aplicar una regulación práctica al artículo 2 de la Constitución Política, con mecanismos y diseño de escenarios de participación vinculantes y de forma particular en la participación ambiental.

En cuanto al proceso de descentralización y el desarrollo de los principios de unidad y autonomía, desde un marco legal y jurisprudencial, su camino recorrido en el proceso de descentralización, altibajos y creación de fórmulas y regulaciones, a partir de los principios coordinación, subsidiariedad y concurrencia, concluye en que subsiste la crisis institucional, violencia, corrupción y ausencia estatal que no logró atender las necesidades sociales, económicas y administrativas en los municipios y la ruralidad, la Constitución de 1991, evidenciando que son insuficientes los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, no solo porque no se logró plenamente el objetivo de superar la crisis, sino porque, no han logrado dirimir del todo las tensiones entre Unidad y autonomía territorial, especialmente en casos donde se ven involucrados intereses, necesidades y derechos de ciudadanías locales, como es el caso de la regulación en materia de uso del suelo y del subsuelo relacionados con recursos naturales, dejando entrever un panorama complejo del fenómeno administrativo de la descentralización.

Este ejercicio académico, pudo identificar falencias que aún subsisten en el proceso de descentralización, reconociendo, de forma proactiva, que es posible profundizar y ambientar su discusión para lograr relevancia en el tema, permitiendo una reflexión más amplia, y de esta forma avanzar en la superación de estas, teniendo en cuenta que, desde el derecho administrativo colombiano, se propende por lograr un punto de equilibrio estos dos principios de unidad y descentralización.

También avanzó en el registro de bases o fundamentos constitucionales que se han venido gestándose jurisprudencialmente en pro del enfoque deliberativo de la democracia. No obstante, en materia normativa, la superación de vacíos legislativos debe comenzar por reconocer que no es suficiente el sistema de limitaciones recíprocas, aplicable a los dos principios, porque el problema jurídico permea derechos fundamentales que se ponen en riesgo y se traslapan con los intereses económicos de la Nación.

Lo que deja entrever que no puede pensarse solamente en una solución administrativista, sin que sea transversal a los derechos fundamentales que se ven afectados en los territorios, que necesariamente debe conectar con la Constitución Ecológica,³⁸¹ complementando con

381 Al respecto la Corte manifestó en la sentencia C-760 de 2007, “[d]e entrada, la Constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (arts. 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95-8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una

una interpretación de las distintas dinámicas y variables históricas y culturales, así como un análisis sistémico del derecho constitucional y convencional de principios y derechos de participación y democracia.

Igualmente, se hace necesario hacer precisiones conceptuales que eviten equívocos y choques entre el Estado unitario y las entidades descentralizadas, teniendo como parámetro un control adecuado del poder, para alcanzar las finalidades que persigue el derecho administrativo.

Ante las nuevas tendencias de democracia deliberativa, este capítulo lograr enfatizar en la posibilidad para Colombia de aprovechar su implementación, como un paso de oportunidad para superar la deslegitimidad, ingobernabilidad y desgobernanza en que se encuentra el país, que parte por generar escenarios de diálogos de gobernanza e interinstitucionales en los que se promueva un discernimiento sobre políticas, mecanismos y diseños que a nivel político-administrativo, judicial, medioambiental, social y cultural inserten el enfoque deliberativo de la participación; para luego impulsar un proceso de reglamentación y/o regulación legislativa que incluya la inserción de los principios rectores, el acuerdo de Escazú, que entre otras cosas puede ser la solución al pedido de la Corte Constitucional de generar espacios de diálogo cuando se trata de conflictos socioambientales.

También vale la pena seguir profundizando en casos ejemplarizantes en los que sea venido incluyendo enfoque deliberativo en políticas públicas, procesos prejudiciales, tanto para proteger derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales, colectivo culturales y ambientales.

atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución”³⁸¹.

Conclusiones Finales

Hasta este punto, se ha hecho un recorrido importante sobre la democracia en Colombia, en la que se profundizó conceptualización filosófica, doctrinal y constitucional, resultado de los aportes teóricos y de derecho consuetudinario, de los continentes europeo y norteamericano que, por supuesto han tenido influencia en América Latina. Corrientes de pensamiento de visiones clásicas, modernas y las hoy denominadas post modernas o de nueva modernidad.

Dichas teorías permitieron crear en la región sus propios sistemas democráticos, adaptados a sus realidades, historias y consecuentemente a sus constituciones. No obstante, esta importación de tesis y teorías externas no se agota en la postmodernidad, sino que por el contrario ha venido acelerando procesos de expansión globalizada, debido a la conexión y comunicación digital que permite experimentar este fenómeno de manera más precipitada y un tanto disruptiva, emergiendo un alto nivel de exigencia ante los Estados frente a sus capacidades para resolver los desafíos que en el pasado no eran tan predominantes como hoy; temas como participación, democracia, medio ambiente, derechos colectivos etc. Que hoy se potencian debido a una ciudadanía cada vez más informada pero también más internacionalizada.

Por tanto, respecto al Problema Jurídico que se planteó: ¿Cuáles son las circunstancias que dificultan la implementación de las nuevas tendencias democráticas deliberativas para fortalecer el sistema democrático colombiano? Se debe responder que este trabajo pudo identificar o registrar como circunstancias, los desafíos o factores que históricamente han estado imbricados en las dinámicas institucionales, que dificultan no solo la implementación de las nuevas tendencias deliberativas en el sistema democrático, sino que además han abocado a una profunda ilegitimidad del Estado, crisis institucional y su imposibilidad de evolucionar en nuevas dinámicas de mayor calidad democrática.

El primer factor tiene que ver con la poca eficacia en la incidencia de los mecanismos de participación ciudadana, ante asuntos públicos que los afectan; el segundo factor identificado, es el conflicto de intereses que tiene mucha relación con la triada mencionada

en el capítulo II (Ciudadanía base, Sector Privado y Estados) porque son intereses que se yuxtaponen y termina imponiéndose el sector que tiene mayor poder económico y político; el tercer factor está relacionado con el conflicto armado, que concursa como uno de los primeros factores, y que está atravesado por conflictos de intereses y luchas de poder, pero particularmente por relaciones injustas, acercándose a una valoración de impactos en detrimento de la democracia que han traído las décadas de violencia; otro factor, enumerado como el cuarto, tiene que ver con autonomía territorial y la disputa entre el principio de unidad nacional, que también muestra una cruda relación de centralismo excesivo y desconocimiento de las propias dinámicas institucionales territoriales; Finalmente, se registra como último factor, falencias en la promulgación de la democracia desde visiones y prácticas culturales y de formación pedagógica para la cualificación de la ciudadanía que se vincule a la toma de decisiones de forma más cualificada y desde una visión de bien común.

De este modo se plantea que, si estos factores se siguen agudizando sin darles una solución estructural a cada uno de ellos, va a ser más desafiante poder avanzar en visión de democracia deliberativa, que requiere de condiciones propicias para evolucionar en la profundización de la democracia acorde a las aspiraciones constitucionales del 91, el acuerdo final de paz y las visiones modernas de democracia que hoy permean a otros estados y naciones.

Respecto de los nuevos escenarios y tendencias hallados a lo largo de la investigación, se registraron a nivel mundial y a nivel local las siguientes: a nivel mundial son los instrumentos internacionales relacionadas con la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos, tales como los mecanismos que en algunos casos implementan escenarios de participación multisectorial (Empresas, Estado y Comunidad) y están catalogados como mecanismos no judiciales y voluntarios, estos son los Principios Rectores (ONU); la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Las directrices de la OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Desde el Sistema de Naciones Unidas se destacan algunos que le dieron origen a estos nuevos escenarios, como la Declaración Universal de 1948; El Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (1983) que consistía en proporcionar directrices socio- ambientales, en el que se advierte, además la falta de

regulación jurídica internacional después de la Segunda Guerra Mundial; La Declaración del Milenio del año 2000, en la que los Estados miembros se reunieron en Nueva York y comprometieron a sus países a cumplir antes del año 2015 los objetivos del milenio que se resumen en 8 puntos; el Global Compact- Pacto Mundial de la ONU que tuvo lugar en 1999 propuesta por el entonces secretario General de la UNO Kofi Annan, tuvo lugar en la Cumbre Económica Mundial de Davos, en el que pide a las empresas que “hagan suyos, apoyen y lleven a la práctica un conjunto de valores fundamentalmente en materia de derechos humanos, Normas Laborales, Medio Ambiente y Lucha contra la Corrupción”; Otro instrumento que continuó el camino de seguir fortaleciendo regulaciones jurídicas internacionales fue la elaboración de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2011).

Existen también los denominados mecanismos judiciales de la ONU que operan para los Estados y sectores privados, dichos instrumentos son: Las observaciones generales sobre denuncias en derechos humanos presentados a los diferentes comités de la ONU; Los informes de los países para dar seguimiento al cumplimiento de los tratados suscritos y ratificados por los Estados, Las denuncias interestatales e individuales; el protocolo facultativo (10 de diciembre de 2008) en que instituyó un mecanismo para denuncias individuales ante el Comité DESC y el EPU el Examen Periódico Universal etc.

Otros mecanismos judiciales de responsabilidad civil, como el Alien Tort Claims ATCA que se invoca en Estados Unidos por daños o agravios cometidos por empresas; así como Torture Victim Protection Act TVPA que contempla actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales.

También existe mecanismos judiciales de responsabilidad penal extraterritorial que son tribunales penales internacionales de dos tipos: Los Tribunales Penales Internacionales (TPI), Ad hoc que son temporales, y la Corte Penal Internacional (CPI), de carácter permanente. Los TPI son tribunales no permanentes creados por el Consejo de Seguridad con fundamento en el capítulo VII de la Carta de la Naciones Unidas, La Corte Penal Internacional (CPI), cuya sede se encuentra en la Haya, es la primera corte penal internacional de carácter permanente, la CPI fue creada por el Estatuto de Roma, adoptado

el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de la Organización de las Naciones

Finalmente, las nuevas tendencias a nivel local o de ámbito nacional tiene que ver con el Acuerdo Final de Paz, que como se ha expresado anteriormente, transversaliza el derecho fundamental de participación en los seis puntos del acuerdo como mecanismos para terminar con la guerra interna y transitar hacia la construcción de paz, como fórmula para superar las causas estructurales del conflicto.

También como se ha esbozado, los esfuerzos del Estado por implementar algunos de estos escenarios como la participación en la Red de Pacto Global; la inclusión del concepto deliberativo en el ámbito jurisprudencial; la regulación legislativa en materia de Responsabilidad social Empresarial (ley 99 de 1993); la suscripción y ratificación de tratados internacionales en lucha anticorrupción, la prohibición del trabajo infantil y la promoción de los principios rectores en cabeza de la Alta Consejería Presidencial para los Derechos Humanos que tiene como pendiente la adopción del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas (PNA), que ya se ha venido elaborando.

Este proceso intermitente de modelo democrático de nuestro país, contrasta con fenómenos disruptivos, que por un lado proyectan nuevas tendencias democráticas a nivel mundial y de Latinoamérica de enfoque deliberativo, que pueden fortalecer el sistema democrático colombiano, porque esbozan ventajas, como la profundización de visiones de transversalidad de derechos, gobernanza y bien común desde una nueva dimensión de ciudadanía global y de sociedades internacionalizadas donde la ciudadanía está cobrando mayor protagonismo en su relación con el Estado, generando relaciones más complejas y a su vez mas colaborativas entre el Estado y la Ciudadanía.

Sería además ideal que los escenarios no judiciales, tales como los principios rectores, fueran los escenarios de predilección para abordar conflictos socio-ambientales y de vulneración de derechos humanos, donde medie una participación auténtica, deliberativa y equilibrada, logrando resolver de forma nodal dichos problemas; sin embargo, por falta de una mirada a largo plazo por parte del Estado colombiano, de las empresas y por su puesto de las comunidades se prefiere utilizar medidas coercitivas, engañosas o de dilación ante la necesaria atención de situaciones de vulnerabilidad. Se afirma que en efecto la

implementación de un modelo de democracia más deliberativo, ofrecido por las nuevas tendencias y escenarios globales, podrían fortalecer nuestro sistema democrático, siempre y cuando se cuente con la suficiente autenticidad y capacidad creativa de ver el derecho de una forma integradora y modular, con una visión conjunta de todo cuanto toca y permea, que reconoce el campo socio jurídico como una forma de conectar las leyes, normas y jurisprudencia con las necesidades y realidades sociales y políticas.

Todas ellas traducidas en derechos que, a su vez, son la razón de ser de la carta política y del sistema jurídico. Es como diagnosticar un paciente y formularle un medicamento que en teoría puede sanarle, pero no hacer seguimiento a los efectos positivos o negativos de la prescripción, que ayuden a valorar y evaluar su eficacia e idoneidad para sanar la enfermedad. Pueden seguirle dando la misma medicina, pero el resultado incluso podría ser la agudización de la enfermedad con efectos colaterales.

Pareciera que muchas veces el derecho se quedase en la formulación de la ley, pero no en el análisis y valoración de los resultados e impactos, institucionales, públicos, sociológicos y antropológicos de su aplicación, sin tener manera de concluir si fue eficiente con la situación que pretendía resolverse para un conjunto de seres humanos que al parecer no existen realmente en el mundo de las leyes, más allá de las elecciones, la persecución punitiva y la obligación tributaria.

Dichas tendencias y relativamente nuevos escenarios, dejan relegada una visión constitucional clásica de democracia, que hoy sigue desafiando al mundo, Latinoamérica y en mayor medida a nuestro país a emprender un viaje hacia una visión de democracia con enfoque deliberativo, no sin antes advertir que para tomar de manera decidida este camino, se requiere reconocer los desafíos existentes en el ámbito nacional, que han impedido que se materialice de forma calificada el derecho a la participación, en vía del fortalecimiento de la democracia.

De forma conclusiva sobre la respuesta al problema jurídico, es necesario superar los factores que impiden la implementación de mentadas tendencias y escenarios que fortalecen la democracia en la medida en que se concreta la intervención e incidencia, desde la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos encomendados a gobernantes, a quienes se les confiere el poder para actuar en pro de garantizar derechos, satisfacción de

necesidades de la población, organización y administración de los bienes y servicios estatales.

En cuanto a la hipótesis planteada: “En Colombia y Latinoamérica el concepto de democracia fue evolucionando en consonancia con sus constituciones, que en efecto tomaron de las corrientes de pensamiento de Norteamérica y Europa de corte demo liberal. Sin embargo, hoy en un mundo tecnológicamente globalizado, se viene replanteando dicho modelo clásico de democracia, dando apertura a nuevas tendencias y escenarios de democráticas con énfasis deliberativo, que han generado cambios en las estructuras sociales e institucionales, que están permeando las dinámicas democráticas y que podrían fortalecer el modelo democrático colombiano.

En consecuencia, el Estado colombiano ha venido incluyendo algunos escenarios democráticos con este enfoque, pero existen desafíos que han impedido que se materialice de forma calificada el derecho a la participación, en vía del fortalecimiento de la democracia y que requieren ser superado para lograr implementar plenamente, estos nuevos escenarios y tendencias democráticas”. Esta es corroborada parcialmente, en lo relativo al favorecimiento de estas nuevas tendencias y escenarios al modelo democrático colombiano, pero que actualmente no contarían con las condiciones necesarias para su implementación plena debido a tres factores: por un lado la débil implementación de los acuerdos de paz (ya sea por falta de voluntad política o capacidad), los incipientes esfuerzos poco priorizados para seguir implementando estos nuevos escenarios y finalmente la falta de superación de los factores o desafíos que siguen debilitando la participación efectiva y por ende afectando la democracia en el país.

Por tanto, en la medida en que la estatalidad colombiana, siga profundizando el enfoque deliberativo que ofrecen las nuevas tendencias y escenarios, vea con buenos ojos el ejercicio y la praxis de la gobernanza, a través de la promoción de una cultura ciudadana para la democracia y la convivencia; tenga una decisión firme de superar la guerra y el conflicto armado colombiano al implementar los acuerdos de paz y busque soluciones estructurales al fenómeno del narcotráfico que contrarreste la cultura de ilegalidad, se estaría encaminando el mejoramiento de la calidad democrática que ha tenido un gran déficit, por factores que se han sido mencionados de forma insistente.

Igualmente, vale la pena resaltar los propios desafíos de estas tendencias consistente en el surgimiento de un nuevo actor en el escenario, que no registra su perfil en la ciudadanía o el Estado, sino que viene a ser un tercer actor, transformando radicalmente la relación binaria de ciudadanía y Estado, y que podría estar afectando la democracia por no contar con regulaciones jurídicas internacionales suficientes como los Estados, pero que son regulados por mecanismos mayoritariamente voluntarios o de leyes blandas y mecanismos judiciales internacionales generales para proteger y respetar derechos de las ciudadanías internacionales.

Dicho fenómeno se debió en parte por la evolución de las comunicaciones y la tecnología, la interdependencia de la sociedad internacional respecto de los problemas globales, lo que significa que las actividades, funciones y decisiones de determinada organización o empresa internacional, tiene implicaciones en las políticas públicas del país objeto, y estas a su vez en la vida y los derechos de ciudadanos.

Si bien, la comunidad internacional ha venido promulgando y desarrollando distintos instrumentos judiciales y no judiciales como forma de crear escenarios que desarrolle un marco jurídico internacional para estos nuevos protagonistas de la esfera global, quienes han llegado a tener más poder económico que los propios Estados, incidiendo en los poderes estatales y que actualmente cuentan con un marco regulatorio para la garantía de los derechos universales de toda ciudadanía; este esfuerzo de regulación, ha iniciado tardíamente, y aun no se ha consolidado completamente; por tanto, se puede afirmar que estas nuevas tendencias y escenarios, también tienen un camino por recorrer.

Muestra de ello, es que sigue vigente la disputa entre los mecanismos de leyes blandas o regulación voluntaria (Soft Law), que no tienen carácter judicial; muchas veces visto con menosprecio y poco relevante, lo que le da fuerza a quienes se ven afectado y prefieren apelar a mecanismos judiciales, que generen sanciones para quienes afectan derechos desde normas denominadas hard law, que podrían tener una connotación más garantista para la ciudadanía afectada por el Estado o el sector privado.

Sin embargo, no cabe duda de que los distintos escenarios en el plano internacional de los derechos humanos han cualificado sustancialmente las democracias de las naciones,

revistiéndola de mayores herramientas para lograr una participación ciudadana con mayor incidencia.

En lo que atañe al modelo colombiano, un análisis riguroso permite concluir que en efecto, hubo un auge de participación que se vivió a principios de los años noventa, pero que ha venido perdiendo interés en su ejercicio por parte de sectores de la sociedad, quienes reclaman derechos, manifiestan inconformidad, desmotivación, apatía, frustraciones y poca credibilidad en el sistema; porque no han encontrado soluciones o respuestas a sus necesidades en el momento de tratar de ejercer este derecho, y de otra parte hay un sector más amplio y denso de la sociedad que se encuentra poco informado sobre la manera en que debe hacer uso de este derecho.

Refuerza la tesis que efectivamente la multiplicidad de espacios de participación ha sido evidente, pero no necesariamente se puede afirmar que se están generando amplios beneficios y garantías de derechos que se debieran producir para una sociedad, que indiquen el fortalecimiento de la democracia.

También dejó entrever que adolecer de las condiciones necesarias para comenzar el camino deliberativo, podría significar la pérdida de una oportunidad de adaptación a un nuevo mundo constitucional, político-administrativo, institucional y social que permite legitimar con mayor robustez el Estado Social de Derecho y a nivel global, rezagos en el ostracismo del autoritarismo, prolongación de la guerra y la violencia y viciadas políticas públicas que no generan la confianza mínima para garantizar espacios de gobernanza auténticos, que solo ganarán legitimidad cuando logran garantizar el respeto y protección de los derechos de la sociedad.

Es acertado en esta tesis, no solo tomar los desafíos que tiene Colombia por delante en materia democrática, sino que ubica un punto de partida y estado del arte respecto de los avances que ya vienen dando algunos pasos enfocados en el modelo deliberativo, partiendo de un consolidado de los avances del modelo democrático colombiano, particularmente en el desarrollo de nuevas visiones de gobernanza y gestión pública; implementación del ámbito de derecho público desde un enfoque del bien público y la transformación de relaciones entre Estados y sociedades.

Así como lo acordado y legislado en materia de participación incluido en el acuerdo final de paz pactado entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, que prometen catapultar la democracia colombiana, siempre y cuando se generen las condiciones necesarias que se describirán en el capítulo siguiente.

En esa misma dirección mostró como Colombia viene implementando parte de estos nuevos escenarios, particularmente el de principios rectores que es un tema sobre derechos humanos y empresas, desde la Alta consejería presidencial de DH, y que se ha dado, por obligaciones que tiene el Estado Colombiano. Al igual que la inclusión de la visión de gobernanza, como parte de los compromisos se viene adquiriendo con la OCDE.

Lo que da una ventana de oportunidad para seguir ampliando dichos escenarios que, no obstante, ameritan una capacidad significativa de gobernabilidad y gobernanza, para posicionar a Colombia dentro de los estándares internacionales, así como de muchas voluntades de los poderes estatales para emprender un camino de desarrollo sostenible, y bienestar global que supere las brechas económicas y sociales, y permita mejores condiciones para el fortalecimiento de la democracia.

Respecto de los derechos ambientales o la participación ambiental, es claro que la generación de un equilibrio entre el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, pasa por diseñar la creación de un órgano independiente en Colombia (como lo propone el acuerdo de Escazú) que garantice el derecho a la información ambiental, a la participación y al acceso a la justicia desde un enfoque deliberativo que medie este tipo de conflictos donde el gobierno es una de las partes involucradas y no podría cumplir el rol de juez y parte, podría ser un mecanismo que se configura en los organismos de control, y tiene conexión con la rama judicial en casos donde ya avances procesos judiciales, y se pueda implementar mecanismos alternativos al proceso judicial.

Todo esto pasa por un compromiso de superación de la desigualdad en la participación democrática, económica y social, con un compromiso decidido de superación del conflicto armado, a través de la implementación del acuerdo de paz, y propuestas de diseño de mecanismos tanto de participación deliberativa como de pedagogía y educación ciudadana para la gobernanza y la democracia basados en los acuerdos de paz.

Por tanto, como plantea Segado³⁸² “ La comprensión plena de normas e instituciones, dirá Burdeau, abundando más en estas ideas³⁸³ solo puede lograrse si se examina su razón de ser práctica, su significación social y humana, es decir, aquellos lazos diversos y misteriosos que los unen a una mentalidad, a uno modo de vida, un tipo de cultura, a un estado social” (...).

De otro lado se requerirá de suficiente voluntad política para superar los desafíos, no solo por obligaciones y compromisos con los organismos multilaterales, sino porque hay un interés auténtico de superar la disyuntiva, Estado vs. Sociedad, que permita la legitimidad y credibilidad en un estado social de derecho transformado y fortalecido.

Cabe resaltar que precisamente a finales de año 2019, Colombia suscribió el acuerdo de Escazu (Aún está pendiente su ratificación), que ha sido uno de los instrumentos novedosos que se incluyen como las nuevas tendencias de participación ciudadana, lo que podría ser un buen indicador para comenzar un camino de fortalecimiento democrático con enfoque deliberativo en Colombia.

Creando además condiciones mínimas para dejarse permear por nuevos escenarios democráticos que bien se esbozaron en el capítulo III, y que ya en otros países latinoamericanos los vienen desarrollando, que, por supuesto inicia con una revisión detallada del modelo democrático y la forma en que, a nivel legislativo, político-administrativo e institucional, podría transversalizar estas nuevas tendencias. Desechando los mecanismos que son inocuos y reformulándolos. Todo esto pasa por que cada actor reconozca su papel en el Estado y la sociedad y por su puesto su responsabilidad, con la ciudadanía, la territorialidad y el medio ambiente.

Sin embargo, no solo se puede contemplar la virtud y la vocación cívica, como única condiciones para lograr fortalecer la participación; también es clave como lo plantea Canto, abordar el asunto de la participación en torno a la efectividad de la democracia respecto a la efectividad del desarrollo como causa y consecuencia de la participación ciudadana en las políticas públicas;³⁸⁴ pues se está ante el dilema de contar con una capacidad organizativa

382 Segado, F. F. (1992). La dimensión axiológica del Derecho constitucional. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, (1), 15-39.

383 Georges Burdeau: “Traité de Science Politique”, tomo I, 2ª. Ed., pág. 4 cit. Por Joaquín Tomas Villarroja: “el jurista ante la nueva Ciencia Política”, en el colectivo estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro”, Valencia 1974 págs. 4.37 y sigs.; en concreto pág. 433.

384 Canto Chac, M. (2008). Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. Política y cultura, (30), 9-37.

mínima para ejercer la participación en un contexto de deterioro de las condiciones sociales, para tomar parte de las decisiones sobre asuntos relacionados con conflictos socioambientales que afectan derechos sociales, ambientales, fundamentales y colectivos.

Es decir que como bien lo plantea Hegel sin esas vocaciones cívicas y si la ciudadanía sigue indiferente a los asuntos públicos, estamos abocados a combinar la democracia liberal de mercado con la representativa, donde los “profesionales de la política” y los lobistas privados sigan decidiendo por las mayorías, cediendo desde la creencia de la subordinación, sin asumir la responsabilidad como agentes de cambio ante los escenarios políticos, institucionales que puedan materializar una cultura democrática auténtica.

Lista de referencias

Libros Impresos:

Andrea A. L. F de Busturia. 2015. Derechos Humanos, Empresas Transnacionales y Responsabilidad Social Empresarial. Editorial Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid.

Araújo, R. O. y Torres, M.L.V. (2011). Retos de la democracia y de la participación ciudadana, editoras académicas. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 66 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia).

Constitución Política de Colombia.

Carbonell, M., & García, L. (2010). El canon neoconstitucional (No. 8). U. Externado de Colombia.

Hernández, M. I. (2017). Cabildo ciudadano y democracia en México.

Federación Internacional de Derechos Humanos, noviembre 2011, Empresas y Violaciones a los Derechos Humanos Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONGs pág. 29 - 36.

Nino, C. S. (1997). La constitución de la democracia deliberativa. Gedisa.

O'Donnell, D. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá. pág. 743 a 777.

Revistas Digitales:

Acuña T. (2008). Colombia: entre la crisis de la representatividad y la democracia directa. c2d Working Papers Series, (16). Pág. 13.

Alison Brysk, (2000) “Democratizing Civil Society in Latin America”, Journal of Democracy 11.

Álvarez, G. A. D., Galeano, M. S. M., & Grajales, J. F. V. (2017). Línea jurisprudencial de la democracia deliberativa en la Corte Constitucional colombiana. Estudios de Derecho, 74(164), 223-254.

Ángel, N, (2008). La discusión en torno a las soluciones de soft law en materia de responsabilidad social empresarial. Revista de Derecho Privado, 40, 3-37.

Arana, M. & Vásquez M. et. Al. Vs. Perú. Federación Internacional de Derechos Humanos – FIDH – CIDH.

Bobbio, N., & Santillán, J. F. F. (1996). El futuro de la democracia.

Burdeau G. (1974) “Traité de Science Politique”, tomo I, 2ª. Ed., pág. 4 cit. Por Joaquín Tomas Villarroya: “el jurista ante la nueva Ciencia Política”, en el colectivo estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro”, Valencia págs. 4.37 y sigs.; en concreto pág. 433.

Cabo A. (2008). La discusión en torno a las soluciones de soft law en materia de responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Privado*, (40).

Canto Chac, M. (2008). Gobernanza y participación ciudadana en las políticas públicas frente al reto del desarrollo. *Política y cultura*, (30), 9-37.

Cfer. Firs Judiciary Act. 1789 (Ch. 20; “Las Cortes de distrito tendrán jurisdicciones sobre todo de demanda civil presentada por un extranjero por agravio, cometido en violación al derecho de las Naciones, o un tratado en los Estados Unidos”. (traducción libre).

<http://www.globalpolicy.org/soecon/tncs/2004/0121mask.pdf>. (2008) Core Coalition. Op. Cit p.2. CHRISTINA AID. Behind The Mask: The Real Face of Corporate Social Responsibility 2, 5, 50 (1-65).

Correa, J. (2007). Evolución histórica de los conceptos de Responsabilidad Social Empresarial y Balance Social. *Redalyc. Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 10 (20), 87-102.

Cortina, A. (2011). Democracia deliberativa. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*.

Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 15, 1-13.

Forero, G. A. V. (2011). Responsabilidad social empresarial, ciudadanía y desarrollo. *Cuadernos de administración*, 24(43).

Galdós, L. J. (2006). Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa. *Revista Española de Ciencia Política*, (14), 47-69.

Garcés M & Rapalino Bautista, W (2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris*, 11(1), 52-62.

Gloria, A. La participación en la gestión ambiental. Colección textos de jurisprudencia. *Universiad* Pág. 194.

González, A. & Mayz C. (2008). Responsabilidad social empresarial: ¿Obligación o potestad? *Revista Debates Iesa*, XIII (1), 34- 37.

Guillen, M.L. y Giner, B. (2013) “los efectos de la crisis económica en las memorias de sostenibilidad GRI en Europa” Prisma Social, Revista de Investigación Social. Número 10 – junio de 2013.

Habermas, J. (1992). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. Debats, 39, 18-21.

Habermas J. (1996). Between Facts and Norms, trad. William Rehg (Cambridge, MA: The MIT Press,).

<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Paginas/2017.aspx> Pág. 6.

<https://www.larepublica.co/responsabilidad-social/la-red-del-pacto-global-en-colombia-ya-suma-500-organizaciones-2301856>.

Hurtado Galeano, D. P., & Álvarez-Zapata, D. (2006). La Formación De Ciudadanías En Contextos Conflictivos (Citizenship Formation in Conflict Contexts). Estudios Políticos, 29, 81-96.

Ibáñez, P., & Ordoñez, V. (2014). Papel de las empresas y de los estados en la debida diligencia en derechos humanos. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (24), Págs. 219-246.

Ibarra Padilla, A. M. (2014). Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista de derecho, (41). Págs. 56 – 60.

Lyons B, Getting to Accountability: Bissnes, apartheid and Human Rithts (Hacia la rendición de cuentas: Negocios, apartheid y derechos humanos), N.Q.H.R; 1999, pp. 135 y sigs.

Luño, A. E. P. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. Revista de estudios políticos, (35), 7-72.

Moltó, J. E. E. (2011). Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»: ¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional? Anuario Español de Derecho Internacional, 27, 317-351.

Ortiz, L. J. M. (2008). LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REVISIÓN DE FUENTES. Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, (15), 41-55.

Organización de Naciones Unidas - Informe Síntesis del Secretario General. “El Camino hacia la Dignidad para el 2030.

Organización de Naciones Unidas, (1990) Óp. cit. Ver también Black’s Law Dictionary (6th ed., St. Paul, Minnesota, West, 1990).

Segado, F. F. (1992). La dimensión axiológica del Derecho constitucional. Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, (1), 15-39

Normas y Jurisprudencia:

Caso CIDH: Comunidad de la Oroya Vs. Perú: el 31 de agosto de 2007. Federación Internacional de Derechos Humanos – FIDH – CIDH, Marco, Arana, Mirtha Vásquez et. Al. Vs. Perú, op.cit., pp. 46.

Caso CIDH: Bhopal Vs India. Unión Caribe – India Limited (UCIL) & Union Caribe (UCC). 1984.

Caso CIDH: Pueblo de Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador. 1996.

Caso CIDH: Cfr. Aguinda Vs. Texaco Inc., 945 F. Supp.625, 627 (SDNI – 1996) – J Vs. Texaco, Inc., 157 F.3d. 153,158-61 (2d Cir. 1998).

Caso CIDH: Nigeria (Bowowo Vs. Chevron Texaco, 2007 WL 2349336 (N.D. Cal 2007), págs. 15-16.

Decreto ley 884 de 2017.

Decreto ley 890 de 2017.

Decretos ley 882 de 2017 y 892 de 2017.

Decreto ley 893 de 2017.

Decreto ley 895 de 2017.

Decreto ley 885 de 2017 que modifica la ley 434 de 1998.

Ley 1909 de 2018.

Sentencia C-089 A de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia C-037 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda

sentencia C 178 de 2014

Sentencia C 150, 2015

Sentencia SU747 de 1998

Sentencia T-348 de 2012. (Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 15 de mayo de 2012);

Sentencia T-824 de 2007. (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, 05 oct 2007).

Sentencia T- 769 de 2009. (Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 20 de oct 2009).

Sentencia 13 de febrero de 2019 C 053 de 2019

Sentencia C-035 de 2016 - Corte Constitucional

Ciber-bibliografía:

Arendt, H, (2005). La condición humana. Buenos Aires: Paidós.

Avritzer L. (2002) Democracy and the Public Space in Latin America (Nueva Jersey: Princeton University Press,).

BRYSK, A., “Democratizing Civil Society in Latin America”, Journal of Democracy 11 (2000): 151-165.

Bundesministerium C. (2004) für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Die Bedeutung rechtsstaatlich-demokratischer Strukturen für den Prozess politischer Partizipation [El significado de las estructuras democráticas del estado de derecho para el proceso de la partición política], Der Beitrag stellt die Position des Wissenschaftlichen Beirats beim BMZ dar [El aporte representa la posición del consejo científico del Ministerio Federal para la Cooperación Económica y el Desarrollo]. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de [http://209.85.165.104/search?q=cache:AxQBAr5bJFYJ:www.bmz.de/de/service/infothek/fach/spezial/spezial097/spezial097.pdf+](http://209.85.165.104/search?q=cache:AxQBAr5bJFYJ:www.bmz.de/de/service/infothek/fach/spezial/spezial097/spezial097.pdf+Bundesministerium+f%C3%BCr+wirtschaftliche+Zusammenarbeit+und+Entwicklung+Referat:+%E2%80%9EEntwicklungspolitische+Informations+und+Bildungsarbeit%E2%80%9C,+Der+Beitrag+stellt+die+Position+des+Wissenschaftlichen+Beirats+beim+BMZ+dar.+Stand:+Mai+2004&hl=de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a)

[Bundesministerium+f%C3%BCr+wirtschaftliche+Zusammenarbeit+und+Entwicklung+Referat:+%E2%80%9EEntwicklungspolitische+Informations+und+Bildungsarbeit%E2%80%9C,+Der+Beitrag+stellt+die+Position+des+Wissenschaftlichen+Beirats+beim+BMZ+dar.+Stand:+Mai+2004&hl=de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a](http://209.85.165.104/search?q=cache:AxQBAr5bJFYJ:www.bmz.de/de/service/infothek/fach/spezial/spezial097/spezial097.pdf+Bundesministerium+f%C3%BCr+wirtschaftliche+Zusammenarbeit+und+Entwicklung+Referat:+%E2%80%9EEntwicklungspolitische+Informations+und+Bildungsarbeit%E2%80%9C,+Der+Beitrag+stellt+die+Position+des+Wissenschaftlichen+Beirats+beim+BMZ+dar.+Stand:+Mai+2004&hl=de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a).

Chevallier, J. (2011). El estado posmoderno. U. Externado de Colombia.

Dahl, R., & San Martín, J. M. (1989). La poliarquía (Vol. 2). Madrid: Tecnos.

Dahlsrud, A. (2008). How corporate social responsibility is defined: An analysis of 37 definitions.

Dalh, R. (2009). La poliarquía: participación y oposición. Madrid: Tecnos.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2007) Colombia una nación multicultural. Su diversidad étnica, 37 (Autor, Bogotá,). En http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

Dahl, Robert. 1991. La Democracia y sus Críticos. Buenos Aires: Paidós

De Secondat Montesquieu, C. L. (2002). El espíritu de las leyes (Vol. 206). Ediciones AKAL.

Derechos Humanos Berg Institute. Bogotá- Otzenhausen- Madrid.

Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta política*, 4(5 Jul-Dic).

Downs A. (1957). *An economic theory of democracy*, Nueva York, Harper and Row.

Dryzek J. *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations* (Oxford University Press on Demand, 2000).

Ferrajoli, L., Ibáñez, P. A., Mohíno, J. C. B., Abellán, M. F. G., Sanchís, L. P., & Miguel, A. R. (2011). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.

Fundación Foro por Colombia, Alto Comisionado para la Paz & Ministerio del Interior y el Departamento Nacional de Planeación. *ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA HABANA EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA*. Julio 15 de 2016 enlace: (2016) https://docs.wixstatic.com/ugd/ef61f6_4a780c93626c4bc59fd220a7ca4ac660.pdf.

García, J. A. (2008). El concepto moderno de democracia. In *La democracia ayer y hoy* (pp. 149-224). Gadir.

González, J. L. A. (2003). Hegel: liberalismo y sociedad civil. *RECERCA. Revista de Pensament y Anàlisi*, (3), 37-53.

Gutiérrez, R., Avella, L. & Villar, R. (2006). *Aportes y desafíos de la Responsabilidad Social Empresarial en Colombia*. Bogotá: Corona.

https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.14.27_sp.pdf

https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf pág. 7.

https://www.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-colombia_9789264278646-es.

<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---

emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm.

<https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los>.

<http://www.registraduria.gov.co/Historico-de-consultas-populares.html>.

<http://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato,394-.html>.

<http://www.onic.org.co/noticias/70-destacadas/1863-mas-de-10-mil-indigenas-avivan-la-minga-hacia-audiencia-publica-en-cal>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-todavia-existe-el-racismo-buenaventura-colombia/526859>.

<http://www.elpais.com.co/valle/como-avanza-el-paro-civico-en-buenaventura.html>;

<https://www.kienyke.com/historias/por-que-buenaventura-esta-en-paro>.

<http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/paro-civico-en-choco-y-2017-86500>.

http://www.fecode.edu.co/images/comunicados/2017/TIEMPO_FECODE_MAYO_28.pdf.https://www.cisa.gov.co/cmsportalcisa/Documentos/PlanParticipacion/PlanDeParticipacionCiudadana_2016.pdf plan de participación rendición de cuentas.

<https://www.cisa.gov.co/CMSPortalCISA/Web/ParticipacionCiudadana/PlanParticipacion.aspx?go=1> plan de participación ciudadana 2017; Consejo nacional de participación .

Forero Pineda C. (1994-2000), El Sistema Nacional De Planeación y Participación.
https://read.oecd-ilibrary.org/governance/revision-del-gobierno-digital-en-colombia/fomento-de-un-sector-publico-colombiano-mas-colaborador-e-impulsado-por-el-ciudadano_9789264292147-5-es#page2

<https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf;

<http://www.endvawnow.org/es/articles/590-ratificacion-de-instrumentos-de-derechos-humanos-regionales-e-internacionales.html>;

<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>;

<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/FAQ.aspx>;

<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>

<https://www.fidh.org/es/temas/globalizacion-y-derechos-humanos/Empresas-y-violaciones-a-los>

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf<https://www.dejusticia.org/corte-se-estreno-en-fallos-sobre-consultas-populares-mineras-a-favor-de-la-participacion-ciudadana/>.<https://www.dejusticia.org/sentencia-sobre-consultas-populares-limitaria-el-poder-de-ciudadanos-y-municipios-de-decidir-sobre-proyectos-mineros-y-petroleros-en-sus-territorios/><http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/CatedraBY/modulo-2.pdf> pág. 23.

<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html>.

<http://www.semana.com/nacion/articulo/victimas-del-conflicto-armado-en-colombia/376494-3>.

<http://www.bogotasocial.org/documentos/COMISIONNACIONAL/Lineamientos%20final%20final%20Comision%20NaI%20de%20Dialogo%2021%20abril%202017.pdf>.

Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas.

International Council on Human Rights Policy (2002). Más allá de lo discrecional. Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas. [en línea] http://www.ichrp.org/files/summaries/9/107_summary_es.pdf (Consultado: 29.07.2011). pp 2,6.

Jaramillo, L. G. (2006). La Democracia Deliberativa Como Ideal Regulatorio Y Concepto Normativo. Universitas Philosophica.

Kirton J. & TREBILCOCK J. (2007) Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance En: KIRTON, John J. TREBILCOCK. Michael J (Eds.): Hard Choices and Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governace. Aldershot: Ashgate. P.2-29.

Josowic, L. (2003), Partizipation in lokaler Demokratie: Das Orçamento Participativo in Porto Alegre (Brasilien) [Partizipación en la democrácia local: El Orçamento Participativo en Porto Alegre], Arbeitspapiere ZUR Lateinamerikaforschung, C. Wentzlaff-Eggebert & M. Traine (Eds.), III-15, Arbeitskreis Spanien – Portugal – Lateinamerika, Philosophische Fakultät der Universität zu Köln, 2003, p. 4 s, con otros antec. Recuperado el 26 de febrero de 2007 de <http://www.uni-koeln.de/phil-fak/aspla/forschung/publikationen/arbeitspapiere/>; Schultze, R.-O.& Nohlen, D. (1995), En D. Nohlen (Ed.), Lexikon der Politik. Politische.

Linares A. Cantillo Corte Constitucional, Resumen de las Decisiones de la Corte Constitucional en la implementación del Acuerdo Final de Paz. (2019) CENDOJ, centro de Documentación Judicial del Consejo Superior de la Judicatura. Lucas, F. O. (2008). Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism (Vol. 3047). Katz Editores. Maldonado, A. (2001). Evaluación de la descentralización municipal en Colombia. Avances y resultados de la descentralización política en Colombia (No. 002625). DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

Manin B. (1995) Principes du gouvernement représentatif, Pari, Calmann. Lévy.

Marxer, W. (2004). Wir sind das Volk": Direkte Demokratie - Verfahren, Verbreitung, Wirkung, [„Nosotros somos el pueblo": Democracia directa –procedimientos, difusión, efecto] Schriftliche Fassung des Vortrages am Liechtenstein-Institut vom 2. November 2004 in der Vorlesungsreihe „Herausforderung Demokratie" Beiträge Nr. 24/2004 [versión escrita de la conferencia en el instituto Liechtenstein del 2 de noviembre de 2004 en la serie de clases „desafío democracia", artículo Nr. 24/2004] p. 7. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de <http://209.85.165.104/search?q=cache:52FG-JO8MREJ:www.liechtenstein->

institut.li/Portals/11/pdf/lib/LIB_24.pdf+Direkte+Demokratie+-
+Verfahren,+Verbreitung,+Wirkung&hl =de&ct=clnk&cd=1&client=firefox-a.

Milani, C., y Solinís C, A & G (orgs.), (2002,) Democracia et governança mundial, Porto Alegre, UFRGS –UNESCO, [Links].

Nwete B. (2007) Corporate Social Responsibility and Transparency in the Development of Energy and Mining Projects in Emerging Markets: Is Soft Law the Answer. German Law Journal Vol. 8 No. 4 311-340 Op. Cit. P 313.

Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC], Pueblos indígenas ¿cuáles son, cuantos y donde se ubican los pueblos indígenas de Colombia? En <http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>

Perdiguero, T. & Garcíareche, A. (Eds.). (2005). La Responsabilidad Social de las Empresas y los nuevos desafíos de la gestión empresarial (pp. 47-55). Valencia, España: Universitat de València.

Politique de la Nature, La Découverte, Paris, 1999.

Ramonet, I. (2003). Globalización, ética y empresa. En: A. Cortina (Ed.). Construir Confianza. Ética de la Empresa en la Sociedad de la Información y las Comunicaciones. Madrid: Editorial Trotta. Pág. 104.

Ratner, S. (2001). Corporations and human rights: A theory of legal responsibility. The Yale Law Journal, 111, 443-545.

Resolución aprobada por la AGNU – Declaración del Milenio <http://www.un.org./spanish/milenio/ares552pdf>.

Restrepo D. (1997) "Relaciones Estado–sociedad civil en el campo social. Una reflexión desde el caso colombiano", Revista CLAD Reforma y Democracia, núm. 7, Caracas, enero de 1997, p. 97. Disponible en <http://www.clad.org.ve/rev07/0028504.pdf>. [Links].

Revisión del Gobierno Digital en Colombia: Hacia un Sector Público Impulsado por el Ciudadano. Gobernanza de la transformación digital del sector público colombiano.

Riker W. (1982). Liberalism against populism, san Francisco, Freeman.

Rodríguez C. &, Uprimny R. (2002). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina. Bogotá.

Rodríguez, D. (2016). La encrucijada de la descentralización en Colombia: “antecedentes, problemáticas y retos en la implementación de la descentralización en Colombia como alternativa de lucha en contra de la pobreza”. Justicia, Sociedad y Derecho, 1(1), 88-113.

Romero, M. (2000). Democratización Política y Contrareforma. Elites regionales, Seguridad y Crisis del Estado en Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI.

Schultze, R.-O./Nohlen, D. (1995). con otros antec.; Josowic, L. (2003), p. 6 s.; Jordi, S. (2006), Die Anwendung partizipativer Verfahren in der Entsorgung radioaktiver Abfälle, [La aplicación de los procedimientos participativos en la evacuación de desechos radioactivos]Schweizerische Eidgenossenschaft, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK Bundesamt für Energie BFE Abteilung Recht und Sicherheit, p. 24, con otros antec. Recuperado el 26 de febrero de 2007, de <http://209.85.165.104>

[/search?q=cache:3yaC7xbAilIJ:www.entsorgungsnachweis.ch/media/dokumente/partizipation/Partizipation_in%2520_der_Entsorgung_web.pdf+jordi+Die+Anwendung+partizipativer+Verfahren+in+der+Entsorgung+radioaktiver+Abf%C3%A4lle&hl=de&ct=clnk&cd=7&client=firefox-a](http://www.entsorgungsnachweis.ch/media/dokumente/partizipation/Partizipation_in%2520_der_Entsorgung_web.pdf).

Schumpeter J. (1976). Capitalism. Socialism and democracy (1949), Nueva York, Harper.

Schweizerische C. (2007) Vereinigung für Sozialpolitik –SVSP- (2007). Wörterbuch der Sozialpolitik [Diccionario de política social]. Recuperado el 26 feb. 2007, de <http://www.socialinfo.ch/cgi-bin/dicopossode/show.cfm?id=447>.

Sierra A. (2011) Grueso Castelblanco, L., Prada Rivas, M. & Salinas Abdala, Y., Derechos enterrados comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nueve casos de estudio, 30 (Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Bogotá).

Stephens By Ratner, M Op. Cit., 1996, pág. 25; B. Stephens, Corporative Accountability: International Human Rights Litigation Against Corporations In US Courts (Responsabilidad empresarial: El litigio de violaciones a Derechos Humanos contra las multinacionales de las Cortes. Taguieff, P. A. (2004). Les Protocoles des sages de Sion: faux et usages d'un faux. Fayard.

Teubner, G. (2010). Regímenes globales privados: ¿Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos? En: Estado Soberanía y Globalización. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana & Instituto Pensar.

The Economist (2008, 17 de enero). The next question: Does CRS work?, 386 (8563). Tribunal Administrativo Del Tolima Magistrado Ponente: Dr. Belisario Beltrán Bastidas. Expediente: 73001-23-33-006-2016-00565-00 Asunto: Revisión Previa De Constitucionalidad Peticionario: Equipo Promotor Consulta Popular De Iniciativa Ciudadanía Sobre Minería Tema: "Consulta Popular Sobre Minería En Cajamarca - Tolima"

UN Human Rights Norms for Business. Briefing Kit” international Network for Economic, Social & Cultural Rights. Enero de 2005. http://www.escr-net.org/usr_doc/Briefing_Kit.pdf.

Uprimny, R. (2003). Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía. En G. Burgos (Ed.): Independencia Judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? (pp. 319- 437). Bogotá: ILSA.

Valenzuela, L. F. (2005). Perspectivas de la Responsabilidad Social Empresarial. Manizales, Colombia: Ed. Gráficas JES.

Velásquez, F. & y González, E. (2004) La planeación participativa en Bogotá D.C. Análisis y propuestas, Colombia, Fundación Corona, Foro Nacional ProColombia, enero de 2004, Disponible en <http://www.fundacióncorona.org.co/descargas/planeaciónparticipativaenBogotá.pdf>.

Villanueva, L. F. A. (2015). Gobernanza y gestión pública. Fondo de cultura Económica.

Villegas, M., & Uprimny, R. (2010). Reforma a la tutela:¿ ajuste o desmonte. 1- 39.

Zamora Sáenz, I. (2019). El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental.