

ISSN 0120-1867
ISSN-e 2145-615
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Amaya Querejazu Escobari

Edición
Olga Lucía Lopera Quiroz

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXIV- segunda época.
Enero-junio 2017
No. 163

Rector

Mauricio Alviar Ramírez

Decano

Luquegi Gil Neira

Directora

Amaya Querejazu Escobari

Editora

Olga Lucía Lopera Quiroz

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.
Monica Vásquez Alfaro	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Adrián Albala	Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.
Manuel Alberto Restrepo Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Karen Isabel Cabrera Peña	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Gloria Amparo Rodríguez	Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Mónica María Bustamante	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.
Andrés Gómez Rey	Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Julia Sandra Bernal Crespo	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
Sorily Figuera Vargas	Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
Carolina Isaza Espinosa	Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Alessandro Somma	Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.
Gerardo Antonio Durango Álvarez	Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Martha Esthela Gómez Collado	Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Diego M, Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vasquez Santamaria	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parceró	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.
Adrián Rentería Díaz	Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli studi dell'Insubria, Italia.
Árbitros	Olga Lucía Lopera Quiroz docente de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: olga.lopera@udea.edu.co Diana Patricia Arias Holguín docente de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: diana.arias@udea.edu.co Luciana Samamé adscrita a la Universidad EAFIT, Colombia. Correo electrónico: lsamame@yachaytech.edu.ec Martha Sthela Gómez Collado adscrita a la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Correo electrónico: marthagomez_tutoria@yahoo.com.mx Armando López Upegui docente de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: lopezupogui@yahoo.es Carolina María Sierra Echeverri docente de la Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: camasiec@gmail.com María José Arancibia adscrita a la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Correo electrónico: mjaobrador@gmail.com
Asistente editorial	Santiago Carmona Cardona
Edición y revisión de textos	Luz Adriana Ruiz Marín
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Jorge Alberto Cossio Acevedo
Diseño y diagramación	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta Universidad de Antioquia
Impresión	Imprenta Universidad de Antioquia (574) 219 53 30 imprenta@udea.edu.co

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Web Of Science
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- SciELO
- MIAR
- Emerging Sources Citation Index
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país:	\$20.000
Valor del número sencillo en el país:	\$10.000
Valor de la suscripción en el exterior:	US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

Autora obras separatas

Clara Elena Mojica Vélez, es artista plástica egresada de la Universidad de Nacional y estudiante del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. La serie que acompaña este número de la revista, denominada Deformación, dualidad, pensamiento, infancia, la máquina y lo doméstico son ilustraciones que hacen parte de un estudio realizado en el 2009 entorno a lo femenino, lo doméstico y la introspección diaria en donde, a partir de los puntos y las suaves líneas, se busca retratar aquello que acompaña a la cotidianidad, la soledad.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Dirección: calle 70 No. 52-72, Oficina 401, edificio de Extensión
Teléfono: (574) 219 58 55
Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co
Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Imprenta Universidad de Antioquia
Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Índice

Editorial

Amaya Querejazu Escobari 13-18

Falsos dilemas del neoconstitucionalismo

Julián David Agudelo Osorio 19-46

Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (art. 353A Código Penal) como ejemplo

Gonzalo Galindo Delgado 47-74

La construcción del sistema categorial en la investigación: pistas metodológicas a partir del estudio de una política pública

Jonathan Alejandro Murcia 75-106

La complejidad de las políticas públicas urbanas en América Latina. El caso de Medellín

Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Mario Alberto Montoya Brand, Diana Paola Rojas Bermeo.... 107-124

Razonabilidad, conflicto moral y tragedia en la ley del menor de Lan McEwan

Guillermo Lariguat 125-142

Gubernamentalidad y heterotopías urbanas: una lectura sobre los contraespacios del poder ciudadano	
<i>Didiher Mauricio Rojas Usma</i>	143-170
La actualidad de los derechos laborales en Colombia en el contexto del neoliberalismo a partir de la normatividad expedida por Colombia para cumplir el TLC con Estados Unidos	
<i>Hernán Darío Martínez Hincapié</i>	171-190
El pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Un ejemplo de innovación	
<i>Elvigia Cardona Zuleta</i>	191-212
La paternidad tras la ruptura de pareja: transformaciones derivadas de los procesos de separación	
<i>Carlos Arturo Montoya Ahmedt</i>	213-242
Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho	243

Editorial

Amaya Querejazu Escobari

*Profesora adscrita a la Universidad de Antioquia, Colombia.
Correo electrónico: amaya.querejazu@udea.edu.co ORCID:
0000-0001-9565-9083*

Doi: 10.17533/udea.esde.v74n163a01

Cuando la revista *Estudios de Derecho* publicó su primer número en octubre de 1912, estableció en un proemio las razones de su fundación y sus propósitos. Se afirma en ese texto que la revista fue fundada con el fin trascendental de obtener las “más puras nociones jurídicas y sociales y a hacer servir esas nociones al hombre y a la sociedad, pasando al campo real, del ideológico”, dando a entender que la generación de conocimiento no solamente enaltece la profesión, sino que su divulgación contribuye a transformar el país y la humanidad.

Han transcurrido ciento cinco años y pese a que es posible afirmar que el espíritu con el que se creó la revista se mantiene vivo, las reglas de juego han cambiado drásticamente las maneras de llevar a cabo esa labor de aportar a la construcción del conocimiento, de mantener vivos los debates, la discusión y la crítica. Sumidos como estamos en un mundo permeado por el capitalismo, estas prácticas no logran escapar ya de las lógicas del mercado y hablamos de la producción e intercambio de conocimiento como un producto de valor agregado, donde se privilegia el *conocimiento* especializado, preferiblemente científico y académico, por encima de otros *saberes*. Tanto la producción como el intercambio de conocimientos están sometidos a una dura competencia y en el camino teorías, reflexiones y hallazgos se convierten en bienes intercambiables o *commodities* que se esencializan. A su vez, la capacidad intelectual y reflexiva de los autores se “mide” a través de variables que no necesariamente apprehenden la calidad de su aporte, sino más bien su popularidad. En una era de consumo masivo, el conocimiento también se consume y las preferencias del mercado se miden a través de softwares que cuantifican el flujo del conocimiento a través de su citación. Nada describe mejor esta situación que el nombre del programa de Hazling Publish or Perish (publica o perece) diseñado como motor de búsqueda para identificar el índice de citaciones de autores y artículos combinando diferentes fuentes de datos (entre ellos los que arrojan Google Scholar, Crossref, Web of Science o Scopus) y que también facilita la construcción de metadatos, clave para que la información viaje más fluidamente en el mundo virtual de la era digital.

Hoy en día las revistas están inmersas en esas prácticas y es muy fácil perder de vista, en esa lógica de competencia a escala global, que el conocimiento también tiene la capacidad de transformar la realidad e impactar en procesos concretos como la toma de decisiones, el diseño e implementación de políticas públicas y la creación o adaptación de legislación y que esto afecta a cada vez más personas. Si bien es

complejo establecer nexos causales, esos también deberían tenerse en cuenta como criterios de medición.

Todo esto se da en un contexto global mucho más amplio y complejo, marcados por fuertes reivindicaciones nacionalistas, identitarias y religiosas, por la judicialización de la política y de la protesta, por la radicalización de las luchas, por serios retrocesos en materia de garantía de derechos y del debilitamiento de importantes procesos de democratización, por pretender garantizar la seguridad con políticas de mayor vigilancia y a costa del sacrificio de la libertad; por la pérdida del sentido y las búsquedas de significado en un mundo desencantado. La corrupción, persecución e intolerancia y otras formas de violencia están presentes en todas las latitudes y en todas las dimensiones de la vida, y ya no es posible afirmar que el Norte Global es un referente o modelo a seguir por parte del Sur Global.

En los últimos años hemos sido testigos de importantes sacudones políticos, económicos y sociales que no solo nos desbordan porque no logramos explicarlos del todo, sino porque nos dejan la abrumadora sensación de frustración ante el fracaso o la imposibilidad de resolver problemas que nos aquejan como humanidad. El cambio climático, la pobreza extrema, la violencia y la inseguridad son solo algunos ejemplos. Las promesas liberales del fin de la Guerra Fría y del orden mundial establecido a mediados del siglo pasado han sufrido importantes reveses en los últimos años y comienzan no solo a hacer visibles las fisuras de dicho orden, sino que dejan un vacío que aparentemente no puede ser llenado por otras alternativas deseables. Nuestros marcos comprensivos son puestos a prueba y muchas veces se muestran frágiles ante la fuerza de las realidades que nos toca vivir. Incertidumbre, crisis y posverdad son palabras utilizadas con frecuencia para describir los fenómenos que vivimos. Colombia, en un contexto de posconflicto, no es ajena a toda esta complejidad, al contrario, se ve profundamente afectada por ella en un momento en el que enfrenta uno de los desafíos más importantes de su historia: construir paz.

Estos escenarios nos plantean importantes retos, pero también nos recuerdan que las crisis y las incertidumbres son una fuente creativa del conocimiento, pues nos hacen plantear otro tipo de preguntas y reflexionar y proponer nuevas teorías. También nos recuerdan que tenemos una enorme responsabilidad de ver en el conocimiento que construimos o al que aportamos a través de nuestras investigaciones, un motor transformador de nuestras sociedades.

Es aquí donde revivir y volver al origen, recordar las razones por las que se emprende un proyecto o una labor como la de dar vida a una revista nos recuerda ese fin último, ese impacto que ella puede tener en cambiar la realidad y pensarnos como seres humanos. De ahí la importancia de reafirmar la necesidad de poner el conocimiento al servicio de fines más nobles y amplios que el reconocimiento a través de las citaciones y de recordar que las discusiones académicas no deben quedarse en el ámbito académico, sino que también deben llegar a las sociedades —sin duda cada vez más complejas y plurales—, y servir de herramienta para la construcción y proposición de alternativas.

Eitorial

Amaya Querejazu Escobari

When the Estudios de Derecho journal published its first issue in October 1912, it established in a prologue the reasons for its founding along with its purposes. It is stated in that text that the journal was founded with the transcendental aim of obtaining the “purest legal and social notions as well as to make those notions serve both man and society, moving to the real ideological field”, implying that the generation of knowledge not only enhances the profession, but its dissemination contributes to transform both the country and humanity.

One hundred and five years have passed and although it is possible to assert that the spirit with which the journal was created is still alive, the rules of the game have changed drastically the ways of carrying out this work of contributing to the construction of knowledge, of keeping the debates, discussion and criticism alive. Immersed as we are in a world permeated by capitalism, these practices are no longer able to escape the logic of the market and we speak of the production of knowledge as a product of added value, where specialized *knowledge*, preferably scientific and academic, is privileged above other *knowledge*. Both the production and exchange of knowledge are subject to stiff competition and in the process theories, reflections and findings become interchangeable goods or *commodities* that are essentialized. In turn, the intellectual and reflective capacity of the authors is “measured” through variables that do not necessarily capture the quality of their contribution, but rather their popularity. In an era of mass consumption, knowledge is also consumed and market preferences are measured through software that quantifies the flow of knowledge through its citation. Nothing describes this situation better than the name of the Hazling “Publish or Perish” designed as a search engine to identify the index of citations of authors and articles by combining different data sources (including those offered by Google Scholar, Crossref, Web of Science or Scopus) and that also facilitates the construction of metadata, key for the information to travel more fluidly in the virtual world of the digital age.

Nowadays, journals are immersed in these practices and it is very easy to lose sight, in this competition logic on a global scale, that knowledge also has the capacity to transform reality and impact specific processes such as decision-making, design

and implementation of public policies and the creation or adaptation of legislation and that this affects more and more people. Although it is complex to establish causal links, these should also be taken into account as measurement criteria.

All this occurs in a much broader and more complex global context, marked by strong nationalist, identity and religious claims, by the judicialization of politics and protest, by the radicalization of struggles, by serious setbacks in terms of guarantee of rights and the weakening of important processes of democratization, for seeking to guarantee security through policies of greater vigilance and at the cost of the sacrifice of freedom; for the loss of meaning and the search for meaning in a disenchanted world. Corruption, persecution and intolerance and other forms of violence are present in all latitudes and in all dimensions of life, and is no longer possible to affirm that the Global North is a reference or model to be followed by the Global South.

In recent years we have witnessed substantial political, economic and social shocks that only overwhelm us because we fail to explain them all, but because they leave us with the overwhelming sense of frustration at the failure or the impossibility of solving problems that afflict us as humanity. Climate change, extreme poverty, violence and insecurity are just some examples. The liberal promises of the end of the Cold War and the world order established in the middle of the last century have suffered major setbacks in recent years and begin not only to make visible the fissures of that order, but leave a void that apparently cannot be filled by other desirable alternatives. Our comprehensive frameworks are put to the test and are often fragile in the face of the realities that we live. Uncertainty, crisis and post-truth are words often used to describe the phenomena we live. Colombia, in a post-conflict context, is not immune to all this complexity; on the contrary, it is deeply affected by it at a time when it faces one of the most meaningful challenges in its history: building peace.

These scenarios posit paramount challenges, but they also remind us that crisis and uncertainties are a creative source of knowledge, since they make us pose other types of questions and reflect and propose new theories. They also remind us that we have an enormous responsibility to see in the knowledge that we build or that we contribute through our research, a transforming engine of our societies.

This is where reviving and returning to the origin, keeping in mind the reasons why a project or a task such as the life of a journal is undertaken reminds us of that ultimate goal, the impact that it can have on changing reality and thinking of ourselves as human beings. Hence the importance of reaffirming the need to put knowledge at the service of nobler and broader goals than recognition through citations and to recall that academic discussions should not remain in the academic sphere, but should also reach the societies – no doubt more and more complex and plural -, and serve as a tool for the construction and proposal of alternatives.

Editorial

Amaya Querejazu Escobari

Quando a revista *Estudios de Derecho* publicou o seu primeiro número em outubro de 1912, estabeleceu em um próêmio as razões da sua fundação e os seus propósitos. Afirma-se nesse texto que a revista foi fundada com o intuito transcendental de obter as “mais puras noções jurídicas e sociais e fazê-las úteis ao homem e à sociedade, passando ao campo real, do ideológico”, dando a entender que a geração de conhecimento não só exalta a profissão, mas também sua divulgação contribui para transformar o país e a humanidade.

Tendo transcorrido cento e cinco anos e ainda que seja possível afirmar que o espírito com o que foi criada a revista mantém-se vivo, as regras do jogo mudaram radicalmente as maneiras de realizar este trabalho de contribuir para a construção do conhecimento, de manter vivos os debates, a discussão e a crítica. Atolados como estamos em um mundo permeado pelo capitalismo, estas práticas já não conseguem escapar das lógicas do mercado e fala-se da produção e intercâmbio de conhecimento como um produto de valor agregado, onde é privilegiado o *conhecimento* especializado, preferivelmente científico e acadêmico, por em cima de outros *saberes*. Tanto a produção como o intercâmbio de conhecimentos estão submetidos a uma dura concorrência e ao longo do caminho teorias, reflexões e descobertas se tornam bens intercambiáveis ou *commodities* que se essencializam. Por sua vez, a capacidade intelectual e reflexiva dos autores é “medida” através de variáveis que não necessariamente apreendem a qualidade da sua contribuição, mas sim a sua popularidade. Em uma era de consumo massivo, o conhecimento também se consome e as preferências do mercado se medem através de softwares que quantificam o fluxo do conhecimento através da sua citação. Nada descreve melhor esta situação do que o nome do programa de Hazling Publish or Perish (publicar ou perecer) criado como motor de busca para identificar o índice de citações de autores e artigos combinando diferentes fontes de dados (entre eles os que apresentam Google Scholar, Crossref, Web of Science ou Scopus) e que também facilita a construção de metadados, elemento essencial para que a informação viaje mais fluidamente no mundo virtual da era digital.

Na atualidade as revistas estão imersas nessas práticas e é muito fácil perder de vista, nessa lógica de concorrência a escala global, que o conhecimento também tem a capacidade de transformar a realidade e impactar em processos concretos como a tomada de decisões, a criação e implementação de políticas públicas e a criação ou adaptação de leis e que isso

afeta cada vez mais pessoas. Embora seja complexo estabelecer nexos causais, eles também deveriam ser levados em consideração como critérios de medição.

Tudo isto acontece em um contexto global muito mais amplo e complexo, marcado por fortes reivindicações nacionalistas, identitárias e religiosas, pela judicialização da política e do protesto, pela radicalização das lutas, por graves recuos em matéria de garantia de direitos e do enfraquecimento de importantes processos de democratização, por pretender garantir a segurança com políticas de maior controle e à custa do sacrifício da liberdade; pela perda do sentido e da busca de significado em um mundo desiludido. A corrupção, perseguição e intolerância e outras formas de violência estão presentes em todas as latitudes e em todas as dimensões da vida, e agora não é mais possível afirmar que o Norte Global é um referente ou modelo a seguir pelo Sul Global.

Durante os últimos anos temos sido testemunhas de importantes abaladas políticas, econômicas e sociais que não só nos ultrapassam porque não conseguimos explicá-las totalmente, mas também porque nos deixam a angustiada sensação de frustração diante do fracasso ou a impossibilidade de resolver problemas que nos afligem como humanidade. A mudança climática, a pobreza extrema, a violência e a insegurança são só alguns exemplos. As promessas liberais do fim da Guerra Fria e da ordem mundial estabelecida em meados do século passado sofreram expressivos empecilhos nos últimos anos e começam não só a tornar visíveis as fendas de tal ordem, mas também deixam um vazio que aparentemente não pode ser preenchido por outras alternativas desejáveis. Os nossos quadros compreensivos são testados e muitas vezes parecem frágeis diante da força das realidades que devemos viver. Incerteza, crise e pós-verdade são palavras utilizadas frequentemente para descrever os fenômenos que vivemos. A Colômbia, em um contexto de pós-conflito, não é alheia a toda esta complexidade, pelo contrário, vê-se profundamente afetada por ela em um momento em que enfrenta um dos desafios mais importantes da sua história: construir paz.

Estes cenários nos apresentam importantes desafios, mas também nos lembram que as crises e as incertezas são uma fonte criativa do conhecimento, pois nos fazem propor outro tipo de perguntas e refletir e formular novas teorias. Igualmente nos lembram que temos uma grande responsabilidade de ver no conhecimento que construímos ou para o qual contribuimos por meio de nossas pesquisas, um motor transformador das nossas sociedades.

É aqui onde reviver e voltar à origem, lembrar as razões pelas quais se empreende um projeto ou um trabalho como o de dar vida a uma revista nos lembra esse fim último, esse impacto que ela pode ter em mudar a realidade e pensar-nos como seres humanos. Dali a importância de reafirmarmos a necessidade de pôr o conhecimento ao serviço de fins mais nobres e amplos que o reconhecimento através das citações e de lembrar que as discussões acadêmicas não devem ficar no âmbito acadêmico, mas também devem chegar às sociedades —sem dúvida cada vez mais complexas e plurais—, e servir de ferramenta para a construção e proposição de alternativas.



Título: pensamiento. Técnica: Ilustración. Año: 2009

Falsos dilemas del neoconstitucionalismo*

Julián David Agudelo Osorio**

Resumen

Con la llegada del Estado constitucional se han presentado y renovado algunas discusiones frente a la teoría del derecho con posturas antagónicas y en clave de dilema. En un extremo estaría una concepción que plantea un modelo de reglas, subsunción, separación entre derecho y moral, primacía de la legislación sobre la jurisprudencia y una ciencia del derecho descriptiva; mientras, en el otro extremo, estaría una concepción que defiende un modelo de principios, ponderación, vinculación derecho y moral, primacía de la jurisprudencia sobre la legislación y una ciencia del derecho prescriptiva. Estos polos son los dos paradigmas que quiere enfrentar la doctrina nacional como teorías del derecho contrapuestas correspondientes al antes y después de la Constitución de 1991, cuando realmente la relación entre los modelos no es dicotómica ni excluyente, sino de continuación y complementación, tal como se desarrollará en este artículo.

Palabras clave: neoconstitucionalismo; positivismo; falsos dilemas; reglas y principios; subsunción y ponderación; derecho y moral; legislación y jurisprudencia; ciencia del derecho.

False dilemmas of neoconstitutionalism

Abstract

With the arrival of the constitutional State, some discussions have been presented and renewed in front of the theory of law with antagonistic positions and in the key of a dilemma. At one extreme would be a conception that proposes a model of rules, subsumption, separation between law and morality, primacy of legislation over jurisprudence and a science of descriptive law; while, at the other extreme, there would be a conception that defends a model of principles, consideration, right and moral linkage, primacy of jurisprudence over legislation and a science of prescriptive law.

These poles are the two paradigms that the national doctrine wants to face as opposing theories of law corresponding to the before and after the 1991 Constitution, when the relationship between the models is not really dichotomous nor exclusive, but rather of continuation and complementation, as it will develop in this article.

Key words: neo-constitutionalism; positivism; false dilemmas; rules and principles; subsumption and weighing; law and morals; legislation and jurisprudence; science of law.

Falsos dilemas do neoconstitucionalismo

Resumo

Com a chegada do Estado constitucional surgiram e se renovaram algumas discussões diante da teoria do direito com posturas antagônicas e em termos de dilema. Em um extremo haveria uma concepção que propõe um modelo de regras, subsunção, separação entre direito e moral, primazia da legislação sobre a jurisprudência e uma ciência do direito descritiva; enquanto que, no outro extremo, haveria uma concepção que defende um modelo de princípios, ponderação, vinculação direito e moral, primazia da jurisprudência sobre a legislação e uma ciência do direito prescritiva.

Estes polos são os dois paradigmas que quer enfrentar a doutrina nacional como teorias do direito divergentes correspondentes ao antes e depois da Constituição de 1991, quando realmente a relação entre os modelos não é dicotômica nem excludente, mas sim de continuação e complementação, tal como será desenvolvido neste artigo.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; positivismo; falsos dilemas; regras e princípios; subsunção e ponderação; direito e moral; legislação e jurisprudência; ciência do direito.

* Artículo de investigación. Da como resultado *Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una mirada crítica a las grandes corrientes jurídicas*, financiado por el CODI de la Universidad de Antioquia. El proyecto inició el 23 de septiembre de 2013 y finalizó el 23 de septiembre de 2015, el investigador principal fue Julián David Agudelo Osorio. Asimismo, participaron como auxiliares de investigación: Yeison Octavio Macías González, José Luis González Jaramillo, Larry Alexis Isaza Marín, Jhon Fredy Ríos Agudelo, Julián Alberto Hincapié, José Luis Sánchez Cardona, Felipe Villa y Pedro Stewart Palacios.

** Profesor del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, Correo electrónico: julian.agudelo@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-7036-2627

Introducción: falsos dilemas o dilemas aparentes en la teoría del derecho

Los falsos dilemas en general, y en el caso especial del derecho, suelen presentar dos extremos opuestos o una relación dicotómica en que se muestran dos tesis contrarias y excluyentes como las únicas posibles (Martínez Zorrilla, 2010, p. 251), por ejemplo: guerra o paz, amigo o enemigo, ser o no ser, blanco o negro, todo o nada, bonito o feo, bueno o malo, teoría o práctica, etc. El dilema se repite en conceptos fundamentales y teorías del derecho como: positivista o no positivista, válido o inválido, actos de pura creación o de pura aplicación, formalismo o antiformalismo, casos fáciles o casos difíciles y constituciones materiales o constituciones formales; tesis en las que se incurre en una falacia porque sugieren la idea de que no hay otras alternativas ni puntos intermedios o relaciones graduales entre conceptos y teorías, diferente a lo que ocurre en la realidad y en los ordenamientos jurídicos.

Casos de falsos dilemas o dilemas aparentes en la teoría jurídica han sido advertidos y resueltos en las obras de Kelsen, Hart, Ferrajoli, Alexy y Prieto Sanchís, que han mostrado, en su orden, lo errado de creer que solo existen actos de creación y aplicación cuando la mayoría de actos, *verbi gratia*, leyes y sentencias son actos mixtos (producción y ejecución) (Kelsen, 1983, p. 244); o el extremo de disposiciones normativas claras (donde no hay discrecionalidad) en comparación con disposiciones normativas oscuras (donde hay discrecionalidad), cuando todas las disposiciones pueden tener una zona de penumbra donde es dudosa su aplicación (Hart, 1963, p. 159); o los opuestos entre normas jurídicas válidas e inválidas, derecho o no derecho, cuando es posible encontrar derecho ilegítimo (Ferrajoli, 2011, Vol. I, p. 16), es decir, normas jurídicas viciadas, existentes formalmente (vigentes) pero inválidas desde el punto de vista material.

Asimismo, de manera exagerada, los principios constitucionales se han querido mostrar como normas que dicen “demasiado” y ahogan la libertad de configuración del legislador (sobreconstitucionalización) frente a los principios entendidos como normas que dicen “demasiado poco” y no limitan verdaderamente el poder legislativo (infraconstitucionalización), dilema que se resuelve con constituciones que son a la vez orden marco y orden fundamental, en las que existen esferas de lo necesario, lo imposible y lo posible constitucionalmente, de modo que prohíben,

obligan y permiten un ejercicio adecuado y parcialmente limitado de la libertad de configuración del Congreso, tal como lo plantea Alexy en el epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales* (2007, p. 511-562). Igualmente, respecto de las tipologías o modelos de constitución se han opuesto las constituciones puramente formales (tendientes a un sistema dinámico) contra las constituciones puramente materiales (tendientes a un sistema estático), enfrentamiento que se resuelve con constituciones y sistemas mixtos que regulan no solo quién y cómo manda, sino también qué puede o debe mandarse (Prieto, 2010, p. 276).

Con la entrada en vigencia de las nuevas constituciones, posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se han presentado y renovado algunas discusiones frente a la teoría del derecho con posturas antagónicas y en clave de dilema. En un extremo estaría una lectura estándar del positivismo que, sin distinguir el aspecto ideológico, teórico y metodológico (Bobbio, 1991, p. 44), plantea un modelo de reglas, subsunción, separación entre derecho y moral, primacía de la legislación sobre la jurisprudencia y una ciencia del derecho descriptiva; mientras, en el otro extremo, independientemente de las distintas “formas” (Comanducci, 2009, p. 75) y la “ambigüedad” del neoconstitucionalismo (Pozzolo, 2009, p. 187), estaría una concepción que defiende un modelo de principios, ponderación, vinculación derecho y moral, primacía de la jurisprudencia sobre la legislación y una ciencia del derecho prescriptiva (Atienza, 2009, p. 206).

Estos extremos, pese a sus tergiversaciones y malas lecturas, son los dos paradigmas que quiere enfrentar la doctrina colombiana (López, 2006, p. 323) como teorías del derecho correspondientes al antes y después de la Constitución de 1991, para hacer ver la tendencia positivista mucho más tradicional y la neoconstitucionalista mucho más novedosa, cuando realmente la relación entre los modelos no es dicotómica ni excluyente, sino una continuación y complementación de ambas. Por tanto, esta discusión, entre estos dos grupos de tesis, representa los falsos dilemas que a continuación se tratará de develar.

De manera preliminar se debe resaltar que entre los conjuntos *principios-reglas*, *ponderación-subsunción*, *legislación-jurisprudencia*, etc., existe una interdependencia necesaria en un doble sentido. De un lado, una distinción clara entre principios y reglas llevará a una diferenciación clara del resto de dilemas. Así, la diferencia entre ponderación y subsunción solo es posible si antes se ha distinguido entre estos dos tipos de normas; igualmente, la diferencia entre derecho y moral depende en gran parte de la diferencia entre principios con carga axiológica y reglas legisladas; también, escindir entre los principios, por regla general, como normas directamente estatuidas respecto de las reglas, entendidas como normas adscritas, llevaría, por ejemplo, a distinguir las disposiciones constitucionales del precedente constitucional. Mientras que una eliminación de la brecha entre principios y reglas, consecuentemente, plantearía una superación de los otros dilemas.

De ahí que el primer punto a abordar en este escrito sea la discusión sobre si es o no posible trazar una diferencia cualitativa o cuantitativa entre estos dos tipos de normas.

I. Principios y reglas

Este dilema a pesar de ser uno de los temas recurrentes de la teoría del derecho, ha pasado por alto que antes y después de los estados constitucionales ha existido en los ordenamientos jurídicos una combinación entre estos tipos de normas.

Resulta falsa la afirmación según la cual se indica que antes de la Constitución de 1991 solo imperaba en el ordenamiento jurídico normas tipo regla, toda vez que se puede constatar que los códigos, anteriores a la actual Constitución, tenían principios que orientaban su interpretación. Igualmente, los principios generales del derecho servían para colmar las lagunas y vacíos, así como para resolver las antinomias. Es más, varios de los principios contenidos en estos códigos se han elevado a normas constitucionales, *verbi gratia*: en materia penal la estricta legalidad, favorabilidad, irretroactividad, lesividad; en materia laboral, el *in dubio pro operario*, irrenunciabilidad, libertad sindical; en materia procesal el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, *no reformatio in pejus*; en materia civil, la función social de la propiedad, buena fe, libertad de empresa, etc.; por lo cual, a lo sumo, solo se podría decir que el debate de los principios en la actualidad se ha renovado.

Pero si en el plano fáctico es discutible que antes el modelo era solo de reglas y hoy es un modelo solo de principios, en el plano teórico los problemas se agudizan debido al infructuoso intento de diferenciar conceptualmente los principios y las reglas como normas jurídicas, ya que, como advierte Guastini, es imposible reconducir a un concepto unitario la idea de principio, esto por no tener en cuenta su heterogeneidad¹. Ello hace que cualquier criterio adoptado (como estructura, indeterminación, campo de aplicación, contenido axiológico, forma de interpretación) para distinguir entre disposiciones tipo regla y principio sea insuficiente, pues, según el autor en comento, se incurre en el error de pensar que solo existe un tipo de principio, o que, a lo sumo, todos comparten un rasgo común (1999, p. 146).

1 Para el autor en comento existe diversidad de clasificaciones respecto a la tipología de principios. Entre las distinciones propuestas se encuentran los principios generales y fundamentales del ordenamiento, entendidos como valores éticos y políticos, que informan y dan justificación al sistema. También se hallan los principios generales de un sector de la disciplina jurídica, los cuales solo informan una institución particular. Y están los principios (sin ulteriores especificaciones) los cuales informan la razón de ser de una determinada normativa (Guastini, 1999, p. 152-153).

Es decir, desde un plano *ontológico-objetivo* no es posible encontrar un criterio que sirva de modo absoluto para diferenciar los dos tipos de disposiciones, ni siquiera parece correcto el criterio más común y autorizado de todos, según el cual, la diferencia entre reglas y principios se evidencia en la forma como se resuelven los conflictos normativos, pues las antinomias entre reglas se resuelven con la invalidez o la excepción de una de ellas, mientras que en las colisiones entre principios ninguno de ellos pierde su validez ni es excepcionado sino que simplemente se presenta la precedencia de uno de ellos en el caso concreto (Alexy, 1993, p. 87-89).

En este sentido, para García Figueroa la distinción entre reglas y principios es imposible si se acepta la derrotabilidad de todo tipo de normas, ya que todas las disposiciones podrían resultar revisadas o inaplicadas por múltiples razones, tanto axiológicas como pragmáticas (2010, p. 251). Esta derrotabilidad, en principio, propia de los mandatos de optimización, hoy se extiende a los mandatos definitivos, en virtud del efecto de irradiación que aquellos tienen sobre el resto del ordenamiento jurídico (2009, p. 139).

De este modo, una diferencia cualitativa entre principios y reglas es insostenible, pues las reglas, en su mayoría infraconstitucionales, van adoptando —circunstancialmente en la aplicación en los casos concretos— características predicadas de las normas tipo principios: se ponderan reglas, se inaplican reglas, se encuentran reglas vagas e indeterminadas, etc. Esto, en contraste, sucedía antes de la teoría neoconstitucional, pero hoy este fenómeno se percibe más gracias al auge de la teoría de los derechos fundamentales. De otro lado, también se puede encontrar que las reglas se principalizan porque su aplicación puede desembocar en la ponderación del principio a favor y el principio en contra de la misma.

En vista de la imposibilidad teórica de encontrar un criterio diferenciador absoluto, se ha recurrido entonces al plano *interpretativo-subjetivo*, esto es, finalmente quien interpreta es quien dice qué tipo de norma es: regla o principio, independientemente de la estructura y de la vaguedad de la disposición (Bernal, 2007, p. 593). Un ejemplo de ello es el artículo 13 de la Constitución, el cual prescribe el derecho a la igualdad; dicha disposición tiene una estructura típica de principio: está formulada en un lenguaje vago, indeterminado, tiene un campo amplio de aplicación y carga axiológica, y así se entiende, frente a la obligación estatal de remover en la mayor medida de lo posible las desigualdades materiales entre las personas. Empero, es posible encontrar casos donde esta disposición directamente se aplica como regla, a saber: los tratos discriminatorios contra la población afrodescendiente. Así, la Corte Constitucional en las sentencias T-131 (2006) y T-1090 (2005), ha aplicado el “principio” de igualdad como una “regla” frente a casos de discriminación racial donde mujeres de tez morena no pudieron ingresar a una discoteca en Cartagena. Allí no hubo ponderación alguna, sino que simplemente se razonó: todo acto de discriminación está constitucionalmente prohibido, permitir el ingreso de mujeres blancas y prohibir el ingreso de mujeres ne-

gras es un acto de discriminación, por tanto, el dueño de la discoteca debe abstenerse de limitar el ingreso de personas en razón de su raza.

Igualmente, vía interpretación, una disposición que *prima facie* pareciera ser una regla también se puede transformar en un principio, ser derrotada sin que pierda su validez. Por ejemplo, el artículo 1081 del Código de Comercio, señala que el término de prescripción ordinaria del contrato de seguros es de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; disposición que tendría un mandato definitivo de aplicación todo o nada, según el cual, solo es posible estar dentro o fuera de dicho plazo, es decir, el término se aplica o no se aplica. Sin embargo, en un caso concreto es posible ver más allá de la regla y preguntarse por el principio que juega a favor y el principio que juega en contra de la misma. Tal situación se presentó en la Sentencia T-662 (2013), en la cual se estudia el caso de la reclamación extemporánea presentada por una mujer mayor en estado de discapacidad que va a perder su vivienda porque no le reconocen un seguro que respaldaba un préstamo hipotecario; allí la Corte transforma, interpretativamente, un problema que por excelencia sería sobre la aplicación de reglas legisladas, en un asunto de principios, donde enfrenta la seguridad jurídica con el mínimo vital y el derecho a la vivienda, para concluir que, ante la afectación gravísima de los derechos de la señora, prima la segunda situación.

En consecuencia, según la aplicación que se quiera dar a la normativa se determinará el tratamiento mismo de la disposición, indicando que se tendrá como un principio toda norma que se quiera ponderar; mientras que se tendrá como regla toda norma que se quiera aplicar por medio de la subsunción (García Amado, 2006, p. 120). Se tiene así que la premisa según la cual en los ordenamientos solo hay principios o reglas es falsa; en lugar de ello ambas tipologías coexisten dada la imposibilidad de determinar parámetros de diferenciación claros, además de la complementación que se da entre principios y reglas dentro del plexo normativo.

La discusión propuesta sirve de antesala para el análisis posterior de los ulteriores falsos dilemas, dado que, partiendo de una concepción determinada del entendido de las disposiciones como reglas o como principios, se establecerá la relación entre subsunción y ponderación, legislación y jurisprudencia, derecho y moral, y ciencia del derecho prescriptiva o descriptiva.

II. Subsunción y ponderación

La dicotomía en la que se plantea la relación del neoconstitucionalismo y el positivismo se encuadra y reproduce perfectamente en los métodos interpretativos de cada corriente teórica. Mientras que la ponderación es asociada con la aplicación del derecho en el Estado constitucional y la búsqueda de la justicia en el caso concreto (Atienza,

2006, p. 57 y Prieto, 2009, p. 118-119); la subsunción es ligada al modelo positivista erigido sobre el valor de la seguridad jurídica (Laporta, 2007, p. 169-170).

La ponderación tiene como presupuesto la idea según la cual hay normas que tienen una estructura de mandatos de optimización, es decir, indican “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible” (Alexy, 1993, p. 86-87). Siendo necesario confrontar dichas normas con los principios o normas opuestas de igual jerarquía, que lleva a que se presente una “colisión entre principios” que se traduce en una incompatibilidad en el caso concreto de ambas normas (Bernal Pulido, 2003, p. 226). La forma metodológica e interpretativa para resolver estas incongruencias es la ponderación, y el neoconstitucionalismo parte precisamente de estos supuestos para elaborar el modelo interpretativo que más se adecúe al modelo constitucional conflictivista de principios tendencialmente contradictorios (Prieto, 2009, p. 123), fruto del pluralismo de las sociedades actuales (Zagrebelsky, 2007, p. 17).

Por su parte, el modelo positivista le ha dado un uso preponderante al textualismo (López, 2008, p. 2-3) recurriendo a la subsunción como método de aplicación en virtud de su estrecha relación con las normas tipo regla que, aparentemente, poseen una estructura lógica conformada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Así las cosas, en el modelo paleopositivista (Ferrajoli, 2011, Vol. I, p. 16) la aplicación del derecho se traduce en una actividad mecánica gobernada por un razonamiento deductivo en forma de silogismo — hoy justificación interna— (Alexy, 2007, p. 23-34).

No obstante, la vinculación estricta de dichos métodos interpretativos a un modelo específico se ve en vilo al tener presente que en el plano fáctico la ponderación ya fungía como instrumento interpretativo en la praxis judicial, previo al arribo del modelo neoconstitucional a Colombia. En efecto, ya existían parámetros para la aplicación de la ponderación antes de la Constitución de 1991, lo cual, sumado a la existencia de principios dentro de las distintas especialidades del ordenamiento jurídico, invitaba, precisamente, a realizar un balance entre las diversas disposiciones normativas contenidas en la legislación, con base en criterios generales como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Esto se esboza en la órbita penal de cara a la determinación de los tipos penales y sus correspondientes consecuencias, es decir, la ponderación que existe entre el bien jurídico a proteger y el bien jurídico vulnerado; la resultante de dicha ponderación quedará escrita en la pertinente disposición normativa en la que la magnitud de la sanción deba ser correlativa al grado de afectación del bien jurídico (principio de *lesividad-antijuricidad* artículo 4 del Código Penal de 1980), proporcionalidad, que, inclusive, ha gobernado gran parte de la teoría penal de corte liberal iniciada por Beccaria. Otro ejemplo, es la declaración de los estados de sitio, donde se analizaba el grado de afectación al orden público con la magnitud de las medidas restrictivas de derechos y libertades tomadas por el

presidente de la República. Asimismo, en el derecho administrativo, el Decreto Ley 01 (1984) prescribía en su artículo 36 que las potestades discrecionales debían ser ejercidas de manera “proporcional” y “adecuada” a los fines de la norma. Idéntica situación se presentaba en el derecho procesal civil, en el cual, se comparaba el grado de afectación de una medida cautelar con el interés protegido por esta, por ejemplo, en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil se señalaba que “el juez al decretar los embargos y secuestros” se debe “limitar a lo necesario”. De tal suerte que conceptos como proporcionalidad, necesidad e idoneidad, que han sido naturalizados por el método de la ponderación, han estado diseminados por las diferentes áreas del derecho desde antes de la teorización de lo que se conoce como neoconstitucionalismo.

El cuestionamiento frente a la relación excluyente de tales extremos interpretativos se reproduce en el estadio teórico. Como se ha advertido en páginas anteriores, la débil distinción entre principios y reglas implica, de manera correlativa, debilitar el vínculo conceptual necesario entre la estructura de las normas y su método de aplicación defendido por autores como Alexy, es decir, la idea a partir de la cual las reglas se aplican mediante subsunción y los principios vía ponderación (Martínez Zorrilla, 2010, p. 152). Si no existe una diferencia determinante entre reglas y principios, entonces cualquier norma, sea tipo regla o tipo principio, se podrá aplicar vía subsunción o ponderación a juicio del intérprete, situación que se ve reforzada por la derrotabilidad de todas las normas jurídicas en el Estado constitucional, que, en términos prácticos, significa que en la actividad interpretativa los principios sufren una transmutación convirtiéndose en reglas, y las reglas en principios.

A la anterior dificultad se suma que ambos modelos interpretativos pueden llegar a complementarse. Así, antes de realizar un ejercicio de ponderación será necesario recurrir a la subsunción para determinar de manera preliminar si el caso pertenece al ámbito de aplicación de una norma determinada o de otra (Prieto, 2005, p. 149). Lo mismo sucede luego de realizada la ponderación, toda vez que ésta arroja como resultado una subregla que se constituye en la premisa mayor de un nuevo razonamiento subsuntivo que señala, para el caso concreto, la aplicación de una disposición determinada y no de otra (2005, p. 150). Esto se evidencia en sentencias de la Corte Constitucional como la SU-601 de 1999, donde se empieza subsumiendo las ventas ambulantes dentro del derecho al trabajo, tal como lo defienden los demandantes; enfrentada a una subsunción diferente de la administración, para quien el procedimiento de desalojo encaja en la protección del espacio público. Ante estas subsunciones contradictorias, que prueban la existencia de una colisión, la Corte pasa a ponderar los derechos enfrentados concluyendo con la siguiente subregla: cuando el espacio público es ocupado con la aquiescencia del Estado y los particulares tienen expectativas legítimas, amparadas con licencias de funcionamiento, sus derechos deben prevalecer, conservando sus puestos de trabajo o siendo reubicados.

También en el derecho comparado, la Sentencia STC-7 del 17 de enero de 1994 del Tribunal Constitucional español demuestra que antes de ponderar se suele subsumir, tal como ocurrió en un proceso civil de filiación, donde los jueces ordinarios comienzan aplicando silogísticamente la carga de la prueba para negar las pretensiones de un hijo extramatrimonial que no pudo demostrar su parentesco, gracias a la negativa del presunto padre a realizarse la prueba de ADN. Allí los jueces de instancia razonaron: las partes deben probar los hechos que alegan, no hacerlo les traerá consecuencias desfavorables a sus pretensiones. El demandante no probó quién era su padre, por ende, el demandante debe perder el proceso.

Tal subsunción es totalmente opuesta a la que realizó el hijo, para quien su caso encajaba claramente en el derecho a conocer su verdadera filiación. Razonamiento opuesto al del presunto padre, quien afirmaba que con base al derecho a la no autoincriminación y la integridad física podía negarse válidamente a hacerse la prueba.

Es frente a estos dos últimos razonamientos contrapuestos que el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo pondera y establece la siguiente subregla:

Los derechos a la no autoincriminación y a la integridad física no se vulneran cuando una prueba de ADN es decretada por la autoridad competente y están en grave riesgo los derechos de un menor.

En este sentido, Prieto Sanchís afirma que la ponderación en relación con la subsunción es un paso intermedio, dado que la ponderación busca frente a una pugna de dos principios establecer una regla aplicable para un caso concreto (2003, p. 145). Por ende, no es sostenible que exista una separación radical entre ponderación y subsunción, dado que, tanto la una como la otra, son mutuamente dependientes al momento de resolver el caso concreto presentado. Así pues, la ponderación no es una alternativa a la subsunción, sino que funciona en distintas fases de la aplicación del derecho en el Estado constitucional.

Igualmente, detrás de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se pueden encontrar los métodos de interpretación tradicionales. De tal suerte, los subprincipios de idoneidad y necesidad no se pueden aplicar sin tener en cuenta el criterio teleológico, ya que, ambos presuponen un cuestionamiento por el fin de la norma y el grado de adecuación de los diferentes medios para alcanzarlo. En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se examina la relación (*restricción-satisfacción*) entre dos o más normas en colisión, se presenta el criterio sistemático en tanto se debe determinar cuál de ellas prevalece en el caso concreto (Bernal, 2007, p. 544).

Necesariamente siempre habrá subsunción en el derecho si se acepta la existencia de normas generales y abstractas. Estas están hechas para que los casos concretos que les correspondan encajen en ellas, por lo cual, tanto los principios

como las reglas al ser normas con objeto y sujeto universal requieren de la subsunción para ser aplicables a los casos particulares (Bobbio, 2013, p. 133). Por lo tanto, si se distingue entre justificación interna y justificación externa (Prieto, 2009, p. 278), será posible afirmar que la aplicación de los principios requiere que se acuda a la subsunción para extraer de ellos una subregla, así mismo, para aplicar las reglas hay que acudir a la subsunción para que estas puedan regular el caso. En el fondo, los principios no se aplican, estos se interpretan y el resultado de esa interpretación es la concreción de una subregla que es la que finalmente tiene la potencialidad de ser aplicable (Guastini, 2014, p. 167).

Para saber si un caso concreto puede ser subsumido en determinado principio es necesario verificar las subreglas que subyacen a este. En este sentido, la ponderación sirve para la justificación externa de las premisas del silogismo, sobre todo, la premisa mayor, pero después de esto, es la subsunción el método aplicable para la resolución del caso concreto. Esto implica sostener que los casos nóveles o de cambio de jurisprudencia serían los únicos susceptibles de ponderación pues los casos reiterados, principalmente aquellos frente a los cuales hay precedente, son resueltos mediante subsunción. Asimismo, el juicio de constitucionalidad también es una subsunción que conlleva al siguiente esquema: una premisa mayor, según la cual, todas las normas contrarias (o conforme) a la Constitución deben ser declaradas inexecutable (o executable). Una premisa menor en que se analiza si una determinada norma es contraria (o conforme) a la Constitución, y una conclusión en que dicha norma es declarada executable (o inexecutable).

Así, en la Sentencia C-022 (1996), por ejemplo, no se realizó una ponderación, aunque se hable de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ya que simplemente se trabajó bajo el esquema de la subsunción al entender que se presenta una violación al derecho a la igualdad cuando no existe una razón suficiente para un trato diferente, y, dado que no existe tal justificación para que los bachilleres que hayan prestado servicio militar se beneficien del aumento en un 10% del resultado de las pruebas ICFES (Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación), se debe declarar inconstitucional la norma que establecía dicho incremento, pues este beneficio para los reservistas les permitía acceder más fácilmente a la educación superior y a las becas, sin tener ningún mérito académico para ello.

Es común que en algunas sentencias donde la Corte sostiene que es necesario realizar una solución de un caso vía ponderación, lo que en realidad hace es una subsunción, como sucede en la Sentencia T-425 (1995), donde se planteó la colisión entre el derecho a la vida, la salud y la libertad de empresa. Se consideró que había un conflicto entre estos principios, pero la forma de resolver la supuesta tensión no fue ponderando sino subsumiendo y, por lo tanto, aplicando una regla vía silogismo. En este caso se propone un recurso de amparo por los vecinos de un establecimiento de comercio en el que se expende licor, quienes cansados de que los consumidores orinaran en los alrededores de dicho lugar y

fumaran cigarrillos cerca de una estación de gasolina, alegan la existencia de un grave peligro para la vida de toda la comunidad. La Corte encuentra que la dueña del local comercial cuenta con una licencia que exclusivamente la autoriza para la venta, pero no para que en el establecimiento se consuma licor, en cuyo caso es imperativo tener baños públicos para los clientes. De suerte que, en lugar de ponderar, el derecho a la vida contra la libertad de empresa, el caso se resuelve simplemente acudiendo a las normas administrativas que regulan los permisos para desempeñar la actividad comercial.

Para algunos incluso la ponderación podría ser sustituible por la subsunción (García Amado, 2006, p. 158-160). El caso paradigmático del Tribunal Federal Alemán de ponderación del derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor, en el que una revista satírica llama “tullido” a un militar parapléjico, puede, igualmente, ser reconducido o solucionado vía subsunción, delimitando el ámbito de aplicación de ambos derechos, para concluir que los insultos no hacen parte del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por tanto, constituyen una conducta que vulnera el derecho al honor. El planteamiento sería el siguiente: premisa mayor: no hacen parte del derecho a la libertad de expresión los insultos; premisa menor: la revista alemana insulta al militar al llamarlo “tullido”; conclusión: la revista alemana no puede llamar “tullido” al ex militar, en tanto esto constituye un insulto y el mismo no hace parte del ejercicio al derecho a la libertad de expresión.

De igual manera, si en el neoconstitucionalismo el precedente tiene la fuerza que se le reconoce no es por una razón diferente a que se acude a la subsunción. La vinculatoriedad del precedente pone en evidencia que el método de aplicación por excelencia en el neoconstitucionalismo es la subsunción, por lo tanto, la ponderación es en realidad una herramienta para la creación inicial de las subreglas o *ratio decidendi* del precedente que determina la resolución de casos futuros. A partir de allí el precedente se aplica con una deducción en la que se procede de la forma que se pasará a explicar: la premisa mayor es la *ratio decidendi* o subregla generada por el caso que se constituirá en precedente, esto es, será el parámetro que determinará la adecuación con la premisa menor, de modo que si el caso nuevo es concordante (semejante) con la *ratio decidendi* del caso anterior lo que se sigue es la aplicación silogística de la subregla previamente creada.

Trayendo los ejemplos ya utilizados en el futuro no será necesario ponderar (ni simular que se pondera) sino simplemente subsumir en las subreglas jurisprudenciales los casos que presenten los mismos patrones fácticos y jurídicos con relación a temas como: el racismo en el ingreso a sitios públicos, el término de prescripción del contrato de seguro respecto de una persona discapacitada, el desalojo de vendedores ambulantes, la negativa a realizarse pruebas de ADN, la venta y consumo de licor en espacios cercanos a estaciones de gasolina, los insultos en los medios de comunicación, etc.

A partir de lo planteado se evidencia que, en el estado actual del desarrollo teórico y jurisprudencial del dilema entre ponderación y subsunción como medios excluyentes de interpretación jurídica, no hay tal antagonismo. Es más, si el precedente es tomado en serio, tal como se expondrá, se tiene que en el neoconstitucionalismo se subsume más de lo que se pondera.

III. Legislación y jurisprudencia

El sistema de fuentes se constituye en uno de los temas centrales de la teoría del derecho. El fenómeno de la producción jurídica determina el proceso de formulación normativo: *creación-interpretación-aplicación*. El sistema de fuentes está mediado por la pugna entre el formalismo y el antiformalismo, o lo que se llamó en la doctrina colombiana, con la Constitución Política de 1991, entre el derecho tradicional y nuevo derecho (López, 2006, p. 323 y ss.).

La dicotomía entre ambas concepciones jurídicas tiene de fondo la representación de un falso dilema que constituye para el formalismo una mirada legicentrista de las fuentes: donde existe una primacía de la legislación sobre la jurisprudencia; y para el antiformalismo una mirada activista de la función judicial: donde existe la primacía de la jurisprudencia sobre la legislación.

En este sentido, el formalismo considera que todo problema jurídico está determinado de manera exclusiva por normas de origen legislativo, mientras la corriente antiformalista defiende que los problemas jurídicos tienen un espacio más amplio de análisis, determinado por una comprensión de la realidad del derecho y un lugar preponderante del papel activo del juez (Mora Restrepo, 2009, p. 74).

El formalismo, fiel heredero de la teoría del Estado que nace con la Revolución Francesa, parte de una estricta separación entre la creación y la aplicación de las normas, en donde el momento de aplicación de la ley se entiende como una mera actividad ejecutora y “mecanicista de la jurisprudencia” (Prieto Sanchís, 1987, p. 108), dado que, únicamente la ley, como expresión de la voluntad general (De Otto, 2001, p. 284) puede ser la premisa mayor de un razonamiento hecho por un juez. Así, para el formalismo “el juez debe ser únicamente la boca de la ley. El poder judicial debe ser invisible y como nulo, y la justicia deviene, *pour ainsi dire, invisible et nulle*” (Santaella López, 1995, p. 77).

Si bien las corrientes formalistas dan por hecho que es nula la posibilidad de creación judicial por parte de los jueces, la historia jurídica colombiana demuestra que en el período de más excelso desarrollo formalista, la Corte de Oro, entre 1936 y 1939, desplegó “una nueva apreciación del papel del juez en la creación del derecho” (López, 2004, p. 307) en lo relativo a la instauración de principios generales del derecho, implícitos en el ordenamiento como: el abuso del derecho,

el enriquecimiento sin causa y la teoría de la imprevisión (López, 2004, p. 324); asimismo, en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado y del principio de legalidad, antes de 1991, fue la jurisprudencia del Consejo de Estado la que, más que la ley, estructuró y consolidó los elementos definitorios del derecho administrativo (Henaó Pérez, 2013, p. 19).

Y si antes de 1991 nuestros dos órganos de cierre de la época aceptaban la creación de normas jurídicas por parte de los jueces, no hacía menos el autor más influyente del siglo pasado, pues Kelsen además de insistir en que la diferencia entre la ley y la sentencia es solo de grado, denunció como un exceso unilateral creer que únicamente en el *common law* los tribunales creaban derecho y que, igualmente, en el derecho continental solo el legislador producía normas jurídicas (Kelsen, 1983, p. 263). Para este autor la verdad se encontraba a mitad de camino, ya que tanto allá como acá la sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de creación del derecho.

De hecho, lo que suele suceder desde siempre es que las disposiciones legislativas llenas de indeterminaciones, contradicciones y vacíos son concretadas en un momento posterior por la jurisprudencia y la doctrina (Prieto, 2009, p. 216 y 288). Por tanto, el derecho solo empieza su proceso con la promulgación de disposiciones jurídicas por la autoridad competente, quedando pendientes etapas posteriores donde otros actores interpretarán y aplicarán dichos textos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución del 91 y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se reafirmó que en Colombia podría pregonarse la imposición de un nuevo paradigma cultural, político y jurídico, caracterizado a partir de una nueva hermenéutica donde se pone de presente que el juez también es creador de derecho (Gaviria Díaz, 2002, p. XIII).

El nuevo derecho significó el desplazamiento parcial de la competencia de la producción jurídica y por ende de las fuentes del derecho al aparato judicial. Así, una de las principales consecuencias del movimiento jurídico y político que dio origen a la Constitución del 91 es el papel que se le reclama al Estado, los tipos de sentencias constitucionales, el cambio en las reglas y métodos de interpretación jurídica (específicamente la interpretación constitucional), el valor del precedente judicial (Mora Restrepo, 2009, p. 29-30) y en últimas el activismo judicial; rasgos fundamentales culpables de la desviación que se le imputa al nuevo derecho “desde la orilla ‘ortodoxa’” (Gaviria Díaz, 2002, p. XIV).

Es frente al papel de los jueces y los efectos de sus sentencias donde se presentó la mayor innovación a nivel constitucional, ya que hoy con las sentencias condicionadas, *inter communis*, *inter pares* y los precedentes judiciales es imposible seguir creyendo que los jueces nunca pueden dictar sentencias con efectos generales (artículo 17 del Código Civil) y que sus providencias son únicamente doctrina probable (artículo 4 de la Ley 169 de 1896), aplicable supletivamente en presencia de vacíos y oscuridad de

la ley (artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887). Que las sentencias actualmente tengan efectos que trascienden al caso concreto no debe sorprender pues respetar principios como la igualdad en la aplicación de la ley, la seguridad jurídica, la buena fe, la unidad del ordenamiento jurídico, la conservación del derecho, la interpretación conforme, la descongestión judicial, entre otros, llevan necesariamente a reformular el papel de la jurisprudencia, tal como lo tuvo que aceptar el legislador en las leyes 1395 (2009), 1437 (2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y 1564 (2012) Código General del Proceso (CGP).

Por otro lado, el sistema de fuentes es un asunto político ya que establecer cuáles son los modos de producción jurídica y su jerarquía entraña el establecimiento de una determinada forma y estructura de poder (Prieto, 2009, p. 159).

Y es que lo trascendental nunca ha sido la pluralidad de fuentes ya que tanto en el *common law* como en el *civil law* hay legislación y jurisprudencia, tanto en un régimen presidencialista como en uno parlamentario hay leyes y decretos; lo trascendental siempre será la prevalencia o jerarquía que se establezca entre las fuentes. En nuestro caso, los defensores del modelo formalista se empeñan en querer mostrar la prevalencia de la legislación sobre la jurisprudencia como un régimen de gobierno más democrático y en denunciar la prevalencia de la jurisprudencia sobre la legislación como una aristocracia judicial. No obstante, desde el antiformalismo se acepta que quien ha hecho más por la democracia colombiana ha sido la Corte Constitucional con las múltiples sentencias donde ha protegido a los grupos minoritarios que el Congreso y el Gobierno han abandonado por décadas.

Sin embargo, por estar concentrados en la disputa entre la legislación y la jurisprudencia se ha pasado por alto el papel de otras fuentes, sobre todo se ha olvidado a los reglamentos administrativos, disposiciones que no solo son las normas más abundantes, sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos, y cuya dependencia de la ley puede ser meramente formal (Prieto, 1999, p. 36).

Asimismo, en el ámbito del derecho internacional, los tratados han sido la fuente hegemónica para la resolución de los conflictos en este campo. También es de anotar, que antes y después de la Constitución de 1991, los contratos civiles, los conceptos de la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia) y las convenciones laborales han sido un lugar común como fuentes de producción y aplicación jurídica.

Incluso, la formación jurídica de los abogados no es fundamentalmente a partir de la legislación y de la jurisprudencia, sino a partir de la doctrina. En ese sentido, en el derecho privado no se estudia tanto el Código Civil y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como los textos de los profesores Ospina; en el derecho administrativo, no se estudia tanto el CPACA, ni la jurisprudencia del Consejo de Estado, como los libros de Libardo Rodríguez, Vidal Perdomo y Santofimio

Gamboa; en el derecho penal, no se estudia tanto el Código Penal ni la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como el manual de Fernando Velásquez; y en el derecho procesal, no se estudia tanto los estatutos procesales, como la obra de Hernando Devis Echandía, Beatriz Quintero o López Blanco.

Pero si se han descuidado las otras fuentes distintas a la jurisprudencia y la doctrina, también se ha descuidado un fenómeno consistente en la adopción de los contenidos de una fuente por parte de otra fuente de distinto linaje. Tal como sucede cuando la jurisprudencia se vuelve legislación, o si se quiere, cuando una norma pasa de hacer parte del derecho de los jueces a pertenecer al derecho del legislador, tal como sucede cuando el congreso a través del procedimiento legislativo, “recopila” la jurisprudencia.

Esto se presentó cuando se adoptó la teoría del abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa de la Corte de Oro en el Código de Comercio o la teoría de los móviles y finalidades del Consejo de Estado en el CPACA (Ley 1437 de 2011).

Con respecto al derecho comparado también sucedió con la teoría de los frutos del árbol envenenado, modulada en sentencias del ordenamiento jurídico estadounidense: Caso *Nardone v. EE. UU.* (1939) 309 EE. UU. 338, Caso *Nix C. Williams* (1984) 487 EE. UU. 431, Caso *Wong Sun v. EE. UU.* (1963) 371 EE. UU. 471, trasplantada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Sentencia SU-159 (2002) y positivizada en el artículo 455 de la Ley 906 (2004). Asimismo, en el ámbito interno, el derecho al habeas data fue teorizado en la Sentencia T-729 (2002) y luego en la Sentencia C-748 (2011); pero fue con la Ley 1581 (2012), donde se “formalizó”. Y ni que decir de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, primero defendida en sentencias como la T-123 (1995), SU-047 (1999), C-836 (2001), T-292 (2006), entre otras; y luego convertida en una de las grandes innovaciones del CPACA y del CGP.

De otro lado, entre las culturas jurídicas también puede evidenciarse el falso dilema. Hoy, el derecho de los jueces no es una característica esencial en el *common law*, pues está presente en una gran cantidad de ordenamientos, incluso los del *civil law*; en ese sentido, la característica con la que se diferenciaban ambas culturas jurídicas no puede sustentarse hoy con la estampa de la ley escrita en el *civil law*, ni la presencia del precedente en el *common law*.

Así lo evidencia Neil MacCormick y Roberts S. Summers, citados en la aclaración de voto de la Sentencia C-836 (2001), estos autores concluyen que existe un acercamiento de las culturas jurídicas ya que en la práctica el papel del precedente es significativo tanto en los países que lo aceptan y reconocen formalmente como en los que no lo hacen, siendo el ejemplo paradigmático el derecho francés, donde no se podría comprender la legislación de dicho país, sobre todo en lo administrativo, sin hacer referencia a la jurisprudencia de las altas cortes.

Igualmente, la configuración moderna de los ordenamientos jurídicos hace necesario que en la cultura del *common law* se haga uso de la codificación en estatutos legales en el ámbito del derecho procesal y comercial, “en Inglaterra esta transformación se llevó a cabo con las *Civil Procedural Rules* de 1998 entradas en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio Código de Procedimiento Civil (...)” (Taruffo, 2006, p. 66); y en la cultura del *civil law* la jurisprudencia se instala como fuente formal de los ordenamientos jurídicos (Taruffo, 2009, p. 557).

El falso dilema entre legislación y jurisprudencia también se constata a través de la relación de complementación y concreción entre estos centros de producción y ejecución jurídica. La interpretación en el ámbito constitucional, dada la máxima indeterminación de los principios, consta de unas técnicas interpretativas en las que no resulta difícil predicar del juez constitucional una técnica *cuasi-legislativa* y de creación de derecho. Esto se da, por la disociación entre norma y disposición, pues supone que “las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado” (Guastini, 1999, p. 15). Disociación que se hace más importante respecto de las disposiciones iusfundamentales donde se debe diferenciar los enunciados directamente estatuidos, redactados en forma de principios indeterminados, como el artículo 16 de la Constitución Política (libre desarrollo de la personalidad), de las normas adscritas a ese derecho que, vía interpretación, van concretando, mediante reglas jurisprudenciales, el alcance de la Constitución. Por ejemplo, del mencionado artículo se han desprendido reglas como: para las instituciones educativas está prohibido sancionar a los estudiantes por su apariencia personal, por su preferencia sexual, por contraer matrimonio, por quedar en embarazo, etc. De igual modo, dentro del libre desarrollo de la personalidad la Corte ha entendido que se encuentra el derecho a la dosis personal, el derecho a morir dignamente, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, entre otros. Por esta relación entre las normas directamente estatuidas y normas adscritas es innegable que en materia de derechos fundamentales la jurisprudencia es una fuente principal (Alexy, 1993, p. 23) e incluso que tales derechos tienen un carácter doble (1993, p. 133 y 138), pues suelen manifestarse como principios, cuando se encuentran inicialmente en la Constitución, y como reglas, cuando son desarrollados por los precedentes.

IV. Derecho y moral

Ha pervivido en el imaginario de los juristas y filósofos del derecho dos posiciones incompatibles, de un lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral, posición positivista y, por el otro, la defensa de la tesis de la vinculación entre estos dos órdenes normativos, posición neoconstitucionalista.

En su momento, Kelsen, al distinguir derecho y moral, planteó que “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado (...) sino por haber sido producida de determinada manera. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho” (Kelsen, 1983, p. 205). Mientras que Alexy y Radbruch, en una posición cercana al iusnaturalismo, entendieron que no cualquier contenido puede ser derecho, pues normas extremadamente injustas o que no cumplan con la pretensión de corrección serían un derecho defectuoso (Alexy, 2008, p. 69).

Las anteriores afirmaciones ponen de presente que al momento de identificar las normas válidas (Prieto, 2013, p. 104) se puede enfatizar la forma y el procedimiento como el elemento esencial en la creación del derecho o que, por el contrario, el contenido de las normas es el elemento indispensable para determinar su validez.

En este sentido, dos de las tesis principales del positivismo metodológico son: 1) acercarse a la ciencia jurídica desde un enfoque meramente descriptivo y, por lo tanto, exento de cualquier compromiso valorativo (Bobbio, 1991, p. 42), así como 2) defender constituciones puramente formales (Prieto, 2010, p. 276). Se entendía que el derecho era un “artificio” fruto de las fuentes sociales y la voluntad de los hombres (Prieto, 2009, p. 319) y, por ello, se podía constatar empíricamente su existencia sin apelar a un presunto derecho superior fundamentado en la justicia, la razón o en Dios.

Se trataba de separar derecho y moral con lo que se lograría separar validez y justicia. Al respecto, se ha sostenido por parte de Bobbio que la validez tiene que ver con la existencia o inexistencia de determinada norma jurídica, mientras que la justicia está relacionada con su correspondencia con los valores ideales presentes en determinada sociedad (2007, p. 20).

De otro lado, también puede sostenerse que separar derecho y moral tiene como consecuencia separar Estado e Iglesia, lo cual, dicho sea de paso, en Colombia nunca fue tal. Piénsese en la época colonial cuando la Santa Inquisición condenaba a todo el que se opusiera a sus doctrinas, contando con el beneplácito del Estado, en un proceso de civilización “cristianización”, en que se confundía al juez con el sacerdote, la legislación con la biblia y el delito con el pecado.

Los colombianos, antes de 1991 pese a autodenominarse positivistas no lo eran tanto, baste con escudriñar la Constitución Política de 1886 para constatar esta idea, la variedad de normas a favor de la iglesia católica y los ámbitos donde operaba con exclusividad eran evidentes: el catolicismo era la religión de la nación, la educación estaba en manos de las comunidades religiosas, el sistema de registro civil, durante muchos años, fue de competencia de los párrocos, la Iglesia tenía exenciones de impuestos, los curas eran considerados autoridades civiles, el concubinato estaba prohibido, etc. Igual sucedió con el Código Civil que al remitirse, *secundum y praeter legem*, a las buenas costumbres en materia de contratos, matrimonio y sucesiones no diferenció entre el derecho y la moral cristiana, denomina moral social a partir de la Sentencia C-224 (1994). Muchos años

pasarían para entender las razones por las cuales Carlos Gaviria Díaz distinguiera analíticamente el derecho y la moral (1992, p. 28).

En el país no era común discutir si existían varias morales (social, crítica, cristiana, musulmana, universal, particular, etc.) y menos preguntarse si los valores eran subjetivos y relativos. Por eso fue tan importante la lectura de Hans Kelsen que, en su ya clásico texto *¿Qué es la justicia?*, hizo un rastreo de las principales tesis que se han empleado para explicar este valor, analizando desde las metáforas bíblicas hasta valores como: la felicidad, el bienestar social, la democracia, la igualdad, la libertad, entre otros (1991, p. 9). Este autor puso de manifiesto que todas las definiciones anteriores son fórmulas vacías. Por lo tanto, si no es posible definir qué es la justicia, ni la injusticia, sería ingenuo asumir una posición en la que se vincule el derecho y la moral, basada en la creencia en valores superiores que deben inspirar la validez del resto de normas jurídicas a partir de su contenido “justo”.

Sin caer en este escepticismo ético extremo, Robert Alexy sostiene que todo sistema jurídico comporta una pretensión de corrección, en la medida que el derecho positivo busca justificarse a través de la corrección moral de sus normas; ello se manifiesta en actos institucionales como la expedición de leyes o la actuación de los jueces. Así, para este autor: “la pretensión de corrección no solo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales a los casos difíciles; también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible” (2008, p. 67-68).

Como puede verse, si se entiende que el derecho pretende ser correcto en términos morales, en aras de obtener mayor legitimidad y por tanto, el juez únicamente debe condenar al responsable, el legislador solo debe promulgar leyes que beneficien el interés general y las constituciones deben propugnar por un orden justo, se está ante una conexión ya no contingente sino necesaria entre el derecho y la moral. Pese a ello, persiste la posibilidad de que existan normas injustas o defectuosas consideradas derecho que, por seguridad jurídica, solo perderían la calificación de jurídicas si llegasen a ser insoportablemente injustas, por ello, solo “es en casos de injusticia extrema que se da preferencia a la justicia material sobre la certeza jurídica” (Alexy, 2008, p. 70).

Es paradigmático el caso tan referenciado en la literatura jurídica, denominado los *tiradores del muro de Berlín*, que trata la situación de injusticia extrema que habría de analizarse cuando los militares de la República Democrática Alemana, amparados en normas positivas, disparaban a quienes eran sorprendidos tratando de pasarse el muro que dividía la Alemania Oriental de la Occidental. La discusión gira en torno de si el exceso en el uso de la fuerza, pese al ejercicio de atribuciones legales, no podría catalogarse como de injusticia extrema y, por lo tanto, considerar que estas actuaciones estaban por fuera del derecho, tal y como interpretó en su momento el Tribunal Constitucional de Alemania años después de la unificación (Pérez de la Fuente, 2011, p. 453).

De igual manera, pudiera hallarse injusticia extrema en el trato tan abiertamente discriminatorio que se orquestó en Colombia al elevar a la categoría delito

las conductas homosexuales, estatuido en las respectivas normas del Código Penal de 1936. Estas disposiciones normativas serían censurables, no solo hoy a la luz de la Constitución Política de 1991 que consagra como derechos fundamentales la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la diversidad sexual, sino también desde antes del 91 a la luz de la moral crítica, ya que estas disposiciones no respetan la dignidad humana de los homosexuales.

En esa misma línea, sería reprochable que las mujeres, conforme a distintas normas del Código Civil, hubiesen estado sometidas al marido respecto de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, entre otros. Con estos reproches se entiende por qué, para quienes defienden la tesis de la vinculación, es posible que normas positivas dejen de serlo por razones morales (Prieto, 2013, p. 106).

Igualmente, estos ejemplos ponen de manifiesto que el concepto de la injusticia extrema, tiene algún rendimiento en el razonamiento práctico del derecho, solo en tanto que se mire las injusticias en perspectiva del pasado, pues es claro que son las nuevas realidades y los principios sobre los cuales se configuran las sociedades actuales (observadoras), los que permiten hacer algún examen de injusticia extrema sobre las sociedades (participantes) y los hechos del pasado (Prieto, 2013, p. 122).

Aparejado a lo anterior, hoy con las actuales constituciones rematerializadas, que incorporan valores y principios, es posible encontrar que las normas jurídicas que antes eran solo injustas son también inválidas porque en la mayoría de casos están violando derechos fundamentales, normas de un alto contenido moral que, según el positivismo inclusivo de Waluchow (2007), ya hacen parte del derecho positivo y, por tanto, serían un parámetro de validez del resto de normas. Por ello, bajo una constitución puramente procedimental al estilo Kelseniano, las normas injustas como las promulgadas en Sudáfrica en la época del apartheid serían válidas, en cambio, frente a una constitución sustancial (rematerializada) al estilo del positivismo inclusivo o del neoconstitucionalismo, dichas disposiciones, además de ser injustas no llenarían todos los requisitos materiales para pertenecer a un ordenamiento jurídico actual. Por tanto, los problemas de justicia de antes hoy se han transformado en problemas de validez (Prieto, 2013, p. 109).

A estas alturas es necesario diferenciar la moral social, entendida como aquella que resulta de las costumbres y valores compartidos por la mayoría; de la moral crítica que hace referencia a la adopción de decisiones que, pese a poder estar en abierta contradicción con lo que piensa la mayoría (o el legislador), están basadas en argumentos racionales sobre el bien y la virtud que propenden, casi siempre, por la protección de los derechos fundamentales, el pluralismo y la diversidad (Prieto, 2013, p. 107).

A partir de esta diferencia, resulta claro que antes de 1991 la conexión derecho y moral existió, pero era respecto de la moral social (y católica), hoy, después

de la nueva Constitución, la conexión entre el derecho y la moral continúa, pero respecto de la moral crítica, positivizada en los derechos fundamentales.

A través de los siguientes ejemplos, se mostrará la forma en que el derecho colombiano se nutre de la moral crítica y, al mismo tiempo, como él mismo intenta distinguirse de la moral social.

Resulta de gran relevancia para el presente análisis el caso de la trabajadora sexual despedida en estado embarazo, quien conforme a la moral social y a las buenas costumbres no tendría ningún derecho laboral, es más, su labor encajaría en un supuesto de objeto ilícito dentro del derecho civil. Sin embargo, en la Sentencia T-629 (2010) la Corte protegió los derechos fundamentales de la accionante, al considerar que ella y el menor que estaba por nacer eran sujetos de especial protección, a quienes se debía garantizar la atención ofrecida por el sistema de la seguridad social y las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral.

De hecho, los principios de laicidad y neutralidad de la Constitución de 1991 establecen una clara separación entre el derecho y la moral social (cristiana), entre el Estado y la Iglesia, al prohibir que el Estado tome partido por una religión en particular, tal como sucedió en la Sentencia C-766 (2010), que declaró inexecutable la posibilidad de que un municipio llevara el nombre de “Nuestra Señora de Chiquinquirá” y fuera elevado a la calidad “Ciudad Santuario”. Sin embargo, esta posición no ha sido consistente cuando la Corte ha permitido que con dineros públicos se construyan esculturas alusivas a Jesucristo, Sentencia T-139 (2014), e igualmente, cuando declaró constitucional gran parte de la Ley 1017 de 2014 “Por la cual se rinde honores a la Santa Madre Laura Montoya Upegui, como ilustre santa colombiana”, Sentencia C-948 (2014).

Por otro lado, un alejamiento de la moral social (cristiana) y un acercamiento de la moral crítica al derecho colombiano se presentó cuando la Corte, muy a pesar de la opinión de las mayorías, que siguen considerando la vida como un valor sagrado y absoluto, despenalizó el aborto en tres casos, Sentencia C-355 (2006); permitió la eutanasia, Sentencia C-239 (1997) y legalizó la dosis mínima, Sentencia C-221 (1994). Aunque en este punto el ejemplo más importante de la divergencia entre moral social y moral crítica es el matrimonio igualitario, ya que según el concepto conservador de familia que tienen la mayoría de colombianos, debería ser una unión prohibida, pero según el respeto a los derechos fundamentales de las minorías, debe estar permitido tal como se ratificó en la Sentencia SU-214 (2016).

Por último, un punto donde se puede ver la conexión entre el derecho y la moral crítica se presenta en la aplicación de las disposiciones jurídicas, pues cada vez es más común encontrarse casos en los que una interpretación aislada o fragmentaria de las reglas legisladas (García Figueroa, 2010, p. 253) llevaría a injusticias que deben ser corregidas por el juez, aunque esto lleve a relativizar el dogma de *dura lex, sed lex*, y permita derrotar, excepcionar o revisar las reglas (García Figueroa, 2009,

p. 136) cuando los principios constitucionales así lo justifiquen. Por ejemplo, ante una regla clara y precisa que establece la posibilidad de donar órganos sólo por personas mayores de edad, es posible que tal situación sea sumamente injusta si se trata de una madre menor de 18 años que quiere ceder parte de su hígado a su hija enferma de seis meses (García Figueroa, 2010, p. 265). En este caso se debe derrotar la regla para garantizar el derecho a la vida de la bebé. Igualmente, ante la regla que establece como requisito legal para obtener la pensión de invalidez, tener 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores al accidente o la enfermedad, la Corte, ha permitido, por razones de justicia, excepcionar la regla y otorgarle la pensión a una mujer con VIH que solo contaba con 49 semanas, y así, proteger los derechos a la seguridad social y la dignidad humana, Sentencia T-138 (2012).

Estos ejemplos muestran que la vinculación entre el derecho y la moral crítica, hoy no solo se presenta a nivel de la validez de las normas y su pertenencia al ordenamiento jurídico, identificación del derecho, sino también al momento de su aplicación, dada la interacción entre reglas y principios constitucionales. Todo esto, sin olvidar que los valores e ideología del juez (su moral) también cuentan a la hora de determinar el sentido de sus fallos.

V. Ciencia del derecho descriptiva o prescriptiva

Otro debate que ha girado en torno al neoconstitucionalismo como nuevo paradigma teórico es el papel que cumple la ciencia del derecho o dogmática en los ordenamientos jurídicos, ya que desde un modelo *positivista-kelseniano* se ha entendido que la función de la ciencia del derecho es fundamentalmente describir las normas de manera neutral y objetiva sin hacer juicios de valor (Kelsen, 1983, p. 88). Mientras que en el otro extremo se defiende una ciencia del derecho crítica, pragmática y proyectiva que debe denunciar las antinomias y vacíos e influir en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2011, p. 29, 32 y 35).

En este sentido, este apartado se interroga sobre si la función de la ciencia del derecho ha cambiado con la instauración de principios y valores en las constituciones contemporáneas, aludiendo a que su actividad ya no radica en una función descriptiva, sino que también cumple una función prescriptiva o valorativa; o por el contrario, como lo plantean algunos críticos del positivismo, la actividad supuestamente descriptiva de la dogmática jurídica, establece por medio de proposiciones jurídicas, verdaderos juicios de valor (Sastre Ariza, 2009, p. 250).

Al respecto, la dogmática en el derecho surge en el positivismo jurídico a partir de la idea del legislador racional, postulado planteado por los iusnaturalistas racionalistas que pretendían construir un sistema jurídico preciso, claro y completo, asimilándolo a los sistemas axiomáticos de la geometría, que estaría integrada por

ciertos principios, de los que se deducirían normas para los casos relevantes en el derecho (Nino, 1980, p. 323). Esta pretensión de construir un sistema normativo perfecto dio lugar al movimiento de codificación en Europa, cuyo principal ejemplo es el Código Civil francés de 1804, que sería el modelo para el Código Civil chileno en 1855 y el Código Civil colombiano en 1887. De este modo, la dogmática jurídica positivista del siglo XIX se apoyaba en la ley como fuente primigenia del derecho y en su descripción mediante manuales y tratados (López, 2004, p. 160).

En esta línea, la ciencia jurídica positivista actual se acepta, según Nino, a partir del hecho de que las normas jurídicas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general (1980, p. 326), hallándose en dicha postura el, denominado por Bobbio, positivismo ideológico, el cual se basa en que el derecho positivo tiene fuerza obligatoria por el solo hecho de existir. Así, la dogmática jurídica parte de una convicción subjetiva, que implica una aceptación del derecho positivo, realizando actividades en torno a esta que propiamente no son descriptivas.

La dogmática jurídica cumple una importante función como es reformular el derecho: a) estableciendo precisiones para sus términos vagos o conceptos jurídicos indeterminados; b) completando las lagunas o vacíos, por medio de las analogías e interpretaciones extensivas; c) resolviendo las inconsistencias e incoherencias dentro del sistema jurídico con criterios de solución de conflictos —*lex posteriori, lex superiori, lex specialis*— (Nino, 1980, p. 326). Se corrobora que estas actividades realizadas por los dogmáticos dentro del ordenamiento jurídico cumplen una función de reconstrucción del derecho encubierta, evidenciando que esta desempeña actividades valorativas o prescriptivas (1980, p. 327).

En igual sentido, la ciencia jurídica en el neoconstitucionalismo señala que una dimensión descriptiva del derecho es una limitante a la dogmática, y que a su vez es un camuflaje o disfraz de juicios de valor, que necesariamente están inmersos en el derecho como resultado de las intenciones y actitudes de los actores que crean y operan en este (Sastre Ariza, 2009, p. 250). Es así como el neoconstitucionalismo plantea que la presencia de constituciones caracterizadas por variedad de principios y valores, que establecen estándares de moralidad, ocasiona que el estudio del derecho no sea una simple actividad científica u objetiva, puesto que entran en juego las opiniones y consideraciones morales de los dogmáticos (2009, p. 250).

El enfoque más aceptado que se establece como mirada constitucionalista de la ciencia jurídica es la postura de Robert Alexy, para quien la dogmática es una actividad pluridimensional, pues es una mezcla de tres actividades con diferentes enfoques: a) la descripción del derecho vigente en clave empírica, b) su análisis sistemático y conceptual en un plano lógico analítico y c) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos en un enfoque *práctico-normativo* (Alexy, 2008, p. 30-32).

Este tercer enfoque de la dogmática jurídica centra su estudio en la orientación y crítica de la praxis jurídica, especialmente en la praxis de la jurisprudencia judicial, buscando saber cuál es, en el caso concreto, la decisión correcta (2008, p. 32). De lo señalado, la dogmática jurídica intenta responder racionalmente a las cuestiones valorativas que no han sido solucionadas en el material autoritativamente ya dado.

Por otro lado, desde una postura no neoconstitucionalista, pero enfocada en un estudio del Estado constitucional de derecho, Luigi Ferrajoli plantea que el sistema jurídico como sistema unitario postula una ciencia jurídica no solamente descriptiva sino a su vez normativa y crítica, en razón a dos principios como: i) los principios *iuris tantum*, que son principios externos al derecho positivo, que imponen la lógica que no tiene el derecho como el principio de no contradicción normativa y el principio de plenitud normativa; ii) los principios *iuris et in iure*, principios del derecho que están establecidos en normas de grado supraordenado como son la representación política, los límites y obligaciones impuestos al mercado, el *habeas corpus*, las libertades fundamentales y demás principios del constitucionalismo democrático (2011, Vol. I, p. 35-36).

Estos dos tipos de principios son indispensables, ya que, en un Estado constitucional caracterizado por la presencia de antinomias y lagunas, que se configuran como vicios por comisión y omisión, se requiere de un constante estudio y crítica al ordenamiento. De este modo, el derecho ilegítimo que contradice las normas de un grado supraordenado debe ser denunciado por la doctrina, para que la autoridad competente entre a reparar la situación mediante la remoción de la norma inferior existente o de la introducción de la norma inexistente (2011, Vol. I, p. 13). En este sentido, dichos problemas se convierten en el objeto de investigación de la ciencia jurídica, dando lugar a que esta no se limite a lo que el derecho es, sino también a lo que el derecho debe ser.

Esta orientación permite sostener que la dogmática no es una labor simplemente de sistematización de *lege lata*, sino que tiene en cuenta un estudio dirigido a las propuestas de *lege ferenda*, en el que no se abandona el punto de vista interno, ni rechaza el orden jurídico, por el contrario, pretende influir sobre el legislador, o sobre quién tenga el poder de modificar y crear las normas jurídicas (Courtis, 2006, p. 116). De tal suerte, Courtis plantea que el presupuesto conceptual de los juristas en la *lege ferenda* es la posibilidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico, y en el que su marco teórico no difiere de otras actividades de la dogmática jurídica (2006, p. 116).

Se evidencia esta función de *lege ferenda*, con la introducción de normas jurídicas, por medio de la participación de los doctrinantes en las comisiones redactoras para los proyectos de ley como es el caso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en la creación del Código General del Proceso, o de los autores principales del derecho administrativo en el CPACA. Así, los dogmáticos del derecho por medio de sus teorías construyen las categorías conceptuales que se reflejarán

en las constituciones y la legislación. Basta pensar en Kelsen y el modelo de control constitucional concentrado, adoptado por todos los estados en que hay un tribunal constitucional especializado; o en la definición de delito de Beling como acción, típica, antijurídica y culpable positivizada en casi todos los códigos penales que hacen parte del derecho continental.

En igual sentido, se halla que la dogmática influye en la actividad de los jueces, en el momento de decidir los casos, no efectuando solamente una descripción y sistematización de las sentencias, sino criticando los fallos, proponiendo una sentencia de *lege ferenda*, que busca transformar contenidos que se consideran inadecuados e injustos en el ordenamiento jurídico (Courtis, 2006, p. 117). Ejemplo de ello, es la construcción de teorías dogmáticas como la función social de la propiedad de León Duguit que se reflejaron en las decisiones de la Corte de Oro y la Reforma Agraria de 1936. Igualmente, la teoría de la responsabilidad civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido influida por lo expuesto por el doctrinante Javier Tamayo y la teoría de la responsabilidad extracontractual del Consejo de Estado ha sido permeada por los planteamientos de Juan Carlos Henao y Enrique Gil Botero.

No obstante, dicha labor se logra gracias a que en Colombia los juristas que hacen dogmática jurídica son, en muchos casos, los magistrados principales y auxiliares de las altas cortes, o son activistas que impetran demandas o intervienen ante estas como es el caso de Dejusticia que con sus actuaciones frente a temas sobre el medio ambiente, el equilibrio de poderes, derechos de la comunidad LGTBI y demás, aportan al estudio y evolución del derecho constitucional.

En suma, se tiene que las intervenciones de los doctrinantes nutren constantemente de contenido el ordenamiento jurídico, evidenciando que la labor de la ciencia del derecho no se reduce ni se ha reducido a la descripción y a la sistematización como lo plantea el positivismo, ni mucho menos se reduce a la valoración, sino que las incluye a ambas como actividades.

Conclusión

Las polémicas suelen presentarse exagerando tesis opuestas y la teoría del derecho no ha sido ajena a esta situación. Evidencia de ello son los falsos dilemas que se generan con la implementación de los estados constitucionales, los cuales, enfatizan un modelo de principios, ponderación, precedente, moralización del derecho y una ciencia jurídica prescriptiva, olvidando que, antes y después de las nuevas constituciones, las reglas son la concreción de los principios; la ponderación es un paso intermedio de la subsunción; la legislación es reflejo de la jurisprudencia; el derecho se aleja y se acerca a la moral y, por último, la ciencia del derecho no se limita a brindar información sobre las disposiciones jurídicas sino que influye en su objeto de estudio.

Referencias

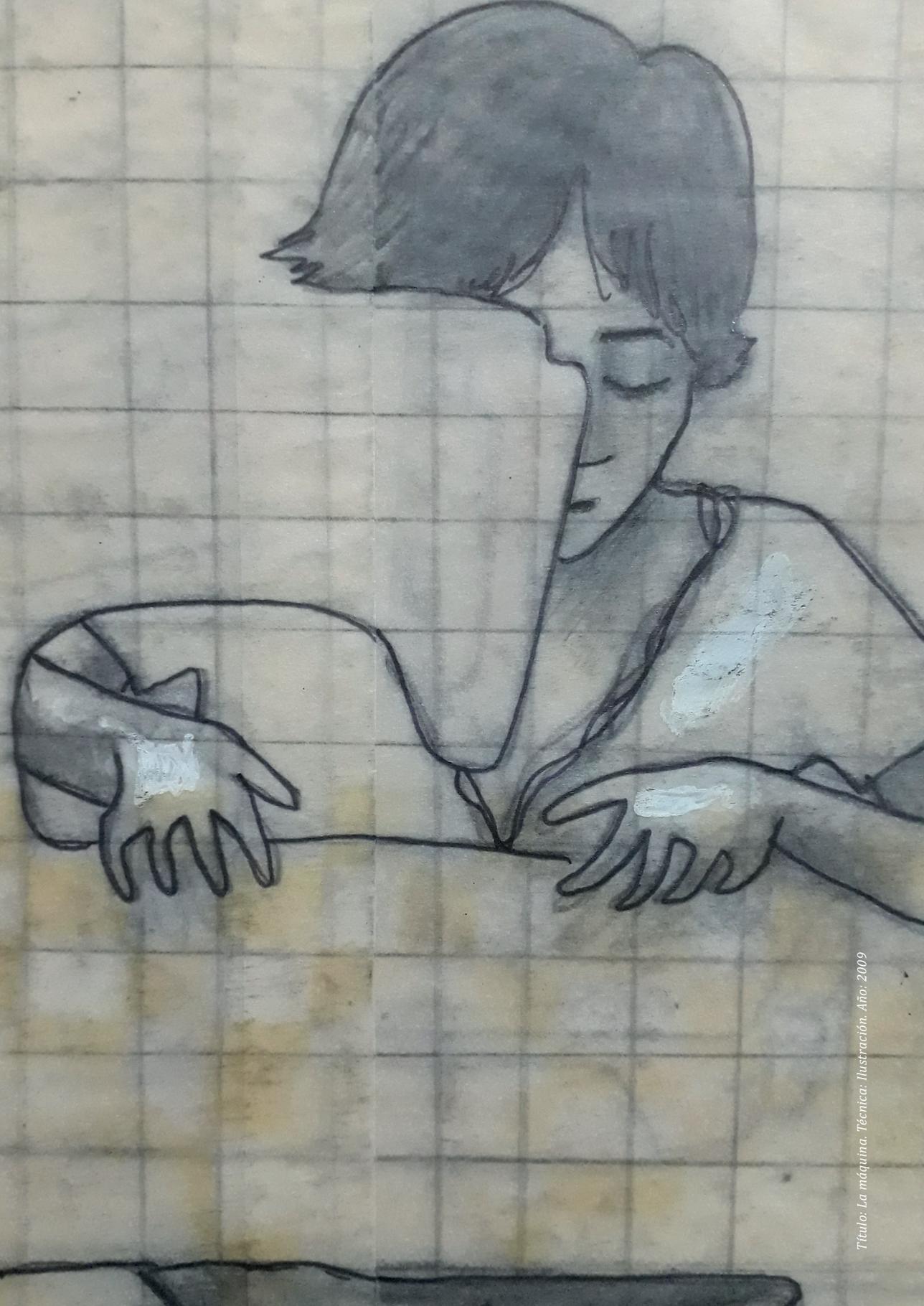
- Abellán, M. F. G., & Castañeda, J. G. (1994). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14 (41), pp. 63-87.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido). Madrid: Marcial Pons.
- Ariza, S. S. (2009). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 239-258. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Revista Isonomía*. N. 31., octubre de 2009, pp. 205 y ss.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Comanducci, P. (2009). Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 75-98. Madrid: Trotta.
- Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid. Trotta.
- De Otto, I. (2001). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2002). La cuestión del embrión entre el derecho y moral. *Jueces para la Democracia*, (44), pp. 3-12.
- 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*. Madrid: Trotta.
- García Amado, A. (2006). El juicio de ponderación y sus partes. *Justicia Constitucional*, pp. 119-163. Bogotá: Legis.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2010). Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En: Carbonell, M., & García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garzón, A. F. O. (Ed.). (2013). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gaviria Díaz, C. (1992). *Temas de introducción al derecho*. Medellín: Señal Editora.

- Gaviria Díaz, C. (2002). *Sentencias: herejías constitucionales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho (Trad. Genaro Carrió)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Henoa Pérez, J. C. (2013). La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando Derecho a partir de precedentes jurisprudenciales. *Ospina Garzón, A.F (ed.). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, pp. 19-43. Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo). México: UNAM.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta.
- López, M. S. (1995). *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*. Universidad Pontificia Comillas.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez de la Fuente, O. (2011). *El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XX*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho.
- Pozzolo, S. (2009). Un constitucionalismo ambiguo. *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 207-228. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (1999). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Biblioteca de ética, filosofía, derecho y política.
- Prieto Sanchís, L. (2003) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Prieto Sanchís, L. (2010). Principia Iuris: una teoría del derecho (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional. En Carbonell, M., & García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*, (pp. 274-310. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil* (traducción de Beatriz Quintero). Bogotá: Temis.
- Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil* (traducción de Marina Gascón). Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-221 (1994)
- Tribunal Constitucional España, Sentencia número 7 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-123 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-425 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-022 (1996)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-239 (1997)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-047 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-601 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-836 (2001)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-159 (2002)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-729 (2002)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-662 (2003)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1090 (2005)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-131 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-292 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-355 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-629 (2010)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-776 (2010)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-748 (2011)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-138 (2012)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-139 (2014)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-948 (2014)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-214 (2016)



Título: La máquina. Técnica: Ilustración. Año: 2009

Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (Art. 353A Código Penal) como ejemplo*

Gonzalo Galindo Delgado**

Resumen

En el marco de la globalización neoliberal hegemónica en Colombia el Estado ha movilizado el derecho en general y el ordenamiento penal en particular procurando garantizar las condiciones de su implementación. Este proceso se ha caracterizado por profundizar las condiciones de inequidad en el mundo entero y en el país; esto ha suscitado diversas expresiones de protesta social, muchas de las cuales se llevan a cabo a través de marchas y bloqueos a vías públicas. En este contexto se han criminalizado las expresiones de descontento de modo que esté garantizado el normal desenvolvimiento del mercado. El presente artículo busca, mediante una metodología cualitativa y documental indagar por los presupuestos y condiciones jurídico-políticas de la criminalización aupada por el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público en el contexto del nuevo orden globalizado.

Palabras clave: globalización; criminalización de la protesta; injusticia social; democracia participativa.

Criminal Law and Global South: the obstruction of public roads (Article 353A Penal Code as an example)

Abstract

Within the framework of hegemonic neoliberal globalization in Colombia, the State has mobilized the law in general and the penal classification in particular trying to guarantee the conditions of its implementation. This process has been characterized by deepening the conditions of inequity both in the country and to the whole world; this has given rise to diverse expressions of social mobilization, many of which are carried out through protests and blocking of public roads. In this context, expressions of discontent have been criminalized so that the normal development of the market is guaranteed. This article seeks, through a qualitative and documentary methodology, to investigate the budgets and legal-political conditions exalted by criminalizing the crime of obstruction of public roads that affect public order in the context of the new global order.

Key words: globalization; criminalization of social mobilization; social injustice; participatory democracy.

Direito penal e Sul Global: a obstrução das vias públicas (Art. 353A Código Penal como exemplo)

Resumo

No âmbito da globalização neoliberal hegemônica na Colômbia, o Estado mobilizou o direito, em geral, e o ordenamento penal, em particular, buscando garantir as condições da sua implementação. Este processo caracteriza-se por aprofundar as condições de desigualdade no mundo inteiro e no país; isto suscitou diferentes expressões de protesto social, muitos dos quais são realizados por meio de passeatas e bloqueios das vias públicas. Neste contexto foram criminalizadas as expressões de insatisfação de modo a garantir o normal desenvolvimento do mercado. Este artigo visa, por meio de uma metodologia qualitativa e documental, investigar os pressupostos e condições *jurídico-políticas* da criminalização enaltecida pelo tipo penal de obstrução das vias públicas, afetando a ordem pública, no contexto da nova ordem globalizada.

Palavras-chave: globalização; criminalização do protesto; injustiça social; democracia participativa.

*Artículo de investigación. Derivado del proyecto titulado: *Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*. Su investigadora principal es la profesora Diana Patricia Arias Holguín, quien además ha asesorado el presente artículo. Este proyecto fue aprobado en la Convocatoria CODI de investigación en Ciencias Sociales Humanas y Artes (2012) de la Universidad de Antioquia, Colombia.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Auxiliar de la investigación referida. Correo electrónico: ggdim_55@hotmail.com ORCID: 0000-0001-7349-3166

Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (Art. 353A Código Penal como ejemplo)

1. Introducción

Desde hace unos años se viene discutiendo en la doctrina penal el problema de la expansión² del *ius puniendi*. Esta se ha constatado al confrontar la *política-criminal* contemporánea, con el programa ilustrado que inspiró, desde el siglo XVIII, el llamado derecho penal “clásico”³ o “liberal” (Sotomayor Acosta, 2009). En efecto, las tradicionales garantías expresadas en los principios *político-criminales* y las reglas de atribución de responsabilidad penal, como límites protectores del ciudadano ante el poder punitivo del Estado, se están viendo quebrantadas, no solo en términos prácticos, como ha sido habitual, sino también en el ámbito discursivo⁴.

-
- 2 El fenómeno de la “expansión” es definido por Silva Sánchez (2011, p. 4) de la siguiente manera: “(...) tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. Creación de nuevos ‘bienes *jurídico-penales*’, ampliación de los espacios de riesgos *jurídico-penalmente* relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios *político-criminales* de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’”.
 - 3 Sobre estas nominaciones no hay consenso, pero las consideramos válidas a efectos ilustrativos. En este sentido, por ejemplo, Gracia Martín (2011, p. 14) se opone a denominar como “clásico” el derecho penal de la Ilustración, pues a su juicio: “Por un lado, (...) las profundas transformaciones de sociedad moderna (sic) (...) hacen que, al menos algunos objetos y enunciados de los discursos *político-criminal* y policial de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal. Y, por otro lado, porque exigencias de carácter *ético-político* y de justicia apuntan también a que algunos de aquellos objetos y enunciados tengan que ser vistos, precisamente, como un modelo que *no debe ser*”.
 - 4 Ante la “huida” de los legisladores contemporáneos hacia el derecho penal, emergieron diversos discursos *político-criminales* que aparecen como explicaciones, justificaciones o críticas al fenómeno expansivo. Así, pueden hallarse defensas de un “*derecho penal moderno*” determinado por la aparición de nuevos espacios de riesgo en la vida social; apelaciones a la gravedad y sofisticación de la crimina-

El análisis de tal fenómeno debe ser abordado teniendo en cuenta amplios⁵ referentes sociopolíticos pues, al decir de Wacquant (2003):

Las medidas policiales y penitenciarias, en las sociedades avanzadas de hoy, se inscriben en realidad en el marco de una transformación más profunda del Estado, transformación que, por otra parte, está ligada a las mutaciones del empleo y a los cambios que se han operado en el interior de las relaciones de fuerza entre las clases y los grupos sociales que pugnan por su control (p. 61).

Es fundamental para nuestra reflexión tener en cuenta que la discusión anteriormente descrita se ha dado en un contexto mundial, el de un “nuevo momento del poder planetario” (Zaffaroni 2005a, p. 181): la *globalización de signo neoliberal*. Realidad socioeconómica a la que no escapa nuestro país y que, sin duda, plantea complejas relaciones con otro poder igualmente avasallante: el de penar.

Este escenario, progresivamente impuesto en nuestro país desde hace más de dos décadas, ha tenido un acompañante permanente: la protesta social, que aparece como una expresión privilegiada de la democracia a través de la cual indignados e indignadas se aprestan a la actividad política por cauces no institucionales, esto es, por fuera de las “vías ortodoxas” consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, los mecanismos de participación ciudadana (sufragio, referendo, revocatoria del mandato, plebiscito, etc.), o las acciones ciudadanas (acción de tutela, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, entre otros). Pero en todo caso, siempre dentro de las vías de la democracia y de la participación.

Es justamente en tal contexto en el que se expide en nuestro país la Ley 1453 (2011) o “Ley de Seguridad Ciudadana”⁶, que en su artículo 44 tipifica el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público” prescribiendo:

lidad, para sustentar un “*derecho penal del enemigo*”; y críticas a los presupuestos de quienes “avalan” la expansión, lideradas paradigmáticamente por la Escuela de Frankfurt (Hassmer, 1999).

- 5 En este sentido, es fundamental el planteamiento de Brandariz García (2007) que ubica las transformaciones del ordenamiento penal en el contexto del declive del Estado social y de la crisis del *Estado-nación*, fenómenos ligados con un proceso global al cual haremos referencia *infra*. Así, en su prólogo a De Giorgi (2006, p. 15) asevera: “[...] la mejor exégesis de las transformaciones del presente solo puede obtenerse a partir de una comprensión global de la relevancia y profundidad de las mutaciones socioeconómicas (y antropológicas) que estamos viviendo, que no son ya una modificación interna a la racionalidad del continuo *keynesianismo-welfare-fordismo*, sino un verdadero cambio de paradigma”.
- 6 Cuya exposición de motivos anunciaba como argumento central el siguiente: “El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar”. Recuperado de: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/>

El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

Del anterior panorama nacen varios interrogantes: ¿Se criminaliza la protesta social con el tipo penal de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”? ¿Qué implicaciones de la globalización se proyectan sobre la criminalización de la protesta social en Colombia, a través del delito de obstrucción de vías públicas?

Sobre tales cuestiones girará la presente disertación, para lo cual se tendrá como hilo conductor el concepto de “injusticia social” en su relación con el derecho penal, la globalización y la protesta social, desarrollando la reflexión en el siguiente orden. En primer lugar, se hará una disertación, orientada por el trabajo del profesor Roberto Gargarella, sobre los problemas de legitimidad de la pena en contextos de injusta desigualdad, pues la política criminal que se expresa en el tipo penal referido se articula en contextos en donde las reivindicaciones sociales germinan y se alimentan de estados de exclusión socioeconómica. En otras palabras, con la figura delictiva de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público se orienta la persecución penal sobre seres humanos excluidos, por la alta concentración de la riqueza y del poder político.

En segundo lugar, se llevará a cabo una aproximación a las implicaciones de la globalización en la articulación de la política criminal, buscando demostrar que los requerimientos de la primera son satisfechos a través de disposiciones penales como la descrita, toda vez que la protección de la propiedad privada, la seguridad de los contratos y la estabilización del orden público, hacen parte de las demandas de la ideología neoliberal sobre los contenidos del ordenamiento jurídico. Situación que conduce a un círculo vicioso y punitivo, pues la implementación de la política económica auspiciada por el proyecto globalizador agudiza la desigualdad y la exclusión social, crispando los ánimos contestatarios y las expresiones *contra-hegemónicas* de protesta social.

[docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf](https://docs.Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf)

En tercer lugar, se explorarán las condiciones *jurídico-políticas* bajo las cuales se ha implementado en Colombia el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, buscando esclarecer el propósito desmovilizador de tal expresión *político-criminal* y el flaco servicio que le presta a nuestro ordenamiento constitucional, al socavar las bases de la democracia participativa representada también en el derecho fundamental a la protesta social. En este sentido, se realizará un comentario crítico a la Sentencia C-742 (2012) que declara inconstitucional la disposición normativa a la que hacemos referencia.

En síntesis, se busca demostrar que la política criminal representada en el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público aumenta el margen de la criminalización de la protesta social en Colombia, y significa no solo una restricción a la democracia participativa sino la concreción de las condiciones de posibilidad del proyecto socioeconómico de la globalización neoliberal. Situación que exaspera la injusticia social y con ella, la marginación de los agentes del Sur Global⁷. Tal figura delictiva constituye una buena evidencia de que, a diferencia de lo defendido por el pensamiento jurídico tradicional (Rodríguez Garavito, 1999) el derecho no es coherente ni neutral, sino que es contradictorio, indeterminado y profundamente político.

2. El derecho penal ante la injusticia social: premisas valorativas en torno a la legitimidad de la intervención penal

La reflexión jurídica integral impone, a nuestro juicio, la necesidad de establecer con claridad desde qué punto de partida filosófica y política se proyecta el análisis⁸, es decir, descubrir las premisas valorativas que preceden a las propuestas teóricas. Pues, como es sabido, la “neutralidad valorativa” en materia jurídica, supone servir a la legitimación de lo actualmente existente, o bien, caer en el “acriticismo”

7 De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 49): “[...] no es [...] un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones viven en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo”.

8 Así, Alcácer Guirao (2003, p. 30) propone: “[...] se hace necesario que el intérprete desvele los parámetros axiológicos desde los que habrá de orientar [la labor dogmática], en aras de permitir una argumentación racional de los mismos, y de evitar una ideologización encubierta tras un neutralismo valorativo (...). El reconocimiento explícito de este hecho ofrece, en cambio, la ventaja de evitar que el ocultamiento ideológico opere —como a menudo sucede con la neutralidad política— en un sentido de mantenimiento *acrítico* de los valores de hecho dominantes”. La importancia de esta orientación metodológica también es resaltada por Arias Holguín (2006).

ingenuo⁹. La dimensión política de los discursos y prácticas jurídicas es ineludible. Esta primera consideración es particularmente visible en el campo del derecho penal, donde importantes sectores prestan servicio a la expansión de la represión punitiva, arropados bajo el manto de la asepsia científica. Así pues, todo discurso jurídico penal es un discurso político (Zaffaroni, 2005b) o, como lo aclara el profesor Mir Puig (2006) “Todo derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (p. 116).

Entonces, para ser consecuentes, debemos empezar diciendo que entendemos la pena como la imposición deliberada de sufrimiento humano que, por tanto, al tenor de Prieto Sanchís (2003, p. 48), “es siempre un mal, una inmoralidad *prima facie* que requiere razones justificatorias de cierto peso que permitan compensar su original falta de legitimidad”. Lo anterior, desde luego, con carácter general, es decir, con prescindencia del contexto o situación social específica en la cual se articula el sistema de control social penal.

Ahora bien, a partir de las reflexiones del profesor Roberto Gargarella, podemos decantar e introducir matices al problema de la legitimidad de la intervención coercitiva estatal, que a su juicio constituye el problema fundamental de la filosofía política (Gargarella, 2008a). Veamos.

El derecho penal, entonces, plantea serias dificultades de legitimación desde el punto de vista político y moral, e inclusive, desde el pragmatismo que nos invitaría a evaluarlo a partir de la satisfacción de sus fines declarados¹⁰. Pero estas dificultades se potencializan de manera vertiginosa cuando la represión penal actúa en contextos de profunda desigualdad social. En este sentido el profesor Gargarella (2008a) asevera:

[Los] problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan más profundos cuando queremos justificar esta práctica en situaciones de profunda injusticia social. En estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio [de] que los medios

9 En este sentido plantea Zaffaroni (1982, p. 74): “Con la omisión de la finalidad política no se hace otra cosa que ocultarla, lo que permite prestar con mayor comodidad ideológica servicios políticos aberrantes o, cuando no se tiene consciencia de ello, aumentar la incoherencia y con ella los riesgos de prestarlos sin quererlo”.

10 Aunque, y en esto conviene ser cautos, al decir del criminólogo italiano Alessandro De Giorgi (2006, p. 56): “(...) la evolución de las formas de represión sólo puede ser comprendida si se prescinde de las legitimaciones ideológicas que históricamente han sido atribuidas a la pena. La penalidad cumple una función distinta y más sofisticada que la función explícita de control de la desviación y de la defensa social frente a la criminalidad; esta función ‘latente’ puede ser descrita situando los dispositivos de control social en el contexto de las transformaciones económicas que atraviesan la sociedad capitalista y las contradicciones que derivan de ella”.

coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto. De hecho, la deplorable situación que caracteriza las prisiones en la mayoría de nuestros países parece sugerir que efectivamente estamos usando esos medios coercitivos (difícilmente justificables) de formas severamente discriminatorias (p. 78).

La injusticia social, está inequívocamente relacionada con el nivel de igualdad en la distribución del ingreso y de la riqueza en una sociedad determinada. Esto es, que los bienes y servicios de los que goza una nación no estén concentrados en una pequeña élite, sino equitativamente distribuidos en función de garantizar que el mayor número de ciudadanos tenga acceso a unos mínimos materiales que les garanticen la inserción en la sociedad en condiciones de dignidad. En consecuencia, la justicia social¹¹, no solo ha sido la bandera por excelencia de la izquierda política, sino que se ha instalado como mandato constitucional en el mundo occidental, a través de las cartas fundamentales que nacen en la segunda posguerra. Así la Constitución de 1991 contempla no solo los tradicionales derechos de libertad reivindicados por el liberalismo clásico, sino también una amplia gama de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales propios de la defensa de un constitucionalismo social o democrático (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes 2006, p. 109).

Ahora bien, ya no en términos prescriptivos sino descriptivos de la realidad social en nuestro país, el panorama es alarmante en términos de desigualdad y exclusión¹². Así, Colombia ha sido catalogado como uno de los países más desiguales de América Latina y del mundo.¹³ Sobre este drama, hacia el año 2011, Rodolfo Arango denunciaba: “En Colombia la décima parte más rica de la población disfruta del 50% de los bienes y servicios del país mientras que la décima parte más pobre se reparte el 0,6% de estos”.¹⁴

Además, las reformas más relevantes en materia de *política-social*, como las referidas a la salud, la seguridad social, la educación o el trabajo han develado

-
- 11 Es importante anticipar desde ya que esta categoría política es mirada con aversión desde los presupuestos filosóficos que soportan el llamado “fundamentalismo de mercado”. Así, Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes (2006, p. 119) reseñan: “El liberalismo individualista radical denuncia el engaño y autoritarismo de los derechos sociales y de las funciones redistributivas del estado. Por ello concluye que la justicia social es, según la expresión de uno de sus representantes más conspicuos, un simple ‘espejismo’ que representa ‘el camino a la servidumbre’”. [Hayek] (Subrayas propias).
 - 12 De acuerdo con estudios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane) Colombia se ha ubicado entre los países más desiguales de América Latina. Así el Coeficiente de Gini nacional para el año 2012 fue de 0.53: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/Presentaci%C3%B3n%20Pobreza_2012.pdf
 - 13 (2011, 3 de diciembre) Desigualdad extrema. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/desigualdad-extrema/236705-3>.
 - 14 Arango, R. (2011, 13 de abril). Educación y democracia. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/impresso/opinion/columna-262914-educacion-y-democracia>.

la adopción de la ideología neoliberal como modelo económico planetario, introduciendo en tales áreas, pilares como el de la intermediación financiera, la privatización y, en consecuencia, la debacle de lo público. Sumado a esto, nuestro país padece serios problemas de inclusión política y por lo mismo, o como causa de ello, ha estado surcado por manifestaciones violentas en contra de los opositores al establecimiento político. Persecuciones, atentados, estigmatizaciones, magnicidios y, tristemente, un genocidio político, se dibujan ante nuestra historia y nuestro presente como constataciones de la agónica pretensión democrática de nuestra sociedad.¹⁵

En este contexto, ha sido incesante la presencia del derecho penal. La política criminal es articulada y modificada de manera sucesiva en cada legislatura, y los políticos de turno prometen más punibilidad¹⁶ contra los ebrios al volante, los violadores, los corruptos, los atacantes con ácido, los obstrutores de vías públicas, los... y una muy significativa parte de los noticieros de los grandes medios de comunicación¹⁷ se detienen por lo menos tres veces al día, todos los días del año, para alarmar a la población sobre el problema del crimen y específicamente, sobre el problema de la llamada “criminalidad clásica”.

Y es que, en efecto, el foco de atención primordial recae sobre los delitos de hurto, homicidio, lesiones personales y extorsión; los que de forma habitual son cometidos por aquellos que se encuentran en la más baja escala de las oportunidades económicas, contribuyendo de esta manera al aumento de la “sensación

15 Como expresiones de tales desafueros, se encuentra el asesinato por mano de agentes estatales y *paraestatales*, hacia finales del siglo XX, de importantes líderes políticos como Bernardo Jaramillo Ossa, Jaime Pardo Leal, Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro León Gómez, Manuel Cepeda Vargas; el genocidio político de un partido de oposición, la Unión Patriótica. Y en nuestro siglo, la interceptación ilegal de las comunicaciones de políticos, jueces y defensores de derechos humanos, por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) del Estado. A estas constataciones podrían sumarse los informes sobre índices de asesinatos selectivos perpetuados contra sindicalistas, defensores de derechos humanos y líderes sociales (por ejemplo, quienes encabezan la exigencia de la restitución de sus tierras despojadas), y el memorial de agravios se haría interminable. Lo anterior, solo mencionar los hechos más visibles, además de social y judicialmente aceptados. Pues el terror político ha actuado, sobre todo, en los cuerpos de aquellos que no tienen voz, ni aparecen como importantes ante los grandes medios de comunicación.

16 Lo que, para el profesor Díez Ripollés (2004, p. 11): “(...) permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa suministra”.

17 Respecto a los medios referidos, es ilustrativa la afirmación de Díez Ripollés (2004, p. 25): “Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmite de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incrementa sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando”.

social de inseguridad”¹⁸. Lo cual no es una cuestión menor, si se tiene en cuenta con Brandariz García (2007) que:

Esta circunstancia, básica para caracterizar la sociedad del presente, ha incidido de manera muy notable sobre el sistema penal, condicionando las demandas que se le dirigen, determinando su creciente centralidad en el marco de las políticas estatales y acentuando la perenne crisis que lo sitúa en la encrucijada entre libertad y seguridad (p. 53).

En este trípode de injusticia social manifiesta, acusada exclusión política y presencia permanente del derecho penal, nacen algunas cuestiones argumentales que, con el profesor Roberto Gargarella, encontramos del todo pertinentes para la reflexión:

En primer lugar, se encuentra el problema de justificar la intervención punitiva sobre aquellos sujetos que han sido puestos en condiciones de desventaja y exclusión social, por parte del mismo Estado que, a través de la pena, pretende reprobar la no observancia de una legislación que los ha olvidado. A manera de ejemplo, y puesto en términos más concretos, tal análisis invitaría a preguntar: ¿sobre qué argumentos reposa la legitimidad política y moral de un Estado que se dispone a privar de su libertad a un campesino, que como consecuencia de las políticas agrarias y económicas del primero, se ha visto compelido a alzar la voz ante la condición de desespero y miseria a que fue arrojado?¹⁹ En tal sentido, dice Gargarella (2010):

En nuestras sociedades, muy habitualmente, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer cuáles son los beneficios producidos por el accionar estatal (...) Lo que suele ocurrir, más bien, es que los sectores más postergados de la comunidad

18 Es importante además lo que plantea sobre tal problema Díez Ripollés (2004): “Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia” (p. 9).

19 El Paro Nacional Agrario iniciado en Colombia el 19 de agosto del año 2013 dejó muchas personas detenidas, que de conformidad con una de las organizaciones más representativas del sector campesino (Mesa de Interlocución Agraria —MIA—), en reacción a políticas económicas como el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, se articulaban alrededor de los siguientes reclamos: implementación de medidas y acciones frente a la crisis de la producción agropecuaria; acceso a la propiedad de la tierra; reconocimiento a la territorialidad campesina; participación efectiva de las comunidades y los mineros pequeños y tradicionales en la formulación y desarrollo de la política minera; adopción de medidas y que se cumplan las garantías reales para el ejercicio de los derechos políticos de la población rural; se exige una inversión social en la población rural y urbana en educación, salud, vivienda, servicios públicos y vías.

son colocados en una situación de grave desventaja, por el Estado, quien los abandona a su suerte o directamente los agrede, a través del derecho penal. Luego (y en la medida en que la descripción anterior tenga alguna plausibilidad) no queda claro qué es lo que aquellos deben devolverle al Estado (p. 7).

En segunda instancia, otro problema igualmente sensible surge en las situaciones llamadas por Gargarella (2008c) de “alienación legal”, que describe como:

... aquellas situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual solo quedan ocupando el papel de víctimas. En tales contextos, en definitiva, la ley comienza a servir objetivos contrarios de los que justificaban su existencia y que, de cumplirse, nos habrían permitido decir que vivimos en libertad, como dueños de nuestras propias vidas²⁰ (p. 27).

Tal circunstancia es favorecida por contextos de fragilidad democrática, como el nuestro, en donde ni siquiera el sistema representativo funciona de manera satisfactoria²¹. La cuestión entonces, puesta en concreto y a manera de ejemplo, podría formularse como sigue: ¿Sobre qué argumentos reposa la legitimidad política y moral de un Estado que, fundándose en leyes cuya confección resulta ajena a un grupo de estudiantes, se dispone a privarlos de su libertad por la manifestación pública de su inconformidad ante un problema social que deciden exponer en las vías públicas debido a su invisibilización como sujetos políticos por parte del mismo Estado?²²

20 En otro trabajo Gargarella (2008b, p. 209) aclara: “Se podría sostener para el derecho, entonces, lo que Karl Marx sostuvo para el trabajo, en cuanto a que ‘...el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un *ser extraño*, como un *poder independiente* del productor. (...) *La enajenación* del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en un objeto, en una existencia *exterior*, sino que existe *fuera de él*, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él, que la vida que ha prestado al objeto se le enfrenta como cosa extraña y hostil.” En ambos casos, hablamos de una noción objetiva, y no subjetiva, de alienación.”

21 Por solo resaltar un indicador entre los varios, al 24 de julio del 2012, de los últimos 13 presidentes del Senado, 12 estaban siendo o habían sido investigados por vínculos con el paramilitarismo. Véase: (2012, 24 de julio) La decimosegunda cabeza del Senado que es investigada por parapolítica. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-decimosegunda-cabeza-del-senado-investigada-parapolitica/261742-3>.

22 Una situación de esa naturaleza fue vivida con las manifestaciones estudiantiles del año 2012, en la cual distintos sectores de la sociedad civil liderados por el movimiento estudiantil, que se articulaba alrededor de la Mesa Amplia Nacional Estudiantil (Mane), se levantaron en contra a la Ley 30 de 1992 y su pretendida reforma que buscaba introducir el ánimo de lucro en las instituciones de educación superior. La Mane concentró sus reivindicaciones en el llamado “programa mínimo”, que constaba de seis puntos referidos a la financiación, la democracia y la autonomía, el bienestar, la calidad académica, las libertades democráticas, y la relación universidad – sociedad.

En escenarios como los descritos cabe preguntarse, cómo lo hace el jurista y filósofo argentino, si se justifica el “derecho a la resistencia”, pues en sus palabras, “el derecho comienza a servir a propósitos contrarios a aquellos que, finalmente, justificaban su existencia” (Gargarella, 2008b, p. 209). De acuerdo con él, de un repaso histórico por la reflexión *jurídico-política* de tal prerrogativa, se encuentra una idea según la cual:

[El] orden legal no era merecedor de respeto cuando sus normas infligían ofensas severas sobre la población (condición sustantiva) ni eran resultado de un proceso en el que dicha comunidad estuviera involucrada de modo significativo (condición procedimental). Cuando estas dos condiciones estaban presentes, la resistencia a la autoridad se encontraba en principio justificada (p.214).

No es objeto de este trabajo solventar un problema filosófico de tal magnitud, pero sí, dejar estas cuestiones planteadas de cara a una defensa de la descriminalización de la obstrucción a vías públicas realizadas en contextos de protesta social.

Adicionalmente, como corolario y reflejo de la plausibilidad de las tesis defendidas, debemos afirmar, siguiendo con Gargarella (2010):

Lo dicho, lamentablemente, parece encontrar un fuerte respaldo empírico cuando —por caso, y de modo relevante— prestamos atención a la deplorable situación que caracteriza a las prisiones en la mayoría de nuestros países. En ellas, inequívocamente, podemos reconocer de qué modo sociedades de composición social heterogénea, producen sistemas carcelarios de composición homogénea, en donde los grupos más desaventajados de la sociedad se encuentran claramente sobre-representados. Este resultado inaceptable se debe a muchas razones, pero sin lugar a dudas, también, a los modos en que el derecho se escribe (cuáles son las faltas que son seleccionadas como delitos y cuáles no); se aplica y se interpreta. Finalmente, la pretensión del Estado de hacer uso de la violencia que controla resulta decisivamente cuestionable cuando quienes son más afectados por esa violencia representan a aquellos que menos involucramiento han tenido en el diseño, aplicación e interpretación de esas políticas de violencia²³ (p. 11).

Es de vital importancia anotar que el problema de la legitimidad del derecho penal en nuestra sociedad tiene una particularidad especial: el conflicto armado.

23 Al respecto, en nuestro país existe información muy dicente. De acuerdo con un reciente informe del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), por ejemplo, al año 2010 de una población total de 84.444 reclusos, solo 9.404 alcanzaban a ser bachilleres; y el 25% estaba compuesta por delitos contra el patrimonio económico, siendo este el bien jurídico que más “protege” el sistema penal, al lado de la seguridad pública (9%) y la salud pública (16%).

De modo que, los problemas de injusticia social que agravan el problema de la justificación del derecho penal deben también observarse reconociendo las dificultades que derivan para él mismo, al operar muchas veces sobre personas que se han visto gravemente maltratadas por una confrontación que ya dura más de medio siglo²⁴.

En tal sentido, los problemas mencionados de injusticia social y exclusión política se potencian a tal punto, que su inadvertencia en la reflexión en torno a la penalidad de nuestro país puede ser profundamente deformante del análisis intelectual y del diagnóstico político. Además, como lo dijera Uprimny & Sánchez Duque (2010, p. 50): “Es importante advertir que en el contexto colombiano la existencia del conflicto armado interno favorece (...) formas de criminalización de la protesta que se sustentan en el señalamiento público de la infiltración de grupos guerrilleros en las movilizaciones sociales”. Cuestión esta que pone en contexto y demanda un análisis mucho más serio de la validez política y jurídica de tipos penales, como el de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”.

Las consideraciones precedentes, constituyen las bases axiológicas de nuestra postura, y adquieren particular importancia para la reflexión político criminal sobre el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, pues como se verá *infra*, estimamos que la globalización neoliberal agrava las situaciones de inequidad humana en las sociedades contemporáneas, y de esta manera privilegia la aparición de las causas objetivas que determinan la protesta social, manifestada entre otras formas, en los bloqueos a las vías públicas. A continuación, nos detendremos sobre el problema de la globalización, el neoliberalismo como uno de sus componentes, y las tareas que estos tienen reservadas para el aparato punitivo.

3. Globalización y derecho penal, una apuesta por la seguridad jurídica del mercado

La globalización constituye un proceso complejo y multicausal que ha sitiado el desarrollo y la diversidad política, económica y cultural del planeta (Faria, 2012, p. 21). Aunque no hay paridad de criterios sobre su naturaleza²⁵, un buen punto

24 Según el informe *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y de dignidad* construido por el Grupo de Memoria Histórica, el conflicto armado en nuestro país ha dejado un saldo de 220.000 muertos, 25.007 desaparecidos y 5'700.000 desplazados.

25 Sobre el particular, expresa Faria (2012, p. 19): “Globalización es un concepto abierto y multiforme, que abarca problemas y procesos relativos a la apertura y la liberalización comercial, a la integración funcional de actividades económicas internacionalmente dispersas, a la competición interestatal por los capitales volátiles y a la aparición de un sistema financiero internacional sobre el que los gobiernos tienen una capacidad de control decreciente. En esta perspectiva, globalización es un concepto

de partida es entender que la globalización es, sobre todo, globalización económica, caracterizada en términos simples “por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados” (Silva Sánchez, 2011, p. 89).

En este sentido, la globalización se erige sobre varios presupuestos que permiten el apuntalamiento del capitalismo como proyecto mundial²⁶. Y esto, sin duda, proporciona un contexto en el que se buscan encauzar las dinámicas socioculturales²⁷ en función de nuevos valores y modelos de organización social —competitividad, productividad, eficiencia, crecimiento económico—. La razón fundamental está dada por aquel principio del materialismo histórico según el cual, las transformaciones que acaecen en la esfera de las relaciones económicas se proyectan sobre la filosofía, la política, el arte, la religión y la cultura en su género²⁸.

Para el análisis propuesto es de importancia capital intentar la comprensión del papel que hoy juegan los estados y el control punitivo en tal proceso. Tal reflexión contribuye a elucidar las funciones y la racionalidad de la política criminal contemporánea, particularmente, la que se expresa en la criminalización de la obstrucción a las vías públicas.

En efecto, una de las implicaciones más reconocidas del fenómeno globalizador es la pérdida de la soberanía nacional, de manera que los estados débiles en el mapa de la geopolítica mundial son determinados en su política económica²⁹,

relacionado con las ideas de ‘comprensión’ del tiempo y del espacio, comunicación en tiempo real, disolución de fronteras geográficas, multilateralismo político y policentrismo decisorio”.

- 26 Al respecto dice Bergalli (2004, p. 68): “Es indudable que el impulso de un proceso globalizador en el campo de la economía planetaria pudo tener lugar cuando no se le opusieron obstáculos que dificultasen el movimiento de capitales y mercancías. Las fronteras de los *estados-naciones* y los muros (de hierro, de bambú, “de la vergüenza”, etc.) que separaron diferentes sistemas de dominación (...) impidieron que la previsión marxiana de El Manifiesto Comunista pudiera cumplirse con la celeridad asignada a la internacionalización del capitalismo”.
- 27 No obstante, sobre tal propósito emergen tensiones y resistencias que según Boaventura de Sousa Santos (2009), también gozan de dimensión global. En consecuencia, él las agrupa en el concepto de “globalización contrahegémica” como adversario al de “globalización neoliberal hegémica”.
- 28 Así es que Bergalli (2004, p. 70) concluye: “Tomar en conjunto la *globalización* supone (...) analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades para evitar el soslayamiento (sic) o desconsideración de aspectos que, si bien son parciales, forman parte o son consecuencia de la misma *globalización*. (...) Como fenómeno económico, la globalización se reproduce con efectos culturales y políticos. Los primeros se expresan fácilmente por medio de las modas, los estilos, la publicidad; los segundos por los procesos regionales. Pero todos ellos han erosionado los fundamentos *político-jurídicos* de los estados modernos, en primer lugar, entre ellos el de soberanía con lo cual ese desgaste se traslada, tanto en lo interno como en lo externo de los estados de derecho, a los demás principios que substancian la seguridad jurídica, de sus ciudadanos y de los propios estados.”
- 29 Ante esto es dable afirmar: “(...) el proceso de globalización se presenta todavía como riesgos (sic), desigual, contradictorio, desdibujado, heterogéneo, excluyente y antidemocrático, máxime si se tiene en cuenta que él ha dado lugar tanto a la creación de renovadas formas de dependencia como a la

social y jurídica por los grandes centros de poder mundial. Sin embargo, y contrario a lo muchas veces sugerido, el Estado no es una entidad inerte que solo pierde, en forma pasiva, el monopolio de las funciones que otrora, en los albores de la modernidad occidental fue cooptando —administrar justicia, emitir la moneda, decir el derecho, proporcionar seguridad—. El Estado está en proceso de reconfiguración. Así lo explica Mercado Pacheco (2005):

Quizás la pista a seguir para una explicación de las funciones del Estado y del derecho en esta fase de globalización de la economía sea la de la lógica global de funcionamiento del sistema político, económico y jurídico que, lejos de indicar una relación de sustitución entre el libre juego del mercado y el intervencionismo estatal, nos enseña la existencia de concomitancia de fines, valores y medios en las distintas modalidades (*privado-estatal, público-estatal, técnico-mundial*) del gobierno de lo económico. Porque a pesar de las apariencias, la pérdida de soberanía en la determinación de las políticas económicas y la mundialización no exigen menos Estado o el fin del Estado, sino la funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de la mundialización (p. 134).

Quizá el mejor ejemplo de lo anterior sea el proceso de implementación del neoliberalismo en nuestro país, apareciendo como un bastión ideológico central para el proyecto del capitalismo global³⁰. En la explicación de tal propósito se ha tenido como punto de referencia al llamado “Consenso de Washington”, en el que aparece un plan de “ajuste estructural” a través del cual agencias financieras internacionales (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional) condicionan el otorgamiento de crédito al cumplimiento de unos mandatos de política económica³¹ asociados con la reducción del gasto público, la privatización, la apertura comercial, la desregulación, entre otros (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 133). De esta manera, en un principio, el neoliberalismo en Colombia encontraba en el Estado y sus instituciones obstáculos entorpecedores de la eficiencia y la competitividad, a la cual el libre mercado avanzaría de manera indefectible.

Sin embargo, y lo que sigue es fundamental para el análisis *político-criminal* del delito de obstrucción a vías públicas:

gestación de nuevos centros del poder mundial; ahora, pues, reinan las más poderosas multinacionales y los grandes bloques económicos” (Velásquez V., 2004, p. 188).

30 También se tienen casos referidos a la imposición exógena de determinados mandatos de política criminal, un buen ejemplo es el del delito de “lavado de activos” (Arias Holguín, 2011, p. 37).

31 Esta práctica es explicada por Ferraro (2004) mostrando la evolución de la naturaleza de los condicionamientos y estrategias de tales agencias, para el apuntalamiento de la economía de mercado.

Ante el ascenso intelectual del neoinstitucionalismo (...) y ante la acumulación de pruebas sobre los efectos nocivos de los programas de ajuste estructural, a mediados de los años noventa los defensores del programa neoliberal (...) proclamaron la necesidad de una 'segunda etapa' de reformas que complementara las del Consenso de Washington inicial (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 116).

Quiere decir esto que el caos desatado por la desregulación exacerbada del período inicial de la implementación del proyecto neoliberal alertó al poder económico mundial sobre la necesidad de las instituciones³², unas que posibiliten y dirijan el proyecto hegemónico sobre un camino que, en medio de la voracidad y el desenfreno de la competencia económica, sirviesen de garantía para un correcto desenvolvimiento del mercado. Esto es, "mientras que la primera fase del neoliberalismo experimentó con la desregulación masiva, la segunda fase ha intentado contrarrestar los predecibles excesos de dicha desregulación mediante formas de *rerregulación* afines a las teorías y los objetivos del neoliberalismo" (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 116).

Tales implementaciones y giros de la política neoliberal fueron apalancados entre otras formas, a través de la política crediticia de las agencias financieras internacionales. Así, Ferraro (2004) explica cómo el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional comienzan a introducir en sus condicionantes para el otorgamiento de créditos el concepto de "governabilidad"³³:

En la nueva perspectiva adoptada por el Banco Mundial durante la década de 1999, para lo cual el concepto de 'governabilidad' resulta distintivo, se revaloriza, por el contrario, el rol regulador del Estado en la economía y, a partir de esto, la necesidad de fortalecer las instituciones estatales e incrementar su capacidad de acción. Este nuevo

32 Ferraro (2004, p. 89) lo entiende así: "Las objeciones del Banco Mundial contra los programas de ajuste estructural se basan (...) en una evaluación crítica de la economía política neoclásica, que los inspira teóricamente. Pues, para la economía política neoclásica, el Estado es un factor obstructivo del desarrollo económico, en la medida en que las instituciones públicas intentan ir más allá de la protección de los derechos de propiedad privada e intervenir en otras esferas de la actividad económica. En consonancia con este punto de vista, las recomendaciones de política económica de los programas de ajuste estructural se orientaron hacia la disciplina fiscal, la liberalización de los regímenes de comercio e inversión, la desregulación de los mercados y la privatización de empresas públicas".

33 Muy asociado a lo que Rodríguez Garavito y Uprimny Yepes (2006, p. 117) denominan "giro institucional", respecto al cual afirman: "En este giro es muy notoria la importancia creciente de la reforma judicial dentro del paquete de transformaciones institucionales propuestas por la segunda fase del neoliberalismo. Al relieve puesto en la primera fase en un sistema judicial protector de los derechos de propiedad, la nueva fase agregó el fortalecimiento de la capacidad de los juzgados y cortes para castigar la corrupción pública (más no privada), resolver de forma expedita controversias comerciales (como el pago de deudas y la declaración de quiebras) y adelantar con celeridad (pero no necesariamente con equidad) los procesos judiciales".

enfoque no pretende devolver al Estado el rol iniciador o protagónico en el proceso económico que le atribuía la escuela estructuralista o desarrollista, que dominó la teoría del desarrollo económico desde principios de los años 50 hasta fines de los años 70. Se trata, antes bien, de la creación y administración de un marco público de regulación de la actividad económica, que asegure el mantenimiento de relaciones económicas competitivas y, con esto, de mercados eficientes (p. 89).

En esta línea de acción, será tarea fundamental entonces, garantizar condiciones de seguridad jurídica a las operaciones de mercado, de forma tal, que la protección de los derechos de propiedad, las libertades individuales y la estabilización de los “desórdenes” que afecten el orden público constituirán propósitos a alcanzar por medio del instrumento penal. En este sentido, lo que los profesores Rodríguez Garavito y Uprimny Yepes (2006) denominan la “visión neoliberal sobre la justicia”, reposa sobre un eje imprescindible:

El establecimiento de una administración de justicia para el mercado, es decir, de un sistema judicial que centre sus esfuerzos en brindar certeza a los derechos de propiedad y seguridad de los contratos, a fin de disminuir los costos de transacción y evitar las pugnas redistributivas. Esto implica dos líneas de reforma judicial diferentes, pero complementarias. Por un lado (...) los agentes económicos deben gozar de seguridad jurídica, lo cual supone no sólo que existan garantías constitucionales a la propiedad y a la libertad económica, sino que además las reglas de juego sean estables. (...) Por otro lado, es necesario que los agentes económicos sean protegidos en su persona y en sus bienes, por lo que se requiere que el Estado —en particular, la rama judicial— tenga la capacidad de controlar la violencia y evitar los atentados contra la propiedad y la integridad física. Desde esta perspectiva, el aumento del control social y de la lucha contra la delincuencia por medio de un reforzamiento del sistema penal es prioritario, sobre todo en países que, como Colombia, atraviesan situaciones graves de orden público (p. 127).

4. Criminalización y protesta social en Colombia: la obstrucción a vías públicas

El artículo 37 de la Constitución de 1991 prescribe: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”. El derecho a la protesta social se erige como un derecho fundamental, que expresa la vocación democrática de la Carta del 91, posibilitando que las “vías públicas”

de la democracia participativa representen una opción real para aquellos que terminan siendo excluidos del poder político.

En este sentido hay un significativo progreso en lo normativo, respecto a las prescripciones del orden constitucional establecido por la Carta de 1886. En términos de Uprimny & Sánchez Duque (2010):

La Constitución de 1991 implicó un avance considerable frente al contexto imperante de represión de la protesta social que caracterizó las décadas anteriores. El reconocimiento de los derechos a la reunión y a la manifestación pacífica como derechos fundamentales, la supresión de la disposición contenida en la Constitución de 1886 que autorizaba a las autoridades para disolver las reuniones que se convirtieran en tumultos o que provocaran el bloqueo de vías, la determinación de que toda restricción al ejercicio del derecho a la protesta tiene reserva de ley, y que ni siquiera bajo estados de excepción tal ejercicio puede ser tratado como delito, constituyen importantes conquistas normativas para evitar la criminalización de la libertad de expresión ejercida por medio de la protesta (p. 72).

Y es que la protesta social, en un orden pretendidamente democrático, aparece como su fundamento mismo, pues aquella no es sino otra cosa que la garantía prestada a los disidentes del gobierno o de sus políticas específicas, para que de manera libre y pública hagan visible su descontento y con él, los principios que orientan sus convicciones políticas. Incluso ese derecho que le asiste a quien se alza en contra del poder, tiene arraigo en las reflexiones del iusracionalismo, cuyos representantes tenían como derecho natural, inalienable, imprescriptible e inenajenable el que le asistía al ciudadano para resistir al opresor (Gargarella, 2008).

Así, la posibilidad de resistir, disentir o protestar se encuentra en las bases históricas de la democracia liberal y ha ido potencializándose en el tiempo con la irrupción de la democracia constitucional. Por ello es que diversos instrumentos de derecho internacional (integrados a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad) reconocen tal prerrogativa, como puede leerse en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵.

La protesta social, además, tiene muchos rostros. La creatividad acompañada de la estrategia política, determinan diversas formas de participar en forma crítica de las opciones que proporciona la democracia. Las más representativas comparten características comunes, como ser llevadas a cabo en lugares públicos, para que

34 Artículos 19 y 21. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

35 Artículos 13 y 15. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm>.

la visibilidad de sus demandas incrementa el poder simbólico de su accionar; o desenvolverse en contextos en los cuales la autoridad política se vea lo suficientemente “incomodada” como para atender a los reclamos. Tales rasgos, hacen parte de la naturaleza misma del derecho a disentir, pues hacerlo en silencio o acallado por restricciones de diversa índole, lo haría nugatorio.

Es menester también anotar que los actos de protesta pública tienen unos costos, que en primer lugar son asumidos por los manifestantes. No debe perderse de vista que la movilización social presupone, justamente, la ausencia de poder político para configurar a través de este, las reformas que se defienden en la calle por medio de gritos y de pancartas. En este orden, quienes acuden al mecanismo de la protesta pública para visibilizar sus reclamos, lo hacen en condiciones de desventaja, teniendo que soportar sacrificios temporales y físicos, e incluso padeciendo la inclemencia de la violencia simbólica e instrumental del Estado.

Hablar de protesta social, sin reflexionar acerca de sus causas, sería un ejercicio anodino, pues estas son recurrentemente sopesadas con los costos que aquella supone y que ya señalábamos. Es decir, abanderarse de una lucha popular en condiciones de adversidad, no es propiamente una actividad recreativa o turística, todo lo contrario, constituye un auténtico sacrificio que está mediado por imperativos vitales, en la mayoría de los casos determinados por condiciones de injusticia social. No por otra razón, las manifestaciones de manera frecuente tienen que ver con reivindicaciones de la salud, la educación, la paz o el bienestar. En este sentido, la desigualdad y la exclusión constituyen un “caldo de cultivo” para la insurrección de la resistencia, razón por la cual la presión punitiva no soluciona el problema, sino que lo agrava.

Tal presión, concretada en la denominada “criminalización”, entendemos que debe tener la siguiente connotación:

Se entiende que la criminalización existe con la sola detención del participante en un acto de protesta, o con la simple apertura de una indagación preliminar por parte de la Fiscalía, con independencia de que tal indagación desemboque en la apertura de un proceso penal y de que tal proceso culmine con una sentencia condenatoria. Aunque claramente cabe distinguir grados de intensidad en la criminalización pues no es lo mismo la apertura de una indagación preliminar que no conduce finalmente a la formulación de acusación, a la condena en virtud de la cual la persona es sometida a una pena privativa de la libertad, en materia de protesta social muchas veces las restricciones a la libertad de expresión operan a través del despliegue inicial de dispositivos penales como formas de amedrentamiento para desalentar la protesta en casos en los que se sabe de antemano la dificultad de que se concrete una condena o, incluso, de que se adelante un proceso penal hasta la etapa del juicio (Uprimny & Sánchez Duque, 2010, p. 50).

De tal forma, en nuestro país los eventos de protesta y su consecuente represión no escasean. De acuerdo con el sociólogo Alfredo Molano, a junio del 2013, el gobierno del presidente Juan Manuel Santos había tenido que enfrentar nueve grandes eventos de protesta social³⁶. Además, habría que sumar a tal diagnóstico, el que ha sido quizá más importante, por su magnitud y capacidad para explicar problemas centrales del país, en términos de política económica y persecución punitiva: el Paro Nacional Agrario que inició el 19 de agosto del año 2013.

Como muestra de lo anterior, el 16 de agosto del mismo año, tres días antes de la “hora cero” de la movilización, y ante el anuncio de la misma, el ministro del Interior³⁷ emitió la Circular 001 de 2013, dirigida a alcaldes, gobernadores y secretarios de gobierno, anunciándoles:

Con ocasión de las actividades de protesta social relacionadas con el Paro Nacional previsto a partir del 19 de agosto, en virtud de su condición de agentes del Presidente de la República en la conservación y restablecimiento del orden público, de conformidad con los artículos 303 y 315 de la CP y la Ley 4^a de 1991, le solicitamos adoptar todas las medidas preventivas y correctivas necesarias para el mantenimiento y restablecimiento del orden público cuando fuere turbado por acciones de hecho que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos tales como la libre movilidad, la salud, la educación y la alimentación, sin perjuicio del ejercicio al derecho a la protesta de aquellos que la ejerzan.

Para tal efecto, se solicita coordinar con las autoridades de policía judicial la aplicación de la disposición contenida en la Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, artículo 353 literal a, que al respecto señala...³⁸

En medio del paro, en efecto, varios manifestantes fueron forzados a afrontar procesos penales por la obstrucción a vías públicas³⁹. Por las mismas fechas de la Circular 001, el presidente de la República alertó a los cuerpos de seguridad del Estado y anunció que sería “implacable” con los manifestantes que bloquearan vías⁴⁰. Tres

36 Molano, A. (2013, 29 de junio). Las guerras del Catatumbo I. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-430812-guerras-del-catatumbo-i>.

37 Para el momento, Fernando Carrillo.

38 Circular 001 del 2013. Recuperada de <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/circular-001-2013>

39 Martínez, S. (2013, 27 de agosto). El estudiante al que le abrieron proceso judicial en pleno paro agrario. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-de-sijin-se-infiltraron-tomar-fotos-del-paro-articulo-442869>.

40 (2013, 17 de agosto) Santos dice que será “implacable” con manifestantes que bloqueen carreteras. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-dice-sera->

semanas después, en medio de una movilización que creció de manera inusitada y representó un duro golpe político para el Gobierno al bajar de forma dramática sus índices de favorabilidad, el Ministerio de Defensa⁴¹ presentó ante el Congreso de la República el proyecto de Ley 091 en el cual propone una reforma al tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, en los siguientes términos:

Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que incite, dirija, participe, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la movilidad, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta meses (60) y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

La pena se aumentará en una tercera (1/3) parte si la conducta es realizada por el sujeto activo utilizando medios que impiden su plena identificación por parte de las autoridades o utilizando falsa identificación.

La pena se aumentará en una tercera (1/3) parte si el delito es cometido con utilización de menores, personas en situación de discapacidad o personas de la tercera edad.

Este tipo penal no será objeto de beneficios o subrogados penales.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

De lo anterior, se evidencia con claridad la decidida apuesta gubernamental por reprimir, a través del instrumento más violento del Estado y de forma excesivamente drástica conductas que, en el marco de las actividades propias de la movilización social —y dada la amplia redacción del tipo penal—, pueden caer bajo el manto opresivo de la norma.

En efecto, se introduce como verbo rector “participar”, diluyendo las fronteras que separan autoría y participación; se le transforma en un tipo penal de medios indeterminados, suprimiendo la exigencia de que sea realizado por “medios ilícitos”; se adiciona la “movilidad” como uno de los bienes que al verse

implacable-manifestantes-bloqueen-carr-articulo-440718. (2013, 16 de agosto). Fuerza Pública tiene instrucciones de no permitir bloqueo de vías. *El universal*. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/colombia/fuerza-publica-tiene-instrucciones-de-no-permitir-bloqueo-de-vias-131547>.

41 Cuyo titular a la fecha era Juan Carlos Pinzón.

afectados, habilitan la intervención penal, sin considerar que, por la naturaleza de las manifestaciones públicas la movilidad siempre se verá afectada; se agrava la pena, antes de 24 a 48 meses en prisión y multa de 13 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y ahora de 36 a 60 meses en prisión y multa de 20 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en ambos casos con pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión; y además, se adicionan dos agravantes, sin que quede claro el mayor grado de injusto que suponen: “si el delito es cometido con utilización de menores, personas en situación de discapacidad o personas de la tercera edad”; y si con lo anterior no bastase, se impide que el juez considere otorgar una suspensión de la pena u otorgar una libertad condicional y, parece optar por excluir cualquier beneficio, incluso aquellos adscritos a la justicia premial.

Una semana después de la iniciativa legislativa el titular de la cartera de defensa anuncia que “para garantizar el orden y seguridad en las protestas sociales”⁴² se duplicarán los efectivos del Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad), división de la Policía Nacional que fue recurrentemente denunciada a través de videos publicados en las redes sociales por reprimir, a través del uso desproporcionado de la fuerza, las protestas a las que asistían miles de colombianos.

Los anteriores hechos permiten entrever la disposición del actual Gobierno para afrontar la movilización política que defiende ideas opuestas a las representadas por los grupos de poder. Dan cuenta también de la forma como el derecho penal está siendo instrumentalizado en el contexto de descontento social en Colombia, pero además sugieren interrogantes orientados a entender qué preocupaciones existen detrás de los bloqueos a las vías públicas y de los brotes de “desorden” que aparecen en las marchas.

Naturalmente, además de acallar la voz de la oposición política y reafirmar el poder a través del principio de autoridad, entendemos que el estado de quietud y “normalidad” que se busca con las medidas *político-criminales* y policivas asumidas por el Gobierno, persiguen lograr estados de “governabilidad” en los términos expuestos en el tercer apartado de este trabajo. Así, para la institucionalidad es más que una urgencia estabilizar expectativas de cara a la satisfacción de la seguridad jurídica demandada por las agencias financieras internacionales, y por las empresas y multinacionales que aparecen como candidatas para la inversión extranjera directa.

En síntesis, el *nomen iuris* del tipo penal en cuestión, expresa, en últimas, la función que como propuesta criminalizadora presupone: obstruir las vías públicas, esto es, imponer obstáculos para la deliberación y la manifestación democrática.

42 (2013, 19 de septiembre). “El Esmad no se va a acabar, se duplicará”: Mindefensa. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-esmad-no-se-va-acabar-se-duplicara-mindefensa-articulo-447357>.

El fallo de la Corte Constitucional

Como ha sido explicado toda una constelación de poderes ha coincidido en la orientación *político-criminal* representada por la figura delictiva de la “obstrucción a vías públicas”. Es preciso examinar la postura de la Corte Constitucional, habida cuenta de que es evidente el conflicto entre el tipo penal referido y el derecho fundamental a la reunión y manifestación, además de otros derechos políticos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. El pronunciamiento del máximo tribunal se da en la Sentencia C-742 (2012)⁴³, en la que se manifiesta en el sentido de declarar exequibles los dos artículos del Código Penal demandados, el 353A (obstrucción a vías públicas que afecten el orden público) y el 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial)⁴⁴.

Como era natural, el argumento primordial del demandante expresaba una crítica respecto a la función criminalizadora de la disposición normativa por vulnerar los derechos a la libertad de expresión y a la protesta social. Además, el accionante cuestionó la legalidad del tipo penal, dada la vaguedad de sus verbos rectores; y el permiso de la autoridad competente, consagrado en el párrafo como razón para la no criminalización.

La Corte fundamenta su resolución a través de un juicio sobre la estricta legalidad del tipo penal que se revisa, dejando de lado los cargos del actor orientados a demostrar que tal norma penal cumple funciones criminalizadoras de la protesta social, vulnerando de manera desproporcionada las libertades a las que se hizo alusión.

Se desprende de la reflexión del alto tribunal que, a su juicio, con la interpretación que él realiza sobre la disposición, se obtiene una norma que no termina siendo desproporcionada a la luz del derecho a la protesta social. Es decir, la Corte deja de lado las contradicciones de la disposición penal con los derechos fundamentales en cuestión, al estimar que, a través de una correcta interpretación del texto normativo se diluyen los problemas de legalidad aducidos por el demandante y, por tanto, se obtiene una norma conforme a la Constitución. En este sentido el argumento central es el siguiente:

(...) puede decirse que el artículo 44 de la Ley 1453 de 2011 no viola el principio de estricta legalidad. Aunque *prima facie* la formulación

43 Decisión jurisprudencial que no fue internamente pacífica, pues 3 de los 9 magistrados se pronunciaron con salvamento de voto.

44 Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (La expresión subrayada fue el objeto de la demanda).

aprobada por el legislador penal podría dar pie a ciertas discusiones en torno a su aplicación a casos concretos, no por ese solo hecho la norma es inconstitucional. Si se toma el texto de la disposición cuestionada, se lo interpreta razonablemente dentro del contexto apropiado y de acuerdo con métodos jurídicos aceptables, se obtiene como resultado una norma lo suficientemente precisa y clara. Sus indeterminaciones preliminares son por tanto superables, como pasa a mostrarse a continuación. Así, para empezar, el tipo acusado es claro en cuanto a que el sujeto activo del delito es indeterminado y singular. Por su parte, el sujeto pasivo es la comunidad, integrada por los sujetos individualmente considerados, cuyos derechos a la vida, a la salud pública, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente o al trabajo, se verían perjudicados por esta conducta. Además de eso, por la ubicación del tipo demandado en el Título XII del Código, que trata de los delitos contra la "seguridad pública", puede decirse en términos contextuales que el bien jurídico es la seguridad pública. Sobre estos dos aspectos no se ha planteado ninguna duda, y ni del texto de la disposición, ni del contexto normativo y situacional en que se inserta la norma, surge un punto oscuro que deba tratarse con mayor detenimiento.

Así las cosas, la sentencia de la Corte Constitucional termina siendo elusiva y oscura ante un problema *iusfundamental* que permanece vigente, como la disposición demandada. En primer lugar, porque el máximo tribunal conserva una posición tímida respecto al control que le corresponde realizar al legislador penal, lo que estimamos inconveniente, pues la intensidad de las sanciones penales en términos de restricción de los derechos fundamentales debería implicar un control estricto de las decisiones en la materia. Sin embargo, la Corte ha sostenido que al legislador, en tales ámbitos, le asiste un amplio margen de libertad de configuración encontrando límites en la proporcionalidad y en la razonabilidad, extremos que resultan de difícil determinación ante el relajado control que se acusa.

En segundo lugar, el énfasis del análisis y la estructura argumentativa de la motivación de su decisión se centra en el problema de legalidad consustancial a casi cualquier disposición penal, cuando el problema jurídico planteado por el demandante invitaba a reflexionar alrededor del conflicto entre el tipo penal acusado y los derechos, libertades y valores que se expresan en la protesta social, como mecanismo de resistencia y participación política. Genera entonces desconcierto que, como lo pretende la Corte, se solucione un problema tan grueso, aduciendo que los problemas interpretativos de la norma son superables a través de una interpretación razonable "dentro del contexto apropiado y de acuerdo con métodos jurídicos aceptables".

Consideraciones finales

Llegados a este punto, resulta forzoso concluir que el derecho penal es obstructor de “vías públicas” en un doble sentido. Por un lado, al violentar los espacios de la democracia participativa, como propuesta distintiva de la Constitución de 1991, criminalizando y amedrentando a los actores de la vida social que adoptan la movilización como método de lucha política, asumiendo sus diversos costos, habida cuenta del contexto de iniquidad y olvido en el que han sido forzados a existir. Por otro lado, por su servil instrumentalización a favor del proyecto hegemónico global, que anima la desaparición de los servicios públicos y estimula la prevalencia del mercado como máximo referente de la vida social.

A pesar de tal despropósito legislativo, el fallo de la Corte Constitucional sobre el delito de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público es evasivo y poco satisfactorio. En primer lugar, porque continúa guardando una prudencia excesiva a la hora de controlar al legislador en materia *político-criminal*, pues, le otorga un amplio margen de configuración fundado en el principio democrático, y limitado en una proporcionalidad y razonabilidad, cuyos contornos son tan laxos que casi se difuminan. En segundo lugar, porque desprecia los problemas de la disposición normativa respecto a derechos fundamentales como los de libertad de expresión, reunión y manifestación; y lo hace restringiendo su análisis al problema de legalidad que era una cuestión menor, en relación con los problemas que la figura delictiva le plantea al Estado Constitucional Democrático.

Ante los inexpugnables efectos de la cosa juzgada constitucional, y la tozudez *político-criminal* asentada en la cultura —y por tanto provechosa en la política electoral—, queda reflexionar alrededor de una dogmática que permita racionalizar y limitar al máximo los despropósitos a los que podría conducir la aplicación del tipo penal aludido en los casos concretos. No puede ser otra la actitud *ético-jurídica* de aquellos a los que hoy les corresponde tomar decisiones tan cruciales, como la que gira alrededor de la imposición de una pena, bajo la égida de una norma que, por las razones expuestas dramatiza la conflictividad y la injusticia social.

Referencias

- Alcácer Guirao, R. (2003). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier.
- Arias Holguín, D. P. (2006). *A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo*. Medellín: Universidad Eafit.
- (2011) *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel.

- Bergalli, R. (2004). "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía". *El derecho ante la globalización y el terrorismo de M. G. Losano, & F. Muñoz Conde*, pp. 59-77. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Brandariz García, J. A. (2007). *Política criminal de la exclusión. El Sistema Penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares.
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficante de sueños.
- Díez Ripollés, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- Faria, J. E. (2012). La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo. En E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco, & J. L. Serrano Moreno, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (pp. 19-40). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferraro, A. E. (2004). Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización. En Losano, M. G. & Muñoz Conde, F. *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, (pp. 79-98). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gargarella, R. (2006). El derecho a la protesta social, *Derecho y humanidades* (12), pp. 141-151.
- (2008a). De la justicia penal a la justicia social. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 77-104. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2008b). El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 203-234. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2008c). Mano dura contra el castigo (I). Igualdad y comunidad. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 25-52. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2010). La coerción penal en contextos de injusta desigualdad. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, (paper 82). Recuperado de: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82.
- Gracia Martín, L. (2011). *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*. México: Ubijus.
- Hassemer, W. (1999). Viejo y nuevo derecho penal. En *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal de W. Hassemer*, pp. 15-38. Bogotá: Temis.
- Mercado Pacheco, P. (2005). Estado y globalización: ¿crisis o redefinición del espacio político estatal? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (9), pp. 127-150.

- Mir Puig, S. (2006). Constitución, Derecho penal y Globalización. En Mir Puig, S. & Corcoy Bidasolo, M. *Nuevas tendencias en política criminal* (pp. 115-126). Buenos Aires: B de F.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal*, (65), pp. 46-91.
- Rodríguez Garavito, C. A. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. En *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS) de Duncan. K.*, pp. 17-86. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Rodríguez Garavito, C. A., & Uprimny Yepes, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? En *Uprimny Yepes, R., Rodríguez Garavito, C. A. & García Villegas, M. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Norma.
- Santos. B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Siglo veintiuno editores.
- (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Ilsa.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2009). ¿El derecho penal garantista en retirada? En Calle Calderón, A. L., *El estado actual de las ciencias penales* (pp. 273-304). Medellín: Grupo editorial Ibañez. Universidad de Antioquia.
- Uprimny, R., & Sánchez Duque, L. M. (2010). Derecho penal y protesta social. En Bertoni, E. *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Libertad de expresión y derecho penal en América Latina* (pp. 47-74). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Velásquez V., F. (2004). Globalización y derecho penal. En Losano, M. G. & Muñoz Conde, F. *El derecho ante la globalización y el terrorismo* (pp. 185-208). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wacquant, L. (2003). Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. *Archi-piélagos* (Nº. 55), pp. 61-74.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Manual de derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- (2005a). La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. En Zaffaroni, E. R., *Entorno de la cuestión penal* (pp. 179-215). Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- (2005b). Política y dogmática *jurídico-penal*. En Zaffaroni, E. R., *Entorno de la cuestión penal* (pp. 71-96). Montevideo - Buenos Aires: B de F.



Título: Pensamiento. Técnica: Ilustración. Año: 2009

La construcción del sistema categorial en la investigación: pistas metodológicas a partir del estudio de una política pública*

Jonathan Alejandro Murcia**

Resumen

Este artículo se propone hacer una contribución a la reflexión sobre cómo construir sistemas categoriales, a la vez que proporcionar algunas pistas metodológicas para llevar a cabo esta tarea, la cual permite y orienta el desarrollo coherente y consistente, pero a la vez flexible, abierto y emergente, de investigaciones en torno a fenómenos políticos, sociales y jurídicos. Este objetivo se lleva a cabo con base en la memoria metodológica en torno a la construcción del sistema categorial de una investigación sobre relaciones interorganizacionales y funciones sociales del derecho en una política pública de desplazamiento forzado. Se parte entonces de una construcción sintética, de una definición alrededor de lo que es el sistema categorial y su importancia, para posteriormente proceder a la ejemplificación de la construcción de un sistema categorial en cuatro fases del ciclo investigativo. Se cierra el artículo con algunas conclusiones que invitan a seguir pensando la relevancia de este importante elemento de las investigaciones, de cara a la difusión del conocimiento sobre cómo se reconstruye la ruta metodológica de las investigaciones en las ciencias sociales y humanas, así como generar material pedagógico para estudiantes, tesisistas e investigadores.

Palabras clave: sistema categorial; investigación; relaciones interorganizacionales; funciones sociales del derecho; política pública de desplazamiento forzado.

The construction of the categorial system in research: Methodological clues from a public policy study

Abstract

This article aims at making a contribution to the reflection on how to build categorial systems, while providing some methodological clues to carry out this task, which enables and guides the coherent and consistent development, but at the same time flexible, open and emerging, of research into political, social and legal phenomena. This objective is conducted based on the methodological report about the construction of the categorial system of research on interorganizational relationships and social functions of law in a public policy of forced displacement. It begins then with a synthetic construct of a definition of the categorial system and its importance, in order to subsequently exemplifying the construction of a categorial system in four phases of the research cycle. It finishes with some conclusions that invite to keep thinking on the relevance of this essential element of the research, in order to disseminate knowledge on how to build the methodological route of research in both the social and human sciences, as well as to generate educational materials for students, postgraduate students and researchers.

Key words: categorial system; research; interorganizational relationships; social functions of law; public policy of forced displacement.

A construção do sistema categorial na pesquisa: guias metodológicas a partir do estudo de uma política pública

Resumo

Este artigo visa fazer uma contribuição à reflexão sobre a forma de construir sistemas categoriais, bem como fornecer algumas guias metodológicas para realizar este trabalho, o qual permite e orienta o desenvolvimento coerente e consistente, mas ao mesmo tempo flexível, aberto e emergente, de pesquisas em torno de fenômenos políticos, sociais e jurídicos. Este objetivo é realizado com base na memória metodológica em torno da construção do sistema categorial de uma pesquisa sobre relações interorganizacionais e funções sociais do direito em uma política pública de deslocamento forçado. Partiu-se então de uma construção sintética, de uma definição ao redor do que representa o sistema categorial e a sua importância, para prosseguir subsequentemente com a exemplificação da construção de um sistema categorial em quatro fases do ciclo de pesquisa. O artigo encerra com algumas conclusões que convidam a seguir-se pensando a relevância deste importante elemento das pesquisas, em face da difusão do conhecimento sobre a forma como é reconstruída a rota metodológica das pesquisas nas ciências sociais e humanas, bem como gerar material pedagógico para estudantes, estudantes em processo de elaboração da sua tese e pesquisadores.

Palavras-chave: sistema categorial; pesquisa, relações interorganizacionais; funções sociais do direito; política pública de deslocamento forçado.

* Artículo de reflexión. Derivado del trabajo investigativo *Otra investigación. Redescubriendo fragmentos sobre relaciones interorganizacionales, funciones sociales del derecho y el lugar del territorio en la política pública para población afectada por el desplazamiento forzado en Medellín* realizada para optar al título de magíster en Derecho modalidad investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Investigador principal: Jonathan Alejandro Murcia. Fecha de terminación de la investigación abril de 2015.

** Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Investigador asociado al Grupo de Investigación Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos de la misma universidad. Politólogo, Magíster en Derecho. Correo electrónico: jonathan.murcia@udea.edu.co ORCID: 0000-0003-3054-8125

La construcción del sistema categorial en la investigación: pistas metodológicas a partir del estudio de una política pública

Introducción

*“Caminante, son tus huellas, el camino, y nada más;
Caminante, no hay camino, se hace camino al andar”.*

(Antonio Machado)

En junio de 2008 la revista Estudios de Derecho en su número 145 publicó un artículo bajo la autoría de María Eumelia Galeano y María Nubia Aristizábal Salazar, en el cual las profesoras exponen de forma ilustrativa cómo se construye un sistema categorial con base en la experiencia de la investigación: *Caracterización y significado de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia, sede central 2007-2008*. Este artículo, en el cual las autoras comparten, entre otras cosas, algunos dilemas éticos, metodológicos, teóricos e instrumentales característicos de todo proceso investigativo caracterizado por la apertura, la flexibilidad y la emergencia, constituye un referente bibliográfico de gran utilidad para la comunidad académica de las ciencias sociales en torno a la importancia del sistema categorial como “una especie de brújula” para la investigación.

El artículo que aquí se propone tiene una intención similar, y consiste en contribuir —también a partir de la experiencia de una investigación en particular— a seguir reflexionando y obteniendo algunas pistas sobre cómo construir sistemas categoriales que orienten el desarrollo coherente y consistente, pero a la vez flexible, abierto y emergente, de las investigaciones en torno a fenómenos políticos, sociales y jurídicos.

Esta intención es múltiple, si se ve no solo como un aporte bibliográfico a la literatura sobre sistemas categoriales, sino también como una contribución peda-

gógica y metodológica, que más que proponerse una guía para construir sistemas categoriales, se tome mejor como una experiencia en la cual se ven reflejadas incertidumbres, cambios, discusiones y fundamentalmente decisiones que se deben adoptar y adaptar en todas las fases del proceso investigativo. En ese sentido, el camino que en este escrito se expone y que se recorrió en la construcción del sistema categorial del trabajo: *Otra investigación. Redescubriendo fragmentos sobre relaciones interorganizacionales, funciones sociales del derecho y el lugar del territorio en la política pública para población afectada por el desplazamiento forzado en Medellín*⁴⁵ es un camino entre muchos otros posibles, y que en ese orden, es de utilidad académica en cuanto se tome solo como lo que estrictamente es: un punto de referencia teórica y metodológica para otras investigaciones que se propongan trabajar temas como: redes interorganizacionales, funciones sociales del derecho, territorio, desplazamiento forzado, políticas públicas, vincular algunos de estos temas o incluso todos ellos. También debe leerse como una experiencia que se quiere compartir modestamente a otros investigadores, quienes ya decidirán su camino a tomar.

Teniendo presente todo lo anterior, se procede en este artículo de la siguiente manera: Para iniciar se exponen algunas pistas *teórico-metodológicas* a tener en cuenta en la construcción de sistemas categoriales, partiendo de qué se entiende en esta propuesta por sistema categorial. A renglón seguido se presenta el proceso de construcción del sistema categorial como camino y memoria de la investigación de la cual hace parte. Por último, se exponen algunas reflexiones finales a modo de conclusión.

1. Algunas pistas *teórico-metodológicas* sobre sistemas categoriales

Un gran reto al hablar y escribir sobre sistemas categoriales es intentar responder a preguntas del tipo ¿Qué se entiende por sistema categorial? ¿Para qué sirve? ¿Cómo se construye? No es tarea del presente artículo responder de forma definitiva a estas importantes y amplias preguntas, pero sí contribuir con algunos elementos conceptuales y experienciales para dilucidar posibles respuestas.

La cuestión sobre el qué entender por sistema categorial debería remitir inmediatamente a manuales, tesis, artículos, ponencias y demás aportes académicos que se refieran al tema. Infortunadamente, no se cuenta en la literatura académica en español con una amplia bibliografía que se centre específicamente en tratar el tema de los sistemas categoriales, menos aún sobre sus definiciones.

45 Esta investigación tuvo la afortunada experiencia de contar con un acompañamiento metodológico por parte de la profesora María Eumelia Galeano, quien fue asesora en el módulo de metodología de la cohorte de la Maestría en Derecho, en la cual se realizó la investigación en la que se produjo este artículo.

Esto exige un ejercicio de construcción de su significante, a partir de sus partes constitutivas (*sistema-categorías*) y de las pocas, pero valiosas definiciones con las que se dispone en la bibliografía existente.

En tal sentido, el sistema categorial está compuesto de un primer vocablo que hace las veces de sustantivo (*sistema*) y un segundo vocablo que funge como adjetivo (*categorial*). Sin embargo, ambas partes del sistema categorial podrían entenderse como sustantivos: *sistema* y *categorías*. Empezar por aquí, haciendo las pesquisas por cada una de las partes para llegar al concepto compuesto, puede facilitar el camino hacia una definición.

Este tipo de ejercicios gramaticales y pedagógicos en la academia permiten —a veces parece que también lo requieren— partir de lo básico para llegar a lo complejo. Entiéndase entonces inicialmente por *sistema* una de las definiciones generales que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), donde se define como: “Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”⁴⁶. Sin duda alguna esta definición se puede llevar a un plano de mayor significación teórica si se transporta al campo de las ciencias sociales, a través de la literatura de la teoría de sistemas con autores como Niklas Luhmann (1998) o del pensamiento complejo a través de autores como Édgar Morin (2005)⁴⁷, sin embargo, para los alcances de este *paper* basta con la ilustración idiomática básica.

Por su parte, puede entenderse inicialmente por *categoría* la tercera definición general suministrada por la RAE que la entiende como: “Uno de los diferentes elementos de clasificación que suelen emplearse en las ciencias”⁴⁸. Así como sucede con la definición de *sistema*, el contenido semántico de este vocablo puede orientarse a un lugar de mayor especificidad y riqueza *teórico-conceptual* si se remite a las ciencias sociales y específicamente a la literatura sobre investigación social cualitativa, en donde las categorías tienen el papel fundamental de ordenar, clasificar y agrupar la información sobre las realidades estudiadas, con el fin de describirlas, comprenderlas, explicarlas, teorizarlas, y en ocasiones, hasta transformarlas.

Tomando como punto de partida exclusivamente estos elementos básicos de significado, es posible construir una primera definición elemental del sistema categorial, entendiéndolo como: *un conjunto de elementos de clasificación relacio-*

46 Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=yHfxyKIWfDXX2kpDVRWA>. Revisado el 21 de noviembre de 2015.

47 Incluso las teorías de conjuntos de las matemáticas pueden contribuir a este propósito de construcción de los sistemas categoriales, aparentemente y engañosamente exclusivo de la investigación cualitativa.

48 Recuperado de <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=1FJHPNheUDXX2CDUNoXA>. Revisado el 21 de noviembre de 2015

nados entre sí, que se emplea en las ciencias para cumplir un determinado objetivo investigativo. Esta es una definición muy básica —e incluso podría ser acusada de funcionalista— que puede dejar por fuera de sus consideraciones explícitas otros elementos importantes. Sin embargo, puede resultar pertinente en términos de establecer esos puntos de partida hacia el entendimiento de lo que es un sistema categorial.

Una definición posiblemente más consistente es la que aportan en diferentes textos Olga Lucía Vélez, María Eumelia Galeano y María Nubia Aristizábal, quienes caracterizan el sistema categorial como “el conjunto de categorías con sus relaciones que guían la investigación y apoyan el análisis” (Vélez & Galeano, 2000, citados en Aristizábal & Galeano, 2008, p. 163). Esta definición se complementa de forma espléndida con los siguientes elementos:

Su proceso de elaboración refleja, de alguna manera, la historia académica de la investigación: las discusiones teóricas y metodológicas que en colectivo se han dado, los tránsitos de un concepto a otro, de una teoría a otra, la necesidad de diferenciar referentes conceptuales y contextuales de las categorías que centran la investigación, los aportes de autores y participantes que van dando lugar a la necesidad de incluir categorías emergentes, agrupar unas o desagregar otras, dotar de sentido las categorías inicialmente propuestas que mantienen su vigencia y argumentar la no inclusión de algunas que con el desarrollo de la investigación muestran su no pertinencia. Igualmente, [permite] orientar el diseño de los instrumentos de recolección y generación de información, mostrando la necesidad de introducir algunos instrumentos y contar con participantes inicialmente no previstos (Aristizábal & Galeano, 2008, p. 164).

Como se puede observar, esta definición no solo alude a los aspectos puramente técnicos y operativos del sistema categorial en el ejercicio de diseño y ejecución del ejercicio investigativo (como la construcción del referente conceptual, o la definición de técnicas, instrumentos y herramientas de recolección y generación de información), sino que también expresa y recoge otros aspectos más subjetivos de la investigación, como los debates grupales, las decisiones e indecisiones (aspectos puramente democráticos y participativos de la investigación social cualitativa⁴⁹), e implícitamente situaciones emocionales inherentes a todo proceso investigativo, como las angustias, los retrocesos o los “sin salidas”. Estas definiciones van apuntando no solo a lo que es el sistema categorial, sino también *para qué* el sistema categorial.

Posiblemente uno de los elementos más valiosos del sistema categorial sea su esencia relacional de las categorías. Esa lógica sistémica compleja permite que las

49 No necesariamente exclusivos de ella, ya que también se pueden dar en otros escenarios académicos.

categorías no sean solamente un listado de conceptos definidos *a priori* o *a posteriori* (es decir, que no ocupen un solo lugar en la investigación), sino que estas se muevan, emerjan unas, desaparezcan otras, se transformen otras cuantas; que se dinamicen las posiciones de los tópicos de la investigación en relaciones de subordinación, coordinación, dependencia, independencia, interdependencia, inclusión, contraposición, superposición, derivación, transversalización, agrupación; entre otras posibles.

En este sentido, las categorías adquieren dinámica en el sistema categorial. Esto es apenas lógico para el caso de la investigación en las ciencias sociales y disciplinas afines, si se tiene en cuenta que su objeto de estudio es el sujeto y sus relaciones en sociedad, el cual, en sí mismo, es un complejo sistema biológico y social, lo que le imprime características de variabilidad e interdependencia, a las cuales cualquier proceso investigativo debe ajustarse.

Esta relacionalidad permite encontrar distintos tipos de categorías en los sistemas categoriales: categorías y subcategorías (de acuerdo a su grado de inclusión); apriorísticas o emergentes (de acuerdo con si se consideran al comienzo de la investigación o surgen en el proceso o al final del mismo) (Cisterna Cabrera, 2005); centrales (principales categorías de la investigación), transversales (se articulan a todas las categorías), de primero, segundo y tercer orden (de acuerdo con escalas de especificidad) (Aristizábal & Galeano, 2008, p. 163)⁵⁰; teóricas y contextuales; entre otras tipologías posibles.

Finalmente, quizá el ejercicio más difícil, dada su particularidad en cada caso, es el *cómo* construir el sistema categorial. No hay un “paso a paso” para construir un sistema categorial. Cada investigador o grupo de investigación construye su sistema categorial dependiendo de las características y dimensiones de su objeto de estudio o problema de investigación, así como de las características mismas del investigador o de los integrantes del grupo de investigación, incluso dependiendo de las condiciones del entorno de la investigación o del tipo de proyecto investigativo⁵¹.

No obstante, esto no reduce la posibilidad de introducir algunas recomendaciones a la hora de hacer este ejercicio. Algunas de estas claves las proporcionan las profesoras Galeano, Vélez y Aristizábal al plantear la apertura, la flexibilidad y la emergencia como características que le imprimen dinamismo y capacidad de transformación al sistema categorial como brújula para la investigación. Adicionalmente está la posibilidad de la discusión multi, pluri, inter y/o trans disci-

50 Incluso pueden existir más niveles u órdenes de acuerdo a las características del objeto de estudio y de las delimitaciones y necesidades de la investigación

51 Esto no quiere decir que un sistema categorial no pueda ser empleado en distintos proyectos. Sí es posible. El punto es que quien emplee ese sistema categorial conozca sus sentidos y una vez puesta en marcha de nuevo el sistema categorial comenzará una dinámica que lo transformará al ritmo de la investigación, por consecuencia, no volverá a ser exactamente el mismo.

plinar en la construcción de los sistemas categoriales en la investigación social cualitativa, esto teniendo en cuenta la compleja dimensionalidad de sus sujetos de estudio (personas, organizaciones, instituciones; entre otros). Por otra parte, resulta conveniente que el grupo de investigación o el investigador siempre esté abierto al debate, a la discusión, a los replanteamientos de hipótesis y supuestos de investigación, a los tránsitos teóricos y metodológicos, solo de esa manera el sistema categorial de la investigación podrá ser más cercano a la realidad que busca comprender y representar. Finalmente, en términos operativos, el uso de tablas de coherencia interna entre los elementos de la investigación (preguntas, objetivos, instrumentos, conceptos y por supuesto las categorías) diagramas de flujos relacionales, matrices analíticas, entre otras herramientas gráficas y esquemáticas, podrán ayudar a explicitar y a cuestionar de forma permanente las relaciones entre las categorías de análisis del objeto de estudio, como se van manifestando en el transcurso investigativo.

Una muestra de todo lo anterior es la que se entrega a continuación en este artículo. La ruta expositiva del sistema categorial que aquí se comparte sigue una secuencia lógica (aunque también cronológica) de las fases tradicionales de la investigación: exploración, focalización, profundización y redacción del informe final de investigación. En cada una de estas fases se experimentaron cambios, definiciones, delimitaciones, incertidumbres, entre otras experiencias en el proceso investigativo, todo lo cual se ve reflejado en las diferentes tablas, matrices y diagramas en las cuales se recoge el sistema categorial de la investigación.

2. El proceso investigativo reflejado en la construcción del sistema categorial

La memoria del proceso investigativo, en la cual tiene un papel fundamental la construcción del sistema categorial y su aporte a la investigación, es posible dividirla con fines analíticos en cuatro fases: 1) una fase de *exploración* en la cual se comienza a definir el objeto de estudio; 2) una fase de *focalización y proyección* en la que se delimita el objeto de estudio y se culmina la formulación del proyecto de investigación; 3) una fase de *profundización* en donde se lleva a cabo el proceso de generación, recolección y sistematización de información teórica y empírica con relación al objeto de estudio; y 4) una fase de *redacción*, lugar en el que se sintetizan y analizan⁵² los

52 Esto no quiere decir que el análisis solo pueda estar presente en esta fase de la investigación. No lo fue para la investigación en la que se basa este artículo ni lo es para cualquier otra investigación. La construcción misma del sistema categorial en el transcurso de todas las fases de la investigación es una muestra del ejercicio de análisis concomitante que debe llevar a cabo el investigador (o grupo de investigación) de forma permanente, como un ejercicio, reflexivo, problematizador de la realidad estu-

hallazgos sobre el objeto de estudio y se da inicio al proceso de escritura del informe de investigación. No obstante la anterior división analítica, hay que reconocer que, si bien no hay necesariamente una simultaneidad de las fases del proceso investigativo, se trata de procesos que están íntimamente relacionados.

A continuación, se presentan con mayor detalle cada una de estas fases, intentando reconstruir la memoria metodológica de la investigación, recapitulando los dilemas, los retos, las (in)decisiones y los avances que se dieron en cada una de estas fases con relación al objeto de estudio, a los objetivos y particularmente a la construcción del sistema categorial que guio toda la investigación.

2.1 Exploración: un sistema categorial abierto a los cambios en el objeto de estudio

Esta fase tiene lugar durante los primeros ocho meses de la investigación (noviembre de 2012 a junio de 2013). Comienza con la formulación de la propuesta de investigación y cierra con la formulación del anteproyecto de investigación. En estos meses se generan cambios importantes con relación al objeto de estudio.

La propuesta inicial de investigación contaba desde sus comienzos con unos referentes conceptuales sobre redes de política pública, aunque aún muy generales y con autores intermedios o no propiamente teóricos de este enfoque, así como con unas pistas metodológicas que desde ya perfilaban una investigación de corte comprensivo y cualitativo, sin descartar el uso de datos cuantitativos, como también la necesidad de ir definiendo desde el comienzo el sistema categorial de la investigación. Esta propuesta contemplaba como su objeto de estudio hacer un “análisis de la configuración de redes de políticas públicas en el proceso de transición de la implementación de la política pública de desplazamiento forzado a la implementación de la Ley de Víctimas en Medellín: periodo 2011-2013”. Este objeto de estudio estaba delimitado a un periodo y escenario muy concreto, lo que era una ventaja, sin embargo, las discusiones con colegas, compañeros y profesores de la maestría, así como algunas conversaciones entre el investigador y su asesora, apuntaban a la necesidad de hacer una reconstrucción de la Política Pública para Población Afectada por el Desplazamiento Forzado en Medellín (PPDFM), para poder identificar posteriormente esa transición entre esta política y la Ley 1448 (2011) de Víctimas y Restitución de Tierras, por lo cual se fue perfilando la investigación solo hacia la reconstrucción de las redes de la PPDFM.

diada y hasta autocrítico. Sin embargo, el análisis que se deja explícito en esta última fase del proceso investigativo hace referencia a un momento importante en el cual la investigación se enfrenta a todos los datos cualitativos y/o cuantitativos que arroja la investigación, así que puede ser un momento de mayor labor analítica, como sucedió en la investigación en la cual se fundamenta este artículo.

Adicionalmente, en espacios de la maestría (como coloquios, asesorías, clases *teórico-prácticas*), comenzaba a aparecer la inquietud por el lugar del derecho en la investigación, ya que no estaba contemplado aún como una categoría de análisis, ni había una pregunta de investigación con relación a él. Para esos momentos (marzo de 2013) el derecho comenzó a tomar relevancia en la definición del objeto y de los objetivos de la investigación, hasta el punto de que en algunos momentos parecía desplazar el interés inicial por las redes de política pública, tal como lo indica el estado del objeto de estudio en ese entonces: “El derecho instrumentalizado como recurso estratégico por parte de las organizaciones involucradas en la política pública de atención integral a la población desplazada en Medellín, en función de sus intereses y necesidades, bajo una dinámica de red interorganizacional”. Tal como se observa, el derecho pasó a ser la categoría más visible en el objeto de estudio, sin embargo, la idea de indagar por las redes seguía teniendo importancia, ahora, definida de una manera más específica como red interorganizacional de política pública.

Para este mes ya se comenzaba a perfilar un anteproyecto de investigación y con él la construcción de los primeros objetivos y categorías de la investigación, así como unas primeras pistas metodológicas. A pesar de que aún no había mucha claridad con relación a la definición de los objetivos, las categorías y los componentes metodológicos de la investigación, ya se empezaban a perfilar elementos importantes que permanecerían hasta el final de la investigación. Por ejemplo, en cuanto a los objetivos, ya se empezaba a cuestionar el papel de las organizaciones en las redes, o a surgir preguntas por el derecho como un recurso que las organizaciones intercambian en la red; en relación con las categorías, comenzaba a tomar relevancia la red interorganizacional de política pública y las funciones sociales del derecho, así como la distinción entre organizaciones estatales y societales; finalmente, en el ámbito metodológico, mantiene su relevancia el enfoque comprensivo y la combinación entre investigación documental y entrevistas semiestructuradas, como se puede observar en la siguiente tabla⁵³.

En estos primeros meses de la fase exploratoria ya se comenzaba a construir un esbozo del sistema categorial, tal cual se lo había planteado la investigación desde su propuesta inicial. El siguiente diagrama es una representación gráfica que se realizó en estos primeros meses de la investigación y constituye la primera versión del sistema categorial, a partir de cómo se concebían entonces el objeto de estudio, los objetivos de investigación y las categorías (con sus respectivas relaciones). En este diagrama se aprecia claramente la ubicación transversal que se le da a las redes interorganizacionales, mientras las demás categorías se relacionan entre sí a través de una especie de engranaje, que le da cierta preponderancia a las funciones sociales del derecho, sobre las demás categorías analíticas.

53 Importancia de las tablas como herramienta metodológica para el control de la coherencia interna entre los principales elementos de la investigación.

Tabla 1 Primera versión de objeto, objetivos, categorías y elementos metodológicos

Objeto	Objetivos	Categorías	Elementos metodológicos
<p>El derecho instrumentalizado como recurso estratégico por parte de las organizaciones involucradas en la política pública de atención integral a la población desplazada en Medellín, en función de sus intereses y necesidades, bajo una dinámica de red interorganizacional.</p>	<p>Objetivo general Analizar cómo ha sido instrumentalizado el derecho como recurso <i>jurídico-político</i> estratégico empleado por las organizaciones que han interactuado en la política pública de atención integral a la población desplazada en Medellín en función de sus intereses y necesidades, bajo una dinámica de red interorganizacional.</p> <p>Objetivos específicos Caracterizar los recursos <i>jurídico-políticos</i> con los que han contado las organizaciones estatales y de la sociedad civil involucradas en la PPDFM. Describir las funciones que ha cumplido cada uno de esos recursos <i>jurídico-políticos</i> con los que han contado las organizaciones estatales y de la sociedad civil involucradas en la PPDFM. Detallar cómo han intercambiado esos recursos <i>jurídico-políticos</i> estas organizaciones en el marco de la red interorganizacional.</p>	<p>Transversal Redes interorganizacionales de políticas públicas</p> <p>De primer orden Organizaciones Recursos <i>jurídico-políticos</i> Funciones del derecho</p> <p>De segundo orden Organizaciones estatales Organizaciones de la sociedad civil Decretos Leyes Jurisprudencia Acuerdo municipales Funciones organizativas Funciones orientativas y persuasivas Funciones de control social Funciones de resolución de conflictos Funciones legitimadoras del poder Funciones distributivas Funciones promotoras</p>	<p>Enfoque, método y estrategia de investigación Enfoque comprensivo Hermenéutica Investigación documental con modalidad interactiva</p> <p>Técnicas Revisión documental Revisión de archivos Análisis de contenido Entrevistas semiestructuradas</p>

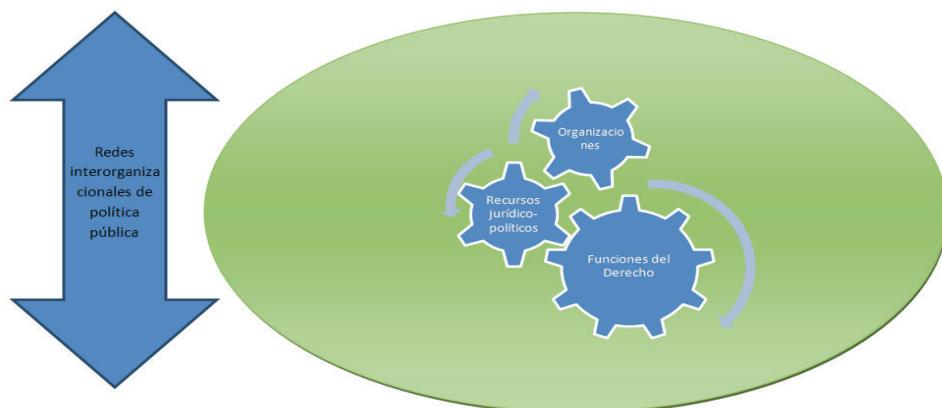


Diagrama 1. Primera versión de diagrama de flujos del sistema categorial

Como en toda fase exploratoria, esta correspondió a un proceso lleno de incertidumbres, dudas y conmociones, ya que la investigación apenas se estaba acercando a unos posibles referentes conceptuales, contextuales y metodológicos que ayudaran a definir su objeto de estudio. En ese sentido, el proceso exploratorio de la investigación privilegió inicialmente dar espacio a la apertura, a la flexibilidad y a los permanentes cambios, debido a la receptividad del investigador y a las recomendaciones de sus compañeros, profesores y expertos en temas como las redes de políticas públicas, la sociología jurídica y conocedores del caso concreto de la PPDFM.

En el mes de junio de 2013 se cierra esta fase con la concreción de un anteproyecto de investigación, que sería el insumo básico para el diseño del proyecto de investigación. Mientras los primeros meses de esta fase permitieron al investigador abrirse a distintas influencias del entorno y a las recomendaciones de sus pares académicos, los últimos meses fueron muy productivos en términos de una concreción mayor del objeto de estudio de la investigación, así como de unos objetivos y unas categorías mucho más delimitadas, que no cambiarían significativamente a futuro.

En la tabla siguiente es posible observar que, para este momento de cierre de la fase exploratoria, aunque el objeto de estudio y los objetivos de investigación seguían en construcción, ya era posible observar una mayor delimitación de estos elementos, así como de las categorías y de los recursos metodológicos. Por ejemplo, en el objeto de estudio vuelven a recuperar su lugar central las relaciones interorganizacionales, mientras el derecho, a través de sus funciones sociales, pasa a ser una categoría de primer orden, pero que se lee a través de las relaciones interorganizacionales. Los objetivos se precisan mucho más. De igual manera, las categorías y sus jerarquizaciones y relaciones van tomando forma. Finalmente, se dan reflexiones importantes en cuanto a los elementos metodológicos, ya que se

Tabla 2 Segunda versión de objeto, objetivos, categorías y elementos metodológicos

Objeto de estudio	Objetivos	Categorías	Elementos metodológicos
<p>La configuración de relaciones e interacciones continuas (redes) entre actores organizacionales, en el marco legal y político presente en la política pública de atención integral a la población desplazada del municipio de Medellín, observando las funciones sociales de legitimación, distribución, control social y emancipación que cumple el derecho en estos procesos relacionales.</p>	<p>General</p> <p>Analizar las relaciones e interacciones continuas que se han dado entre organizaciones estatales y societales en el marco legal y político de la política pública de atención integral a la población desplazada del municipio de Medellín, observando las funciones sociales de legitimación, distribución, control social y emancipación que cumple el derecho en la configuración de estos procesos relacionales e interactivos.</p> <p>Específicos</p> <p>Identificar el marco legal y político de la política pública de desplazamiento forzado del municipio de Medellín.</p> <p>Caracterizar las organizaciones estatales y societales que se han relacionado continuamente en la política pública de atención integral a la población desplazada en Medellín.</p> <p>Caracterizar las relaciones e interacciones entre organizaciones estatales y societales que han tenido desarrollo en el marco legal y político de la política pública de atención integral a la población desplazada.</p> <p>Describir las funciones sociales de legitimación, de distribución, de control social y de emancipación que ha cumplido el derecho en el marco de dichas relaciones e interacciones.</p>	<p>Centrales</p> <p>Redes de política pública</p> <p>Funciones sociales del derecho</p> <p>De primer orden</p> <p>Red interorganizacional</p> <p>Función legitimadora</p> <p>Función distributiva</p> <p>Función de control social</p> <p>Función de emancipación</p>	<p>Enfoque</p> <p>Comprensivo</p> <p>Metodología</p> <p>Análisis de redes sociales</p> <p>Técnicas</p> <p>Técnica interactiva</p> <p>Análisis de contenido</p>

genera una mayor claridad sobre la importancia de la metodología conocida como *análisis de redes sociales* para reconstruir las relaciones entre organizaciones, así como la importancia de la articulación de esta metodología de carácter formal con algunas técnicas cualitativas de investigación social, específicamente la técnica interactiva conversacional (entrevista) y el análisis de contenido (documental).

Con el cierre de esta fase y la concreción de un anteproyecto de investigación, se siguen dando los primeros pasos en la construcción del sistema categorial de la investigación, contando ya con un objeto de estudio más preciso, unos objetivos de investigación más definidos y unas categorías de análisis con jerarquías y relaciones más claras. La siguiente matriz es la expresión de esos avances en la construcción del sistema categorial, estableciendo relaciones entre categorías dependiendo de su nivel (descriptivo o analítico) y definiendo categorías de primer orden y de segundo orden o derivadas (aunque estas todavía susceptibles de sufrir algunos cambios y priorizaciones a futuro).

Finalmente, en esta etapa exploratoria de la investigación se presentaron dilemas y retos que son comunes a cualquier proceso investigativo en este tipo de instancias: incertidumbres, idas y venidas sobre un mismo punto, escribir, borrar y reescribir. Sin embargo, estas dificultades (o más bien particularidades de la investigación) fueron afrontadas oportunamente y se tomaron decisiones que fueron fundamentales para seguir adelante con el proceso investigativo.

2.2 Focalización y proyección: hacia un sistema categorial más ajustado teórica y metodológicamente

Esta fase se desarrolla entre los meses de julio de 2013 y marzo de 2014, comenzando el segundo semestre académico de la maestría en el cual se vuelve sobre el anteproyecto, con la meta de terminar el semestre con el proyecto completo y terminando esta fase en los primeros meses del tercer semestre, en los cuales se hicieron los últimos ajustes al diseño del proyecto⁵⁴, para comenzar así su ejecución por medio de un proceso más concentrado de generación y recolección de

54 Esta es una particularidad recurrente en los procesos de investigación donde los “tiempos formales o administrativos” y los “tiempos reales o investigativos” regularmente no coinciden. No obstante, como experiencia derivada de esta investigación y de otros acumulados, se valora en este artículo la importancia de establecer metas en la investigación y definir unos tiempos para alcanzar unos objetivos, para así no dilatar la investigación y ejercer de alguna manera presión sobre la toma de decisiones. Si bien puede parecer una apreciación conductista, vale como reflexión sobre el hecho de que nunca es posible acceder totalmente a la información sobre un fenómeno (racionalidad limitada o incompleta), y que finalmente el cierre de un proyecto de investigación no constituye el final de un proceso investigativos, para eso se constituyen, más que proyectos, líneas de investigación (que incluso también cambian con el tiempo).

Matriz 1 Primera versión de matriz del sistema categorial

Política pública de atención integral a la población desplazada del municipio de Medellín							
Nivel analítico (relación entre categorías)							
Nivel descriptivo	Funciones sociales del derecho						
Caracterización de los actores	Redes de política pública						
Función de emancipación	Función de control social						
Función distributiva	Función legitimadora						
Organizaciones societales	Relaciones e interacciones A nivel meso (interorganizacionales)	Intercambios de recursos jurídicos entre organizaciones	Roles que asume la organización en estas relaciones (tipo de sujeto de derecho)	Continuidad de estas relaciones	Intercambio de discursos organizacionales sobre el derecho	Intercambio de representaciones individuales sobre el derecho	Estrategias para relacionarse organizacionalmente
	Organizaciones estatales						

Elaboración propia

información empírica⁵⁵. En esta fase también se dan algunos cambios, sobre todo con relación a la precisión y descomposición de las categorías analíticas.

En el mes de agosto de 2013 se tienen algunos avances importantes en el diseño del proyecto de investigación. En la siguiente tabla se recoge el estado para ese mes del objeto de estudio y los objetivos, categorías y elementos metodológicos de la investigación.

Como se puede observar, el objeto de estudio se concreta aún más, aunque vuelven a tomar centralidad las funciones sociales del derecho, apareciendo de manera destacada en la formulación del objeto, pero siempre observando estas funciones en las relaciones entre organizaciones, no por fuera de ellas. Los objetivos ganan en coherencia con la definición más precisa del objeto de estudio, y se concretan aún más, particularmente el objetivo general que cada vez va tomando más forma, mientras los objetivos específicos se concretan en solo dos, cada uno de ellos de acuerdo con las categorías de primer orden. Las categorías analíticas son las que sufren más cambios (ahora clasificadas en una categoría central, dos de primer orden y ocho de segundo orden) pero cada vez van tomando más su forma final, a excepción de las categorías de segundo orden o derivadas de la categoría de relaciones e interacciones, ya que aún esta categoría estaba muy centrada en las relaciones basadas en el derecho y todavía no había podido ubicarse en sus dimensiones en términos del análisis de redes interorganizacionales (lo que afectaba directamente la definición del objetivo específico que le correspondía a esta categoría). Los elementos metodológicos proyectados siguen siendo los mismos, aunque se van detallando más, por ejemplo, ya se avanza en el conocimiento aplicativo de algunas herramientas del *análisis de redes sociales* (como los softwares), y se comienzan a diseñar, aunque de manera todavía incipiente, los instrumentos de generación (una guía de preguntas aún muy abierta e imprecisa) y recolección de información (modelos de fichas bibliográficas, de contenido y analíticas).

Por otra parte, los referentes conceptuales sobre redes interorganizacionales de política pública y sobre funciones sociales del derecho van nutriéndose (todavía desde las definiciones y los conceptos básicos). También se van perfilando posibles participantes y fuentes documentales.

Otro de los instrumentos que se empiezan a generar, aunque todavía de manera parcial, es la siguiente matriz del sistema categorial, la cual retoma la estructura relacional de categorías de la matriz anterior, pero se redefine particularmente en torno a las categorías de segundo orden de las relaciones e interacciones entre organizaciones. Esta matriz no solamente representa un avance en la construcción

55 Información que ya se venía recogiendo, lo cual muestra que las etapas se anteceden, a veces no son tan rígidas, pero se pueden separar de acuerdo a procesos de mayor intensificación en algunas actividades de la investigación.

Tabla 3 Tercera versión de objeto, objetivos, categorías y elementos metodológicos

Objeto de estudio	Objetivos	Categorías	Elementos metodológicos
<p>Las funciones sociales del derecho en la configuración de relaciones e interacciones (redes) entre actores organizacionales del Estado y de la sociedad civil en la política pública de desplazamiento forzado del municipio de Medellín.</p>	<p>General Analizar las funciones sociales que ha cumplido el derecho en las relaciones e interacciones entre organizaciones estatales y societales en la política pública sobre desplazamiento forzado del municipio de Medellín.</p> <p>Específicos Caracterizar las relaciones e interacciones entre organizaciones estatales y societales basadas en derecho, en intercambios de representaciones sobre el derecho, en intercambios de recursos jurídicos y en intercambios de información sobre el derecho, que han tenido lugar en la política pública sobre desplazamiento forzado del municipio de Medellín.</p> <p>Describir las funciones sociales de legitimación, de distribución, de control social y de emancipación que ha cumplido el derecho en esas relaciones e interacciones entre organizaciones estatales y societales en la política pública sobre desplazamiento forzado del municipio de Medellín.</p>	<p>Central Funciones sociales del derecho en las relaciones e interacciones entre organizaciones</p> <p>De primer orden Relaciones e interacciones entre organizaciones</p> <p>Funciones sociales del derecho</p> <p>De segundo orden Relaciones e interacciones basadas en derecho</p> <p>Intercambios de representaciones sobre el derecho</p> <p>Intercambios de recursos jurídicos</p> <p>Intercambios de información sobre el derecho</p> <p>Función de legitimación</p> <p>Función de distribución</p> <p>Función de control social</p> <p>Función de emancipación</p>	<p>Enfoque Comprensivo</p> <p>Metodología Análisis de redes sociales</p> <p>Técnicas Técnica interactiva Análisis de contenido</p>

del sistema categorial, sino que, simultáneamente, se convierte en un instrumento de la investigación para la clasificación y sistematización de información empírica generada a través de entrevistas y recolectada en fuentes documentales, a través de una asignación de códigos alfanuméricos distribuidos en números para una categoría y en letras para la otra, así como en una combinación de letras y números cuando se relacionan las categorías (particularmente para codificar las funciones sociales del derecho en las relaciones e interacciones entre organizaciones).

Este avance en el sistema categorial también se expresa en una segunda versión de diagrama de flujos, que permite ilustrar relaciones entre las categorías de una manera más dinámica que la matriz, claro que todavía muy en el plano de los supuestos (posibles relaciones entre categorías), ya que aún no hay información empírica que demuestre que las categorías efectivamente se relacionan de esa manera en el caso estudiado⁵⁶. Este segundo diagrama plantea una relación de interconexión, mediante una línea circunvalar, de todas las categorías analíticas: central, de primer orden y de segundo orden.

Matriz 2 Segunda versión de matriz del sistema categorial

1.A Funciones sociales del derecho en las relaciones interorganizacionales en la PPDFM		A. Funciones sociales del derecho			
		A.A Legitimación	A.B Distribución	A.C Control social	A.D Emancipación
1. Relaciones e interacciones entre organizaciones	1.1 Relaciones e interacciones basadas en derecho	1.1.A.A	1.1.A.B	1.1.A.C	1.1.A.D
	1.2 Intercambios de representaciones sobre el derecho	1.2.A.A	1.2.A.B	1.2.A.C	1.2.A.D
	1.3 Intercambios de recursos jurídicos	1.3.A.A	1.3.A.B	1.3.A.C	1.3.A.D
	1.4 Intercambios de información sobre el derecho	1.4.A.A	1.4.A.B	1.4.A.C	1.4.A.D

Elaboración propia

56 Esto solo se puede ilustrar en el quinto y último diagrama de flujos del sistema categorial cuando este ya tiene incorporados algunos hallazgos de la investigación.

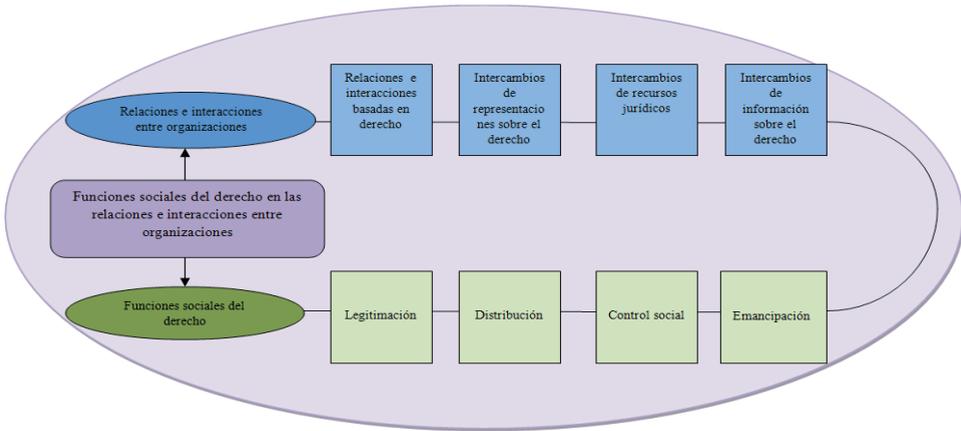


Diagrama 2. Segunda versión de diagrama de flujos del sistema categorial

Elaboración propia

En noviembre de 2013 se definen detalles finales con relación a la investigación, pues en este mes se socializa el diseño del proyecto de investigación. Allí se vuelven a manifestar cambios con relación a la investigación. Sin embargo, estas modificaciones son muy positivas porque permitieron definir finalmente las categorías de segundo orden de las relaciones entre organizaciones. También se vinculan las categorías al caso estudiado: la PPDFM. En ese sentido, se pasa de una generalidad en las categorías analíticas, a proyectar su dotación de sentido teórico y empírico acercándolas a ambos referentes (tanto teórico como a la realidad estudiada). La siguiente tabla muestra el estado del objeto de estudio, y de los objetivos, las categorías y los elementos metodológicos de la investigación.

En este momento intermedio de esta segunda fase, se cumple con los requisitos de focalización y proyección de la investigación, en cuanto quedan definidos en esta instancia el objeto de estudio y los objetivos de investigación. Estos serán de aquí en adelante el punto de partida para la ejecución del proyecto de investigación a través del proceso de generación y recolección de información empírica. Por su parte, las categorías quedan mucho más precisas (solamente pendientes de un último ajuste), y se resuelve finalmente la incertidumbre que durante un año se generó en la investigación debido a los cambios permanentes y a la dificultad para definir las categorías derivadas de las relaciones entre organizaciones. También en esta parte, de esta segunda fase, vuelve a recuperar centralidad (para nunca más perderla) la categoría analítica de las relaciones entre organizaciones, mientras las funciones sociales del derecho quedan definitivamente como una categoría de primer orden, pero siempre vista respecto a las relaciones entre organizaciones, nunca por fuera de ellas.

Tabla 4 Cuarta versión de objeto, objetivos, categorías y elementos metodológicos

Objeto de estudio	Objetivos	Categorías	Elementos metodológicos
<p>Las relaciones e interacciones entre organizaciones que se han dado en la PPDFM y algunas funciones sociales que el derecho cumple en esas relaciones.</p>	<p>General Analizar las relaciones e interacciones entre las organizaciones en la PPDFM y las funciones sociales que el derecho ha cumplido en estas relaciones.</p> <p>Específicos Caracterizar algunas de las relaciones entre organizaciones que han tenido lugar en la PPDFM. Describir algunas de las funciones sociales que ha cumplido el derecho en esas relaciones entre organizaciones en la PPDFM.</p>	<p>Central Relaciones entre organizaciones en la PPDFM y las funciones sociales que el derecho cumple en estas relaciones</p> <p>De primer orden Relaciones entre organizaciones en la PPDFM</p> <p>Funciones sociales del derecho en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM</p> <p>De segundo orden De acuerdo con el escenario participativo donde se dan las relaciones</p> <p>De acuerdo con la procedencia de las organizaciones</p> <p>De acuerdo con la inclusión y ubicación de las organizaciones</p> <p>De acuerdo con el tipo de relaciones establecidas</p> <p>Función de legitimación</p> <p>Función de distribución</p> <p>Función de control social</p> <p>Función de emancipación</p>	<p>Enfoque Comprensivo</p> <p>Metodología Análisis de redes sociales</p> <p>Técnicas Técnica interactiva Análisis de contenido</p>

En ese sentido, en este mes hay un avance significativo en la construcción del sistema categorial, sin embargo, aún hay un poco de rezago en los avances en los referentes conceptuales y en el diseño metodológico de la investigación.

La siguiente matriz incluye estos cambios en las categorías derivadas de las relaciones entre organizaciones, así como incluye a las categorías su vinculación con el caso concreto de estudio: la PPDFM. Hay que decir que para este momento este instrumento de codificación aún no se emplea, ya que no ha comenzado el proceso de generación y recolección de información empírica (y también teórica para una construcción más fundamentada de los referentes conceptuales).

Matriz 3 Tercera versión de matriz del sistema categorial

1.A Relaciones entre organizaciones en la PPDFM y las funciones sociales que el derecho cumple en ellas		A. Funciones sociales del derecho en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM			
		A.A Función de legitimación	A.B Función de distribución	A.C Función de control social	A.D Función de emancipación
1. Relaciones entre organizaciones en la PPDFM	1.1 De acuerdo al escenario participativo donde se dan las relaciones	1.1.A.A	1.1.A.B	1.1.A.C	1.1.A.D
	1.2 De acuerdo a la procedencia de las organizaciones	1.2.A.A	1.2.A.B	1.2.A.C	1.2.A.D
	1.3 De acuerdo con la inclusión y ubicación de las organizaciones	1.3.A.A	1.3.A.B	1.3.A.C	1.3.A.D
	1.4 De acuerdo con el tipo de relaciones establecidas	1.4.A.A	1.4.A.B	1.4.A.C	1.4.A.D

Elaboración propia

En el siguiente diagrama de flujos también aparecen incluidos estos cambios y precisiones en las categorías analíticas. Además, las categorías pasan a ilustrarse en el sistema categorial de manera más interconectada. En este diagrama de flujos aparecen dos elementos adicionales, que no constituyen categorías analíticas sino

elementos complementarios de la investigación: caracterización de las organizaciones y referentes normativos⁵⁷.

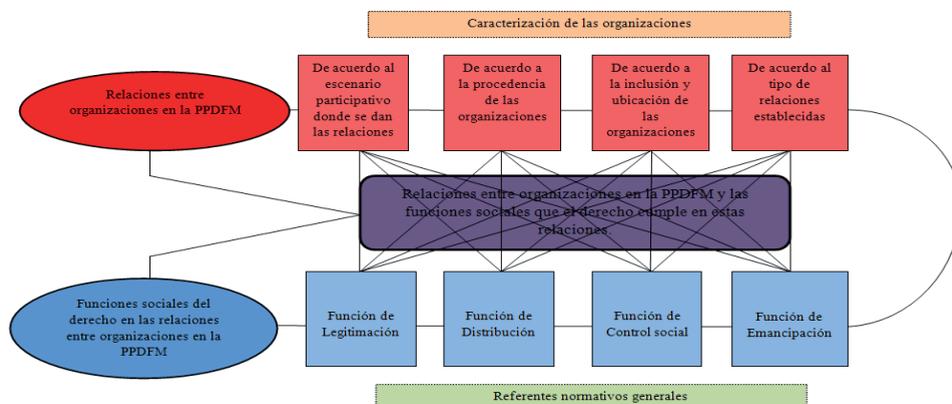


Diagrama 3. Tercera versión de diagrama de flujos del sistema categorial

Elaboración propia

Finalmente, esta fase de focalización y proyección termina en el mes de marzo de 2014. En este mes se realizaron, entre el investigador y su asesora, ajustes finales a la investigación, que por supuesto se vieron reflejados en el sistema categorial. Estos cambios no fueron drásticos, solamente reflejaron la entrada y la salida de algunas categorías. Aquí se tomó la decisión de ingresar una nueva categoría de análisis al sistema categorial: *el territorio*. Esta entra a formar parte del sistema categorial de la investigación como una categoría transversal, es decir, no constituye una categoría de primer orden, sino que representa un elemento por el cual se indaga en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM y en las funciones sociales del derecho en estas relaciones. En este sentido, se entiende el territorio como un factor que está presente en las dos categorías de análisis de primer orden y en sus categorías derivadas, por el cual adquiere sentido indagar en términos de la territorialidad de políticas públicas, y para el caso concreto de esta investigación, en el territorio como un elemento que permite comprender dimensiones de las relaciones interorganizacionales en la PPDFM y de las funciones que el derecho cumple en estas relaciones. La incorporación de esta categoría en el sistema categorial queda plasmada tanto en la matriz analítica como en el diagrama de flujos que se presentan a continuación⁵⁸.

57 Posteriormente se decide que estos elementos complementarios salgan de los diagramas y de las matrices, al no constituir categorías en sentido estricto.

58 En esta versión del sistema categorial también se incluyó una categoría de segundo orden adicional para las relaciones entre organizaciones: las percepciones de las organizaciones sobre sus relaciones.

Matriz 4 Cuarta versión de matriz del sistema categorial

C. Caracterización de las organizaciones		A. Funciones sociales del derecho en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM				T. Territorio
R. Referentes normativos generales		A.A Función de legitimación	A.B Función de distribución	A.C Función de control social	A.D Función de emancipación	
1. Relaciones entre organizaciones en la PPDFM	1.A Relaciones entre organizaciones en la PPDFM y las funciones sociales que el derecho cumple en ellas	1.1.1 De acuerdo con el escenario participativo donde se dan las relaciones	1.1.A.A	1.1.A.B	1.1.A.C	1.1.A.D
		1.2 De acuerdo con la procedencia de las organizaciones	1.2.A.A	1.2.A.B	1.2.A.C	1.2.A.D
	1.3 De acuerdo con la inclusión y ubicación de las organizaciones	1.3.A.A	1.3.A.B	1.3.A.C	1.3.A.D	
	1.4 De acuerdo con el tipo de relaciones establecidas	1.4.A.A	1.4.A.B	1.4.A.C	1.4.A.D	
	1.5 Percepciones de las organizaciones sobre las relaciones	1.5.A.A	1.5.A.B	1.5.A.C	1.5.A.D	

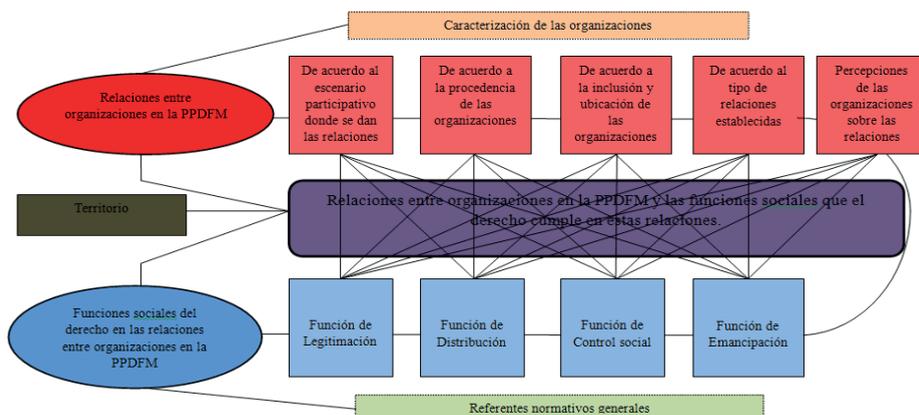


Diagrama 4. Cuarta versión de diagrama de flujos del sistema categorial

Elaboración propia

2.3 Profundización: el sistema categorial como guía para la generación, recolección y sistematización de información teórica y empírica

Esta fase de profundización se desarrolla entre abril y agosto de 2014, cuatro meses en los cuales se lleva a cabo todo el proceso exhaustivo de generación, recolección y sistematización de la información teórica y empírica de la investigación.

Una primera *sub-fase* compuesta por los primeros dos meses, entre abril y mayo de 2014, se dedicó a dos actividades fundamentales. Por una parte, al diseño y afinación de la guía de preguntas de la entrevista semiestructurada, que se realizaría con las organizaciones participantes, y a través de la cual se generaría la información empírica más importante de la investigación, en términos de los discursos de las organizaciones sobre sus relaciones con otras en la PPDFM y sobre las funciones sociales del derecho y el papel del territorio en estas relaciones. Estos dos meses también coincidieron con los primeros ejercicios de recolección de información teórica para la fundamentación conceptual de las categorías de análisis de la investigación, a través del registro y codificación de esta información mediante el fichaje.

No obstante, unas semanas después se decidió desistir de incluir esta categoría definitivamente, no tanto por cuestiones de delimitación, sino porque las percepciones están incluidas transversalmente en los relatos, narraciones, opiniones, apreciaciones y discursos de las organizaciones sobre los demás elementos de sus relaciones y sobre las funciones sociales que el derecho cumple en estas relaciones.

El proceso de diseño de la guía de preguntas de la entrevista requirió mucho trabajo y la realización de varios ajustes. La construcción de este importante instrumento tuvo los siguientes tránsitos: de una formulación inicial, proveniente de la etapa anterior de focalización y proyección, en la cual todavía la guía de preguntas era un listado incipiente y desarticulado; para pasar a estructurarse en un instrumento más detallado con preguntas específicas que guardaban estricta relación con los objetivos y las categorías de diverso orden de la investigación, pero que en la tabulación, terminó volviéndose una guía inmanejable, por lo extremadamente extensa (22 páginas); y finalmente, para el mes de mayo de 2014, después de una serie de revisiones y ajustes, este instrumento adquiere su forma final, en una guía de preguntas afinadas y estrictamente relacionadas con los objetivos y categorías de la investigación, así como más moderada en términos de extensión (8 páginas). El gran reto en la elaboración de esta guía de preguntas no solo estuvo en el orden de generar un instrumento conciso y menos tedioso para los participantes, sino, además, que pudiera ser lo suficientemente esquemático para generar los datos formales sobre las relaciones (para ser procesados mediante el *análisis de redes sociales*) y lo suficientemente flexible para poder generar información cualitativa con mayor profundidad descriptiva y argumentativa por parte de los participantes. Finalmente, esto se resolvió combinando preguntas cerradas y abiertas sobre las relaciones entre organizaciones, las funciones sociales del derecho y el territorio.

A la par que se llevaba a cabo este proceso de diseño del instrumento de generación de información, se comenzaba con el proceso de rastreo, recolección, registro y codificación de información documental, dos de estos meses dedicados estrictamente al fichaje de información teórica sobre redes de política pública, redes interorganizacionales, análisis de redes sociales, sociología jurídica, funciones sociales del derecho y territorio⁵⁹. La información teórica sobre estas categorías determina de manera importante el rumbo a seguir en la investigación, en cuanto detona los últimos cambios de toda la investigación con relación al sistema categorial. Esta última modificación tiene que ver de manera simultánea con una ampliación y una delimitación en las dos categorías analíticas de primer orden del sistema categorial, como consecuencia de un mayor acercamiento con los referentes teóricos de la investigación.

59 En este proceso de recolección de información teórica se llevó a cabo el fichaje de aproximadamente 70 materiales documentales entre libros, capítulos de libros, artículos de revistas científicas, ponencias y tesis, arrojando un balance final de aproximadamente 40 documentos fichados sobre redes de política pública y análisis de redes sociales, 20 documentos sobre sociología jurídica y funciones sociales del derecho y 10 documentos sobre territorio, de los cuales se derivaron los insumos para la conceptualización de las categorías analíticas y la elaboración del capítulo de referentes conceptuales de esta investigación.

En primer lugar, con la entrada de una categoría de segundo orden de las relaciones entre organizaciones, que se pregunta por los tipos e intercambios de recursos entre las organizaciones en las estructuras relacionales de la PPDFM, y que se entendió como una categoría absolutamente necesaria, ya que en la última versión del sistema categorial había desaparecido la pregunta por los recursos que intercambian las organizaciones, siendo este elemento uno de los factores explicativos más importantes del análisis de redes sociales y del enfoque de redes de política pública.

En segundo lugar, el contacto más de fondo con el referente conceptual en estos dos primeros meses de recolección y sistematización de información teórica, también llevó al investigador a dimensionar la magnitud de las cuatro funciones sociales del derecho que pretendía analizar hasta ese momento. Por lo cual, se opta por redefinir esta categoría de primer orden y delimitarla a solo dos categorías derivadas o de segundo orden, en las cuales teóricamente se encuentra un diálogo permanente, que ya era parte de las inquietudes de la investigación, pero que en ese momento se priorizan definitivamente como el foco de análisis sobre las funciones sociales del derecho, en términos de la tensión entre sus funciones de regulación y sus funciones de emancipación⁶⁰.

Estos cambios en el sistema categorial generan necesariamente unas modificaciones en los demás elementos estructurales de la investigación, pero no para sustituirlos, sino y de manera provechosa, para delimitarlos. La tabla y la matriz que se presentan a continuación ilustran el estado final del objeto de estudio de esta investigación, así como de sus objetivos, categorías y elementos metodológicos, reflejando una mayor especificidad en cada uno de estos componentes y una mayor concreción del sistema categorial.

Una vez realizados estos ajustes finales en el sistema categorial, comienza la segunda *sub-fase* de este proceso de profundización en el objeto de estudio, a través de la generación y recolección de información estrictamente empírica. Esta segunda *sub-fase* se realizó en tres meses (junio-agosto de 2014) en los que se llevaron a cabo nueve entrevistas a profundidad con ocho organizaciones que constituyeron la muestra representativa y significativa⁶¹, más en términos cualitativos que cuantitativos, de esta investigación; así como se ficharon fuentes documentales primarias de la PPDFM, entre actas, transcripciones de talleres y otros documentos no publicados (aproximadamente 50 materiales documentales).

60 En este sentido, también se dimensionó la amplitud de la categoría de control social, delimitándola específicamente a la regulación social.

61 Estas organizaciones no solamente fueron fundamentales y protagonistas del proceso de la PPDFM, sino que también fue favorable para esta investigación realizar las entrevistas con personas que participaron directa y activamente en todo este proceso.

Tabla 5 Quinta y última versión de objeto, objetivos, categorías y elementos metodológicos

Objeto de estudio	Objetivos	Categorías	Elementos metodológicos
<p>Las relaciones interorganizacionales en la PPDFM, y las funciones sociales del derecho y el lugar del territorio en esas relaciones.</p>	<p>General Analizar las relaciones interorganizacionales en la PPDFM, así como las funciones sociales del derecho y el lugar del territorio en esas relaciones.</p> <p>Específicos Describir las relaciones entre organizaciones que se dieron en la PPDFM, en términos de los escenarios de las relaciones, los atributos de las organizaciones, las posiciones y los roles de las organizaciones, los tipos de relaciones e intercambios de recursos llevados a cabo.</p> <p>Describir las funciones sociales de regulación y emancipación que el derecho tuvo en esas relaciones entre organizaciones en la PPDFM.</p> <p>Identificar algunos lugares del territorio en esas relaciones interorganizacionales y en las funciones sociales que el derecho cumplió en dichas relaciones.</p>	<p>Transversal Territorio</p> <p>De primer orden Relaciones entre organizaciones en la PPDFM</p> <p>Funciones sociales del derecho en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM</p> <p>De segundo orden Escenarios de las relaciones</p> <p>Atributos de las organizaciones en las relaciones</p> <p>Posiciones y roles de las organizaciones en las relaciones</p> <p>Tipos de relaciones entre organizaciones</p> <p>Tipos e intercambios de recursos entre organizaciones</p> <p>Función de regulación social</p> <p>Función de emancipación social</p>	<p>Enfoque Comprensivo</p> <p>Herramienta metodológica cuantitativa Análisis de redes sociales</p> <p>Técnicas cualitativas de investigación Técnica interactiva Análisis de contenido</p>

Matriz 5 Quinta y última versión de matriz del sistema categorial

Categorías de primer orden	A. Funciones sociales del derecho			Categoría Transversal
1. Relaciones entre organizaciones en la PPDFM	Categorías de segundo orden o derivadas	A.C Regulación	A.D Emancipación	T: Territorio
	1.1 De acuerdo con el escenario	1.1.A.C	1.1.A.D	
	1.2 De acuerdo con los atributos de las organizaciones	1.2.A.C	1.2.A.D	
	1.3 De acuerdo con la posición y los roles de las organizaciones	1.3.A.C	1.3.A.D	
	1.4 De acuerdo con el tipo de relaciones establecidas entre las organizaciones	1.4.A.C	1.4.A.D	
	1.5 De acuerdo con los tipos e intercambios de recursos	1.5.A.C	1.5.A.D	

Elaboración propia

2.4 Redacción, síntesis de hallazgos, análisis y escritura del informe final de investigación: aquí también da luces el sistema categorial

La última fase de la investigación se desarrolla entre los meses de septiembre-diciembre del 2014, además de algunos ajustes realizados en los meses de febrero y abril de 2015 a partir de algunas consideraciones retomadas de los conceptos emitidos por los jurados del trabajo de grado. Esta fase corresponde al proceso de síntesis de la información teórica y empírica en los capítulos de referentes conceptuales y de descripción y análisis de hallazgos que componen el informe final de investigación. Adicionalmente, se escribe la memoria metodológica y las conclusiones del proceso investigativo, entre otros componentes formales que hacen parte del informe (introducción, tablas de contenido e índices, anexos, referencias bibliográficas y demás).

Los retos, dilemas y dificultades de esta fase final de la investigación no son más que los mismos que se presentan recurrentemente en otros procesos investigativos: la necesidad de concretar en un informe miles de páginas de información teórica y empírica; la premura del tiempo que en ocasiones no facilita el trabajo (y sigue constatando que este es uno de los recursos más valiosos para cualquier investigación); la definición de un estilo de escritura respetuoso con la voz de los participantes y de las fuentes documentales, sin caer en la citación permanente que no le deja lugar a lo que tiene que decir el investigador; entre otras situaciones dilemáticas.

Incluso, en esta fase el sistema categorial constituye una guía para la escritura del informe final, teniendo en cuenta la estructura del proceso investigativo reflejadas en las categorías analíticas y sus relaciones. En ese sentido, el sistema categorial proporciona también una ruta para la escritura, partiendo de la conceptualización de las categorías, siguiendo por la presentación descriptiva, interpretativa y analítica de los hallazgos, e incluso, sugiriendo la recopilación misma del proceso investigativo a través de una memoria de este. En la investigación de la cual parte este artículo, la memoria investigativa incluyó la reconstrucción de todo el proceso de construcción permanente del sistema categorial, escrito que es base para la elaboración de este artículo.

Finalmente, y a modo de conclusión de esta fase final, se presenta la expresión última del sistema categorial de la investigación. El siguiente diagrama expresa el estado final de las categorías y sus relaciones, ya no como un supuesto, sino como resultado de los hallazgos a nivel empírico, articulados a los referentes conceptuales a través del análisis. Como se puede apreciar, la categoría de relaciones entre organizaciones termina siendo central en la investigación, conformada a su vez por cinco categorías derivadas altamente vinculadas entre sí. Por su parte, la categoría de las funciones sociales del derecho termina articulándose efectivamente a las relaciones entre organizaciones, a través de las dos funciones sociales concretas por las cuales se indagó en esta investigación (regulación y emancipación) y que se conectan de forma más visible con la posición y los roles, los tipos de relaciones e intercambios de recursos que se dieron en las relaciones entre organizaciones en la PPDFM⁶². Finalmente, el territorio muestra su carácter transversal a las relaciones entre organizaciones y a las funciones sociales del derecho en esas relaciones, sin embargo, producto de que no fue una categoría de primer orden en la investigación, sino más bien una categoría emergente y entendida en esta investigación como transversal a las dos categorías primarias, su articulación al resto del sistema categorial no fue tan visible⁶³.

62 Aunque, como se verá en el capítulo de hallazgos sobre las funciones sociales del derecho, la regulación termina teniendo más peso que la emancipación en la función que cumple el derecho en las relaciones interorganizacionales de la PPDFM.

63 Aunque los hallazgos van a mostrar que el territorio permitió identificar y analizar elementos importantes, como los atributos de las organizaciones, el establecimiento de relaciones derivadas de

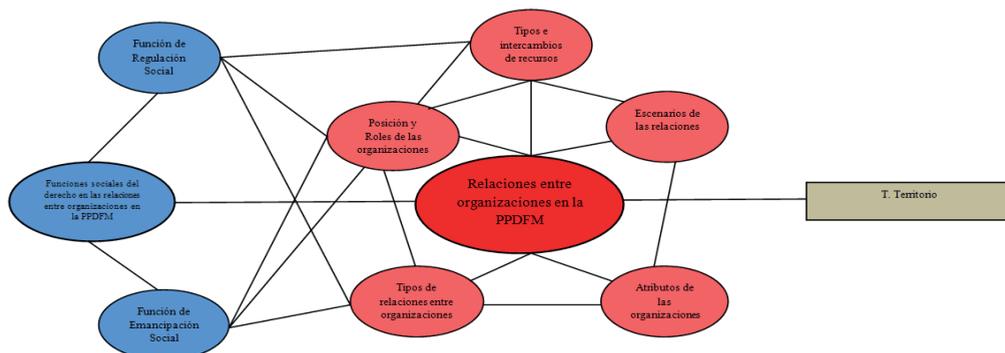


Diagrama 5. Quinta y última versión de diagrama de flujos del sistema categorial

Elaboración propia

Algunas consideraciones finales a modo de conclusión

Este artículo se trazó como objetivo contribuir a la reflexión sobre la construcción de sistemas categoriales que orienten el desarrollo coherente y consistente, pero a la vez flexible, abierto y emergente, de investigaciones en torno a fenómenos políticos, sociales y jurídicos.

Una de las principales conclusiones debe ser la importancia misma del sistema categorial para las investigaciones. En este artículo se pretendió evidenciar, a partir de una experiencia investigativa, la importancia metodológica no solo en términos operativos, sino también en términos de la construcción colectiva y la discusión que permanentemente se debe dar en torno al sistema categorial, ya sea por parte del equipo de trabajo o del investigador individual⁶⁴.

Adicionalmente, se considera importante insistir en los tres criterios que mencionan Galeano y Aristizábal: *apertura, flexibilidad y emergencia*, en el proceso investigativo y en la construcción de su sistema categorial. Estos criterios no necesariamente tienen que ir en contravía con otros criterios investigativos, como la delimitación del objeto o la precisión de las categorías analíticas. Es importante

otras estructuras relacionales ajenas a la PPDFM, la definición de roles de las organizaciones (sobre todo del Estado) y la territorialización de normas y políticas del nivel nacional en el nivel local. Estos hallazgos, como se verá más adelante, fueron más que todo parciales y confirman la importancia de leer la dinámica territorial en las redes de política pública, lo que queda pendiente como un elemento a seguir investigando.

64 Quien no necesariamente debe estar sólo en este ejercicio, ya que se puede valer de la asesoría o de conversaciones sobre su sistema categorial con otros colegas, expertos, profesores o compañeros tesisistas (para el caso de trabajos de grado).

que el investigador —o el equipo de investigación— comprenda el carácter dinámico de los fenómenos, problemas, temas y sujetos sociales, políticos y jurídicos que se estudian desde las ciencias sociales y las humanidades, e intente conciliar esta ineludible realidad con otros parámetros científicos como la elaboración de hipótesis iniciales, la definición de categorías preliminares, e incluso con factores no académicos que condicionan el ejercicio investigativo, como los tiempos administrativos de los proyectos.

Finalmente, mencionar de nuevo la importancia de recuperar la memoria de los procesos investigativos, como práctica necesaria para la reflexión académica sobre el cómo se hace investigación en las ciencias sociales y disciplinas afines. Pero, además, una invitación a compilar y publicar esos procesos metodológicos para compartirlos y difundir esas formas de generación de conocimiento. Esto con un valor agregado, mediante la posibilidad de convertir artículos y ponencias sobre estos temas que sirvan como herramientas pedagógicas para emplear en cursos de metodología de programas de pregrado y posgrado, seminarios metodológicos, entre otros, con el fin de orientar la realización de monografías, tesis, investigaciones y demás ejercicios investigativos.

Referencias

- Aristizábal Salazar, M.N. & Galeano Marín, M.E. (2008). Cómo se construye un sistema categorial. La experiencia de la investigación: caracterización y significado de las prácticas académicas en la Universidad de Antioquia, sede central 2007-2008. *Estudios de derecho*, Vol. 065 (145), junio, pp. 161-187.
- Cisterna Cabrera, F. (2005). Categorización y triangulación como procesos de validación del conocimiento en investigación cualitativa. *Theoria*, Vol. 14 (001), Chillán-Chile, pp. 61-71.
- Galeano Marín, M.E. (2004). *Estrategias de investigación social cualitativa, el giro en la mirada*. Medellín: La Carreta Editores.
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad*. Madrid: Trotta.
- Morin, E. (2005). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- Murcia, J. A. (2015) *Otra investigación. Redescubriendo fragmentos sobre relaciones interorganizacionales, funciones sociales del derecho y el lugar del territorio en la política pública para población afectada por el desplazamiento forzado en Medellín*. (Tesis inédita para optar al título de magíster en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas). Universidad de Antioquia, Medellín.
- Vélez, O. L. & Galeano, M. E. (2000). *Investigación cualitativa: estado del arte*. Medellín: Digital Express.



La complejidad de las políticas públicas urbanas en América Latina. El caso de Medellín*

Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Mario Alberto Montoya Brand, Diana Paola Rojas Bermeo**

Resumen

El artículo explora las razones por las cuales las políticas públicas urbanas en América Latina poseen un alto grado de complejidad, así también se ocupa de los retos que esta genera para los gobiernos locales. Se examina de manera ilustrativa el caso de la ciudad de Medellín (Colombia), al tomar como punto de referencia las políticas de regeneración urbana correspondientes al período 2004-2015. La complejidad de las políticas de urbanas se expresa en aspectos como los siguientes: en las políticas urbanas es necesario dar cabida a intereses diversos y en ocasiones contrapuestos, las ciudades latinoamericanas se ven enfrentadas a garantizar, simultáneamente con sus políticas, tanto el desarrollo humano como la competitividad exigida por el mundo globalizado. Finalmente, cada vez es más claro que los *policy makers* deben tener en cuenta las consecuencias de los procesos de transformación urbana que se generan a partir de las políticas públicas. El trabajo avanza en evidenciar las principales tensiones que imprime la complejidad a las políticas públicas concernientes con la transformación urbana en América Latina.

Palabras clave: políticas públicas urbanas; políticas de regeneración urbana; América Latina; complejidad; Medellín.

The complexity of urban public policies in Latin America. Medellín's case

Abstract

The article explores the reasons why urban public policies in Latin America have a very high degree of complexity. It also addresses the challenges that this generates for local governments. It examines in an illustrative way the case of Medellín (Colombia) by taking as a point of reference urban regeneration policies applied during 2004-2015. The complexity of urban policies can be exposed in aspects such as follows: In urban policies it is necessary to give room for diverse and sometimes conflicting interests; Latin American cities are faced with the challenge of ensuring, simultaneously with its policies, not only the human development but also the competitiveness required by the globalized world of today. Finally, it is increasingly clear that *policy makers* must take into account the consequences of the urban transformation processes that result from public policies. This work continues by evidencing the main tensions that complexity imposes on public policies concerning urban transformation in Latin America.

Key words: urban public policy; urban regeneration policies; Latin America, complexity; Medellín.

A complexidade das políticas públicas urbanas na América Latina. O caso de Medellín

Resumo

Este artigo explora as razões pelas quais as políticas públicas urbanas na América Latina possuem um alto grau de complexidade, igualmente trata dos desafios que ela gera para os governos locais. Examina-se de forma ilustrativa o caso da cidade de Medellín (Colômbia), ao tomar como ponto de referência as políticas de renovação urbana correspondentes ao período 2004-2015. A complexidade das políticas urbanas é expressa em aspectos tais como: nas políticas urbanas é preciso acomodar interesses diversos e em ocasiões contrários, as cidades latino-americanas veem-se forçadas a garantir, simultaneamente com as suas políticas, tanto o desenvolvimento humano quanto a competitividade exigida pelo mundo globalizado. Finalmente, cada vez é mais claro que os *policy makers* precisam levar em consideração as consequências dos processos de transformação urbana que se geram a partir das políticas públicas. O trabalho avança ao tornar evidentes as principais tensões que a complexidade imprime às políticas públicas relacionadas com a transformação urbana na América Latina.

Palavras-chave: políticas públicas urbanas; políticas de renovação urbana; América Latina; complexidade; Medellín.

*Artículo de investigación. Es producto del proyecto *Análisis de las políticas públicas de regeneración urbana en el municipio de Medellín: las prácticas de gobernanza y formas de participación, 2004-2015*. La investigación terminó el 7 de diciembre de 2015; fue financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación de Colombia (Colciencias), Programa nacional de ciencias sociales y humanas, Convocatoria 611-2013, código del proyecto 1115-611-38306, cofinanciada y adelantada por las Universidades de Antioquia y EAFIT y por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP); Ana Victoria Vásquez Cárdenas, del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos, fue investigadora principal, Mario Montoya Brand, del grupo de investigación Derecho y Poder, fue coinvestigador y Diana Paola Rojas Bermeo participó como estudiante en formación.

** Ana Victoria Vásquez Cárdenas es doctora en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, e integrante del grupo de investigación Gobierno y Asuntos Públicos de la misma Universidad, correo electrónico: ana.vasquez@udea.edu.co. ORCID: 0000-0001-6469-7001

Mario Montoya Brand es doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, Colombia, integrante del grupo de investigación Derecho y Poder de la misma universidad, correo electrónico: mbrand@eafit.edu.co. ORCID: 0000-0002-8124-196X

Diana Paola Rojas Bermeo es magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Eafit, profesora ocasional del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, Colombia. Integrante de los grupos de investigación Hegemonía, Guerras y Conflictos del Instituto de Estudios Políticos y Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: dianap.rojas@udea.edu.co. ORCID: 0000-0002-1423-5471

La complejidad de las políticas públicas urbanas en América Latina. El caso de Medellín

Introducción

El artículo examina las razones por las cuales las políticas públicas urbanas en América Latina poseen un alto grado de complejidad, así también se ocupa de los retos que esta genera para los gobiernos locales. La complejidad de estas políticas se expresa en aspectos como los siguientes: en las políticas urbanas es necesario dar cabida a intereses diversos y en ocasiones contrapuestos, las ciudades latinoamericanas se ven enfrentadas a garantizar, simultáneamente con sus políticas, tanto el desarrollo humano como la competitividad exigida por el mundo globalizado. Cada vez es más claro que los *policy makers* deben tener en cuenta las consecuencias de los procesos de transformación urbana que se generan a partir de las políticas públicas.

¿Cómo enfrentar los retos que representan estas formas de complejidad? ¿Cómo lograr que las políticas públicas posibiliten el desarrollo humano en el espacio urbano? ¿Cómo hacer conciliar los intereses sociales con los intereses económicos?

De manera ilustrativa, el artículo examina el caso de la ciudad de Medellín (Colombia), tomando como punto de referencia las políticas de regeneración urbana correspondientes al período 2004-2015.

La investigación que enmarca el presente artículo tiene como objetivo analizar las políticas de regeneración urbana en el municipio de Medellín: las prácticas de gobernanza y formas de participación en el período 2004-2015, a través del análisis de políticas públicas y el enfoque de la gobernanza urbana, para contribuir al avance de la gestión pública local en materia de participación y generación de buenas prácticas.

A partir de una metodología de investigación basada en el estudio de caso se busca generar algunas hipótesis que luego puedan ser objeto de análisis con alcances mucho más generales. Por ahora, el estudio de caso resulta útil para comprender el fenómeno en contexto. Este tipo de metodología produce una forma de

conocimiento dependiente del contexto que, aunque renuncia a la producción de conclusiones de carácter general, posibilita puntos de partida valiosos para ofrecer explicaciones más generalizables a determinado fenómeno (Flyvbjerg, 2004).

La ruta metodológica que enmarca lo presentado en este artículo está dada por una revisión documental acerca del tema de la complejidad en el contexto latinoamericano en materia de política urbana, especialmente en las políticas de regeneración urbana puestas en marcha por administraciones locales. Sumado a ello, las aproximaciones que se presentan para el caso estudiado hacen parte de resultados parciales de investigación a partir de la codificación de entrevistas realizadas a distintos actores de la transformación física vivida en Medellín y el análisis de documentación referida a distintos proyectos y procesos de planificación que han tenido lugar en las últimas tres administraciones.

El artículo empieza por referir al concepto de complejidad para luego hacer la relación entre complejidad, gobernanza y políticas urbanas. Con posterioridad, examina la complejidad de las políticas urbanas en América Latina, enfatizando varias expresiones de la complejidad: los problemas a enfrentar, los fines y consecuencias de las políticas, y la participación en ellas. Finalmente, presenta las conclusiones.

1. El concepto de complejidad y las políticas urbanas

La complejidad puede asumirse como una representación de los objetos de conocimiento que los asume en su totalidad, con componentes interdependientes que están en continua interacción.

Por oposición a la reducción, la complejidad requiere que se traten de comprender las relaciones entre el todo y las partes. El conocimiento de las partes no basta, el conocimiento de todo como todo tampoco basta, si se ignoran sus partes; debemos, pues, realizar un ir y venir en bucle para reunir el conocimiento del todo y el de las partes. Así, el principio de reducción es sustituido por un principio que concibe la relación de implicación mutua *todo-partes* (Morin, 2005, p. 30).

La complejidad se expresa en características como la pluralidad de dimensiones, la incertidumbre, la imprevisibilidad, el conflicto, la ambivalencia, espacios y tiempos múltiples (Cuervo, 2010). Las teorías de la complejidad usan el concepto de sistema complejo para aludir a aquellos fenómenos de la realidad que requieren ser estudiados como conjuntos totales, *auto-organizados*, no sometidos a determinismos o racionalidades lineales.

Desde las perspectivas de las teorías de la complejidad la ciudad puede ser asumida como un sistema complejo, construido colectivamente, multidimensional,

e integrado por elementos en constante interacción: “El espacio social en general y la ciudad como su forma dominante, pueden entenderse como una organización particular de interacciones complejas reguladas a través de la posición, la forma, y las estructuras de centralidad de los elementos” (Cuervo, 2010, p. 12).

Con base en lo dicho, es comprensible que las políticas urbanas constituyan una de las áreas de políticas públicas en las que se ha hecho más evidente la necesidad de tratar con problemas complejos. El enfoque de la gobernanza urbana tiene proximidades con las teorías de la complejidad en tanto reconoce lo anterior y, de manera correspondiente, enfatiza en distintos componentes en interacción: la pluralidad de actores involucrados en las políticas urbanas, la existencia de varios niveles de gobierno comprometidos en la suerte de las ciudades, el involucramiento del sector público y del privado en los problemas que las aquejan y en sus posibles soluciones, y también, distintas escalas de intervención sobre el territorio (Blanco & Gomà, 2006; Denters & Rose, 2005; John, 2001; Subirats, 2002).

Si bien versiones iniciales del enfoque de la gobernanza enfatizaron en una visión positiva de las redes de gobernanza, resaltando características tales como la interdependencia entre actores, la horizontalidad, la cooperación, entre otras, hoy es claro que la pluralidad de actores no está vinculada a estas características necesariamente sino que, por el contrario, lo que se suele encontrar son relaciones de conflicto, predominio de unos actores sobre otros, desigualdad en la distribución de recursos, cooperación egoísta, etc. Incluso, la gobernanza puede asumir un carácter perverso cuando los objetivos que mueven a los actores van en contravía del interés colectivo y rayan con la delincuencia o hacen parte de ella. Todo lo mencionado implica reconocer con mayor fuerza la complejidad del fenómeno de la gobernanza.

Hasta acá hemos enfatizado en la ciudad como fenómeno complejo, en la complejidad de las políticas urbanas y en el reconocimiento que de la complejidad hace el enfoque de la gobernanza, todo lo cual implica una necesaria relación entre el enfoque de la gobernanza y las teorías de la complejidad.

2. La complejidad en las políticas públicas urbanas

Como se desprende de las reflexiones anteriores, la complejidad de las políticas públicas urbanas se expresa en la pluralidad y multidimensionalidad de elementos que las conforman. En el caso particular de las políticas de regeneración urbana⁶⁵,

65 En la investigación que enmarca este artículo, las políticas de regeneración se asumen como las relativas a diversas formas de intervención pública sobre el territorio urbano de la ciudad, que buscan mejorar aspectos físicos tratando problemas de varios tipos, relacionados con el espacio público, equipamientos urbanos, movilidad, mejoramiento de barrios, entre otros, en las que usualmente se agrega un sentido

queremos destacar la complejidad que tiene lugar en los problemas urbanos que deben enfrentar, los fines que se buscan con las políticas, las consecuencias de su implementación, así como los modos de participación que comportan.

Las políticas públicas en América Latina correspondientes al dominio de la política urbana están determinadas por las condiciones contextuales y los distintos intereses de los actores. La incidencia de variables de contexto y el elemento político en los procesos de política pública, hacen que la complejidad sea un elemento para tener en cuenta, tanto para quien estudia las políticas (*policy scholar*) como para quien se ocupa de su formulación (*policy maker*). Como ya se advirtió, este artículo tiene como uno de sus propósitos la puesta en contexto de esos procesos de complejidad, para ello, busca evidenciar algunas tendencias para el caso de Medellín al resaltar que lo que aquí se presenta es un proceso exploratorio que se enmarca en un proyecto de investigación en curso, cuyos resultados son parciales. Por ello, a continuación, se presentan algunos rasgos generales de la complejidad en la ciudad en los últimos años.

2.1 La complejidad en los problemas a enfrentar por las políticas públicas de regeneración urbana en América Latina

En relación con las políticas urbanas en América Latina, lo primero que hay que tomar en cuenta tiene que ver con la complejidad de los problemas que aquellas tienen o tendrían que atender: violencia, pobreza, desigualdad, consecuencias de la migración hacia las ciudades, entre otros; y en el caso específico de las políticas de regeneración urbana: fragmentación social y espacial, informalidad urbana, déficit de vivienda, espacio público insuficiente, etc.

En contraste con otras regiones del mundo, estos problemas cobran mayor magnitud si se tiene en cuenta que América Latina es la región más urbanizada del planeta, con cerca del 80% de la población viviendo en las ciudades (ONU Habitat, 2012). Si bien estos problemas están ligados a las consecuencias de las reformas económicas aplicadas en la región en la década del noventa, expresadas en la liberalización de los mercados y en la privatización del sector público —que antes fungía como motor del desarrollo y principal prestador de servicios públicos—, es importante tomar en cuenta que ellos se suman a una trayectoria anterior de pobreza, desigualdad y exclusión. Lo anterior, debido a que América Latina no había experimentado previamente un proceso de homogeneización de acuerdo con el modelo keynesiano, de modo tal que no es posible determinar de manera nítida el agregado proveniente del modelo neoliberal (Brand, 2009). Lo cierto es que hoy

de integralidad. Se trata de una interpretación de este campo de políticas cercana a la asumida por Roberts y Skyes (2000): "Visión y acción comprensiva e integrada que conduce a la resolución de problemas urbanos y que busca lograr una mejoría duradera en las condiciones económicas, físicas, sociales y ambientales de un área que ha sido sujeta a cambio" (p. 17).

puede afirmarse que la segregación, fragmentación y segmentación han caracterizado a las ciudades latinoamericanas desde su propia conformación, pero que:

Ciertamente se han profundizado por la dinámica de una economía urbana que posee un segmento integrado a la economía internacional, otro que opera en el mercado interno, y un tercero comprendido por una amplia variedad de actividades que forman parte del sector informal (Ziccardi, 2002, p. 105).

Si se tiene en cuenta el tipo de medidas económicas adoptadas en América Latina y lo que trajo aparejada su inserción dentro de la economía globalizada, puede advertirse que estos fenómenos tienen mucho que ver con sus procesos derivados: la liberalización y desregulación de los mercados de trabajo, la desindustrialización y el crecimiento del sector servicios, y la detracción del Estado en el cubrimiento de las necesidades sociales (de Mattos, 2009; Pradilla, 2010, 2014). La desindustrialización y la tercerización que se han producido en las metrópolis y algunas ciudades de América Latina han generado un cambio del empleo urbano y una tendencia hacia la informalidad, pues lo que queda de industria y el sector servicios emergente no absorben la fuerza de trabajo necesaria para atender la oferta laboral. Los mercados de trabajo han presentado una tendencia a la polarización, con sus consecuencias de precarización e informalización laboral para las grandes mayorías; mientras, los ingresos se concentran, aún más, en los sectores económicos y sociales que han logrado articularse a la globalización.

De ahí que la pobreza constituya una de las principales problemáticas en las ciudades de América Latina, a diferencia de lo que sucedía en el pasado cuando se localizaba en el campo, ello:

Está vinculado al mayor crecimiento de la población urbana en relación con la rural, y a la incapacidad del sistema productivo para ampliar las opciones de empleo estable y bien remunerado, lo cual genera tanto desempleo como las diferentes modalidades de empleo precario e informal (Ziccardi, 2002, p. 103).

Informalidad, precarización y pobreza y desigualdad tienen expresión clara en el espacio urbano: se generan cambios en los usos del suelo y de los inmuebles; se configura una ciudad desigual, segmentada y excluyente (Fleury, 1998), en la que “la homogenización de las áreas de residencia de grupos cada vez más ricos, convive con una mayor fragmentación y tugurización y con la irrupción de nuevas formas de pobreza y de exclusión social” (de Mattos, 2009, p. 62).

La complejidad de las problemáticas por atender se incrementa en la medida de que estas tendencias tienen repercusión en el aumento del conflicto urbano, y concretamente, en el incremento de la criminalidad e inseguridad. Esto tiene ex-

plicación en el hecho de que se suma, a tal contexto de precariedad, la ampliación de expectativas de consumo alentadas por el mercado, sobre todo en las personas más jóvenes, quienes se ven impulsadas a satisfacerlas a cualquier precio (Briceño-León, 2001). A su vez, tal incremento de la inseguridad y de la criminalidad redonda en más procesos de discriminación social y segregación espacial: la inseguridad objetiva, la percepción de inseguridad y el miedo al extraño impulsan aún más la fragmentación de las ciudades latinoamericanas. Se hacen por ello cada vez más comunes el uso de diversos dispositivos de seguridad y de vigilancia, la vivienda en urbanizaciones cerradas y la construcción de enclaves urbanos con acceso restringido. En este sentido, Caldeira (2007) muestra una tendencia en ciudades de muy diverso tipo, incluidas ciudades latinoamericanas, de acuerdo con la cual diferentes grupos sociales —especialmente las clases altas— utilizan el miedo a la violencia y al crimen para justificar nuevas tecnologías de exclusión social y el alejamiento de los barrios tradicionales.

Con las distintas problemáticas experimentadas en las ciudades latinoamericanas (desempleo, informalidad, segregación espacial, precarización del hábitat para los más pobres, discriminación y exclusión) lo que está en juego en el escenario es la ciudadanía. Todos habitan la ciudad, pero no todos son verdaderos ciudadanos. Como afirma Queiroz Ribeiro, los derechos están formalmente reconocidos, pero la organización social del territorio y la vida social que la ciudad genera “parecen desligar la condición urbana de la ciudadanía” (2009, p. 75).

Las ciudades latinoamericanas se enfrentan a situaciones de un alto grado de complejidad, dado que tienen que dar respuesta a tal variedad de problemas. Pero ello también las desafia a dar cabida a intereses diversos y en muchas ocasiones contrapuestos, formular políticas urbanas que atiendan tanto el desarrollo humano y los derechos de los pobladores como la competitividad exigida por el mundo globalizado.

2.2 La complejidad de los fines y consecuencias de las políticas de regeneración urbana

Una tendencia creciente en los procesos de transformación urbana se expresa en la tensión existente entre modelos de ciudad orientados al crecimiento económico y a la competitividad, de un lado, y de otro, modelos en los que la prioridad es la primacía de los derechos y el desarrollo expresado en sus distintas dimensiones, no solo desde la perspectiva del crecimiento económico.

Los procesos de transformación urbana vividos en muchas de las ciudades de América Latina parecieran alinearse más hacia los intereses de las clases más pudientes, estar dirigidas al desarrollo económico o específicamente a atraer la inversión extranjera usando el *marketing* de ciudad, y en fin, insertarse en las dinámicas de la ciudad neoliberal (Hidalgo & Janoschka, 2014) que hacia la protección de los morado-

res, el desarrollo humano y, en general, la garantía de los derechos propios del ámbito urbano que se reivindican políticamente en el derecho a la ciudad enarbolado desde los años sesenta por Henri Lefebvre y en la actualidad por David Harvey (2013).

Una mirada general al contexto latinoamericano actual muestra la concentración del crecimiento económico en las regiones con mayores ventajas (Brand, 2009; Gallup, Gaviria & Lora, 2003; Moncayo, 2004; Betancur, 2009) y la conformación de ciudades ganadoras y ciudades perdedoras. Es decir, se trata de la desigualdad entre regiones y entre ciudades. Y al detallar un poco más dentro de las ciudades en particular, se observa el predominio de intereses económicos en los procesos de desarrollo urbano.

Sin que pueda afirmarse que los efectos de la globalización y el neoliberalismo sean homogéneos en los procesos de desarrollo urbano (Brand, 2009; Pradilla, 2010), parece claro que ciertas tendencias se replican de una ciudad a otra en América Latina:

1. El recurso a estrategias de *city-marketing* con las cuales se busca cambiar la imagen de la ciudad al intentar ajustarse a tendencias globales (Brand, 2009, de Mattos, 2009). Así mismo, se construyen o reconstruyen íconos arquitectónicos o imágenes culturales, se invierte en atractivos espacios públicos, infraestructuras y equipamientos, a partir de los cuales pueda impulsarse el turismo o la inversión extranjera.
2. Localización de cuantiosas inversiones en lugares donde la rentabilidad pueda desencadenarse (Pradilla, 2009, 2014). Es frecuente la construcción de lugares de ocio y viviendas de lujo dirigidas a los grupos poblacionales de mayores ingresos.
3. Puesta en funcionamiento de espacios públicos “privados”, cerramiento de urbanizaciones, creación de lugares de congregación para el consumo (“templos de consumo”), lugares a los cuales está vedado el ingreso y circulación de los pobres (Fleury, 1998).
4. Al mismo tiempo, en otros espacios de las ciudades el urbanismo y la arquitectura son de baja inversión y calidad, lo que es propiciado por la ausencia de controles, la predominante búsqueda de lucro del sector inmobiliario, y el afán de los gobiernos locales por solucionar el déficit de vivienda, particularmente de los sectores más pobres.
5. La obsolescencia de ciertas zonas ha dado lugar a que ellas sean inseguras o no generen rentabilidad y que queden sometidas a la decadencia o al abandono. En particular, los centros urbanos tradicionales sufren un proceso de desdoblamiento, o desuso, y las funciones que antes cumplían tienden a ser asumidas por nuevas centralidades (Carrión, 2007), salvo que como centros históricos se les use para atraer turismo dentro de las estrategias de *city-marketing* antes mencionadas.

De lo dicho puede extraerse que las ciudades latinoamericanas, en el contexto del capitalismo contemporáneo, experimentan procesos de transformación

en los cuales se advierte el predominio de intereses económicos. Las tendencias mostradas expresan la particularización en las ciudades de los efectos del modelo económico, por ello, en gran medida constituyen también factores determinantes o agravantes de condiciones como la pobreza, la desigualdad y la exclusión.

En la actualidad este contexto plantea a las políticas urbanas en América Latina dos fines como relevantes: por un lado, crecimiento económico e inserción en la globalización, y por otro, desarrollo humano y protección de los derechos de los más débiles. Los gobiernos se encuentran en una compleja encrucijada: se persiste en enfatizar un modelo de desarrollo urbano que crea mayor fragmentación y segregación o se opta por mejorar las ciudades, pero de un modo más equitativo. Veamos la trayectoria de Medellín en la última década.

En el caso de Medellín la determinación de erigir la ciudad como modelo en materia de competitividad y desarrollo de negocios, puede implicar una serie de consecuencias de las políticas que afectan el desarrollo humano de los habitantes de la ciudad, destacándose posibles procesos de gentrificación, la pérdida a futuro de vocaciones productivas como derivación de procesos de renovación urbana, el aumento de los costos de vida, los usos mixtos del suelo como factor que irrumpe en las dinámicas de vida de determinadas comunidades, todas ellas quizá como consecuencias del proceso de transformación no previstas y que amenazan con mayor rigor a los más vulnerables.

Si bien en las políticas de regeneración urbana implementadas en Medellín la búsqueda de competitividad ha sido una tendencia desde principios de la década de 2000, de manera simultánea ha estado presente la otra tendencia, orientada a garantizar el bienestar para la población asentada en los territorios que cuentan con peores condiciones económicas.

Aunque se reconoce hasta el momento una suerte de continuidad en la implementación de políticas en la ciudad, es cierto que las agendas políticas y los intereses de los actores tienen un papel determinante en el tipo de decisiones que se toman, las problemáticas que ingresan a la agenda y las vías de solución que se privilegian para ello. En este marco, los procesos de transformación que se llevan a cabo tienen un carácter de larga duración que puede presentarse como problemático; si bien se identifica una cierta continuidad política en los procesos de transformación, el hecho de que la ejecución de estos proyectos pase por varias administraciones reviste una serie de riesgos y cambios en la naturaleza de los procesos, los actores que intervienen y el tipo de intereses que se privilegia.

Durante el período 2004-2011 los dos gobiernos a cargo del municipio de Medellín impulsaron la transformación de la ciudad con proyectos urbanos integrales, focalizados en las comunas con mayores índices de pobreza. Estos proyectos se enmarcaron en el concepto de urbanismo social; incluyeron mejora de vías, espacio público y equipamientos culturales, educativos y deportivos; se hicieron contando

con la participación comunitaria a través de la construcción de imaginarios y sus resultados han sido destacados por las propias comunidades y por expertos.

Sin embargo, algunos críticos cuestionan, de una parte, el hecho de que la construcción de equipamientos de gran formato y factura haya sido usada como una estrategia de *marketing*; y por otra, que posiblemente hayan impulsado la mayor densificación de áreas de la ciudad en las que esta es perjudicial por tratarse de laderas, que cuentan con problemas de riesgo.

Los críticos también cuestionan otros dos aspectos: uno, el hecho de que el sector privado de los constructores no hubiese tenido el control suficiente, lo que dio lugar a edificaciones de mala calidad que se extendieron por toda la ciudad; y el otro, que al ser la normativa sobre construcción fuertemente onerosa en cuanto a cargas y densidades, el efecto provocado fuese la disminución de la construcción en Medellín y el aumento en municipios cercanos con menores exigencias, lo cual tuvo como consecuencia un gran problema de movilidad.

En cuanto al Gobierno actual (2012-2015), entre sus principales objetivos en materia de políticas urbanas sobre el territorio, plantea el control de la alta densificación en las laderas, en estas se encuentra asentada mayoritariamente la población de estratos más bajos en barrios construidos de manera informal. De manera complementaria, considera necesario impulsar la renovación de la zona central de la ciudad paralela al río Medellín.

Para lograr lo primero, el Gobierno actual ha tenido como estrategia la construcción de un cordón de contención de la expansión de la mancha urbana en las laderas, denominado cinturón verde, y como parte del mismo, la construcción de un jardín circunvalar. En parte como fruto de la interacción conflictiva con las comunidades afectadas por el proyecto y por la intervención activa de la ciudadanía en el proceso de elaboración del Plan de Ordenamiento Territorial, estas obras están siendo articuladas con procesos de mejoramiento barrial, que posibilitan intervenciones de carácter más integral. No obstante, las obras realizadas, y por realizar, generan desplazamiento de población con todos los efectos nocivos derivados.

Para lograr el segundo propósito, es decir, la renovación de la zona central de la ciudad, el Plan de Ordenamiento Territorial prevé la realización de macroproyectos urbanos destinados a la construcción de vivienda en áreas deterioradas o en desuso. Mientras la administración municipal y sus asesores consideran que los macroproyectos son la mejor manera para garantizar que el Estado local dirija y controle el desarrollo urbano, muchos líderes comunitarios, organizaciones no gubernamentales y académicos consideran que tales macroproyectos buscan beneficiar al sector constructor y al financiero, quienes tendrán grandes oportunidades para desarrollar e invertir en viviendas de altos costos.

Lo cierto es que el Plan de Ordenamiento Territorial prevé la obligación para los constructores de incluir vivienda para diversos estratos sociales en estos ma-

croproyectos. Sin embargo, tanto para los constructores como para los mismos concejales que participaron en el proceso de aprobación del Plan de Ordenamiento Territorial, esto se califica como problemático y difícil de llevar a la práctica, no solo porque implica una problemática mezcla de clases sociales, sino de culturas y costumbres. Se afirma, además, que la inclusión en estos nuevos barrios de personas pobres las haría asumir gastos tan altos de ubicación, en materia de pago de impuestos y servicios públicos domiciliarios, que las expulsaría rápidamente. Quizás este asunto tenga solución por la vía de garantizarles tarifas coherentes con su estrato social, pero lo más difícil quizá sea, en una sociedad tan segmentada, el asunto de la inclusión y la cohesión social.

Adicionalmente, la realización de los macroproyectos de renovación podría requerir del traslado no solo de algunas empresas industriales de mediano y gran tamaño, sino también de pequeñas industrias, de pequeñas empresas comerciales, de viviendas y específicamente en algunas de esas zonas, de empresas y negocios con un alto grado de informalidad. La cuestión más problemática en estos casos es cómo proteger a los actuales moradores y cómo proteger la industria. De nuevo, aquí reaparece el problema antes tratado, si los actuales moradores son expulsados posiblemente tiendan a ubicarse en las periferias con lo cual se agravaría el inconveniente de sobredensificación de las laderas y quedarían sus habitantes sometidos a grandes desventajas por la lejanía que tendrían respecto del centro de la ciudad. De hecho, en Medellín esta dificultad ya se ha experimentado en varias ocasiones con el traslado de poblaciones hacia zonas de expansión en las afueras de la ciudad, lo que ha generado la configuración de guetos en esas zonas de expansión y que las personas tiendan a volver a instalarse dentro de la ciudad de manera informal. El actual Plan de Ordenamiento Territorial prevé como principios, tanto la protección a moradores como la protección a la actividad industrial, sin embargo, es necesario su desarrollo y aplicación concreta para poder evaluar su puesta en práctica.

El impulso a los macroproyectos mencionados se pretende obtener con la realización de una gran obra sobre y alrededor del Río Medellín, denominada Parques del Río. Defendida por algunos y atacada por otros, la obra ya inició como parte del actual Plan de Desarrollo vigente desde 2012 y como parte del Plan de Ordenamiento Territorial recientemente aprobado. Fuera de los aspectos técnicos de difícil resolución que podría tener la obra, y que constituyen la fuente de crítica de algunos expertos, un asunto de complejidad es si es admisible priorizar este tipo de proyectos que requiere de una alta inversión de recursos económicos, o si debieran priorizarse intervenciones que mejoren la calidad de vida en aquellos barrios que cuentan con mayores necesidades insatisfechas, a través, por ejemplo, de proyectos de mejoramiento integral de barrios.

En el siguiente texto que se transcribe, correspondiente a una de las intervenciones del director del Departamento de Planeación del Municipio de Medellín, en el proceso de expedición del actual Plan de Ordenamiento Territorial, de cierto modo

se advierte cómo el municipio de Medellín en la actualidad opta por priorizar los fines concernientes al desarrollo económico, creyendo que este puede posibilitar bienestar para toda la población de la ciudad:

El déficit se resuelve con asistencia social, con asistencia de inversión pública, como Medellín ha venido haciendo, pero déficit también se resuelven agendando un proyecto generador de calidad de vida, de dinámica económica, atracción de la inversión, fomento al empleo, calidad urbana.

Aquí no va llegar la equidad si no llega la oportunidad de tener más dinámica económica y productiva, son los atributos de la ciudad, son las cualidades urbanas las que le otorgan entre otros aspectos, así como el capital humano, el tejido institucional, la eficiencia de la gestión pública, la conectividad funcional y muchos otros atributos los que van a hacer que Medellín vuelva a tener esplendor económico y si tiene mejor esplendor económico, tendrá mejores condiciones de inclusión social, si tenemos todo esto vamos a tener una ciudad mejor (Pérez Jaramillo J.A., director de Planeación. Acta 544 de 18 de octubre, 2014, p.32).

La cuestión sigue en debate, ya Latinoamérica y Medellín debieran tener claro que el crecimiento económico no trae siempre como consecuencia mayor igualdad y calidad de vida para sus ciudadanos. Dada la situación de profunda desigualdad que todavía experimenta la región y en particular Medellín, es necesario que las políticas de regeneración urbana se traduzcan con mayor ahínco que hasta ahora en procesos de mejoramiento integral de barrios en aquellas zonas donde el hábitat ha sido construido a partir del esfuerzo de sus propios habitantes. Si no es así, las expectativas de los ciudadanos con los procesos de transformación física en la ciudad siempre superarán los alcances de las políticas implementadas.

En lo relativo a consecuencias de los procesos de regeneración urbana, es urgente que se implementen efectivas medidas de protección a moradores en aquellas áreas sometidas a procesos de renovación, de modo tal que los efectos de dichos procesos no sean tan gravosos para los habitantes originales de esos territorios. Y en términos generales, se hace indispensable un conjunto de medidas que posibilite reducir las brechas socioeconómicas que determinan la profunda desigualdad existente; esto solo puede lograrse en la medida en que las políticas urbanas sean cada vez más integrales y por consiguiente atiendan mucho más que los problemas *físico-espaciales*.

2.3 La participación como expresión de complejidad en las políticas públicas de regeneración urbana

La complejidad también se evidencia en la participación en políticas públicas de regeneración urbana, y se expresa de diversas maneras. La primera de ellas está asociada a las diversas formas de participación que se hacen presentes en estos

contextos, es decir, participación representativa o indirecta, participación directa, participación comunitaria y participación deliberativa. Estas formas de participación se encuentran incluidas dentro de los marcos jurídicos y son practicadas continuamente por actores de las políticas públicas de regeneración urbana.

La segunda manera que asume la complejidad en la participación se encuentra en el tipo de relaciones que se suele dar entre esas modalidades de participación mencionadas, en razón de que aquella puede dar lugar a relaciones de confrontación o cooperación entre ellas, según el uso específico que los actores hagan de las mismas, al presentar los resultados de cada una de ellas como compatibles o incompatibles entre sí.

La tercera, alude al carácter vinculante o no de las decisiones que se toman en el marco de cada tipo de participación y la conflictividad que se deriva de las contradicciones entre las distintas decisiones tomadas.

Más en concreto, la participación en políticas públicas de regeneración urbana expresa la complejidad porque los distintos actores con frecuencia asumen estratégicamente como vinculantes las decisiones tomadas en un determinado marco participativo (indirecto, directo, comunitario o deliberativo) y buscan que las decisiones tomadas en otro marco participativo no sean tomadas como vinculantes.

Pero también ha sido usual que las comunidades sean escépticas sobre su capacidad de incidencia en las políticas, y particularmente sobre la priorización de determinados tipos de necesidades, aspectos que inciden en la recurrencia de conflictos entre actores y la pérdida de legitimidad en las decisiones que se toman. Se ha identificado, especialmente desde las comunidades objeto de las políticas, que no es suficiente con la apertura de espacios para la discusión y la exposición de sus necesidades; en la mayoría de los casos se considera que este tipo de espacios no son signo de apertura democrática, por el contrario, se los ve como instrumentos para legitimar la toma de decisiones o como simples espacios de socialización donde las decisiones ya se encuentran tomadas.

La cuarta manera en que se expresa la complejidad en la participación está ligada a las dificultades que representa el conocimiento técnico para el diálogo entre actores. En el caso de Medellín, durante los últimos años se observa un aumento en los espacios de participación y diálogo entre actores; sumado a ello, el trabajo conjunto de comunidades con universidades y oenegés ha posibilitado un incremento en la comprensión que se tiene de las problemáticas y la construcción de propuestas alternativas a las distintas políticas que se proponen, sin embargo, persisten las dificultades.

Al tomar en cuenta los distintos modos en que tiene expresión la complejidad en los procesos de mediana y larga duración en políticas públicas de regeneración urbana, la participación da lugar a un intrincado sedimento de acuerdos y desacuerdos, legitimados o deslegitimados por el hecho de que fueron construidos dentro

de marcos participativos que no se aceptan como vinculantes por determinados actores. Por ejemplo: suele ocurrir que la comunidad niega la obligatoriedad de las decisiones tomadas por el alcalde y los concejos municipales en el ejercicio legal de sus atribuciones, y en su lugar, reclama que las decisiones tomadas por la comunidad reunida en una determinada asamblea pública sean tenidas como las verdaderamente obligatorias; igualmente, tanto algunos miembros de la comunidad como ciertos integrantes de la administración pública pueden exigir que se tengan como obligatorias las decisiones tomadas en otros espacios sobre la base de argumentos técnicos o incluso “mejores razones”, en lugar de las decisiones tomadas por las autoridades legalmente elegidas y competentes o, incluso, por aquellas decisiones tomadas en asamblea por la comunidad.

Considerado lo dicho sobre participación y complejidad de cara a los posibles modelos de gestión y buenas prácticas en materia de políticas públicas de regeneración urbana, conviene advertir que a esta complejidad no se debe responder con simplificación o con soluciones reduccionistas. Cualquier decisión que se tome encaminada a favorecer un único modelo de participación de manera que conduzca a que las decisiones sean asumidas excluyendo los tres modelos adicionales y erigiendo uno solo de ellos como el modelo ideal o correcto, sería equivocada y empobrecería significativamente las políticas públicas de regeneración urbana, no solo porque generaría una gran conflictividad sino porque a este tipo de complejidad se debe responder con perspectivas integrales y sistemáticas y no con preferencias únicas o autoritarias.

De hecho, pareciera que las políticas públicas de regeneración urbana en Medellín funcionan bien en cuanto los diversos actores cuentan con espacios múltiples de participación, favorecidos por la coexistencia de modelos de participación que tienden a mostrar una imagen más completa y compleja de intereses, más allá de que finalmente la decisión y ejecución termine por centrarse en los actores de las instituciones estatales.

No obstante, lo anterior, queda por resolver lo atinente a la falta de diálogo entre el conocimiento de quien formula, quien toma la decisión y la población objeto de políticas. Si bien se reconoce un aumento de la participación por parte de los distintos actores, la existencia de espacios y procesos de formación y diálogo entre las comunidades, oenegés y la academia, persisten elementos técnicos que limitan y en algunos casos imponen ciertas barreras en materia de participación, toma de decisiones informadas, conocimiento del alcance de las políticas, entre otros.

La existencia de fronteras entre actores configura tipos de gobernanza de acuerdo con las fases de la política pública, estos límites en materia de conocimiento posibilitan el predominio de una gobernanza de élite determinada en este caso por el tipo de recurso con que cuente cada actor en el proceso, en este caso el conocimiento técnico determina el tipo de participación y el grado de incidencia de esta en la toma de decisiones. Ante tal situación la salida necesariamente se encuentra en la formación y cualificación de los distintos actores, especialmente

de aquellos que representan a las comunidades más susceptibles ante las consecuencias de los procesos de transformación urbana.

Conclusiones

Con base en todo lo anterior, es posible concluir que las políticas públicas urbanas en América Latina poseen un alto grado de complejidad que se explica por los problemas urbanos que ellas tienen que enfrentar, las finalidades que se buscan con las políticas, las consecuencias producidas con su implementación, y los modos de participación que comportan. Expresado con mayor amplitud:

Un primer componente que hay que tomar en consideración, es la complejidad de los problemas que tienen o tendrían que atender las políticas urbanas: fragmentación social y espacial, informalidad, pobreza, desigualdad, consecuencias de la migración hacia las ciudades, etc.

Lo segundo que se debe apuntar en términos de complejidad es la tensión existente entre modelos de ciudad orientados hacia la competitividad y el crecimiento económico, y otros dirigidos a la primacía de los derechos y al desarrollo expresado en sus distintas dimensiones, y no solo desde la perspectiva del crecimiento económico. Expresado en términos de tensiones, habría que decir que las ciudades latinoamericanas se ven enfrentadas a garantizar, simultáneamente con sus políticas, dos objetivos difícilmente compatibles: la competitividad exigida por el mundo globalizado por una parte y el desarrollo humano de sus habitantes en un sentido multidimensional, por otra.

Un tercer componente de la complejidad es que los gobiernos se encuentran en una difícil encrucijada: se persiste en enfatizar ese modelo de desarrollo urbano que crea mayor fragmentación y segregación o se opta por mejorar las ciudades, pero de un modo más equitativo.

Un cuarto y último componente de esa complejidad se explica porque los procesos de políticas públicas de regeneración urbana se desarrollan en cuatro marcos jurídicos y de acción, (vinculados con la democracia indirecta, directa, comunitaria y deliberativa) que con frecuencia son asumidos y resultan contradictorios entre sí, con lo cual se da lugar a resultados de histórica deslegitimación recíproca de las decisiones tomadas dentro de cada marco con exclusión de los demás.

Estos cuatro factores que describen la complejidad en política urbana pueden ser enfrentados de diversas formas. Expresadas en un solo enunciado, podría decirse que en lo relativo a consecuencias de los procesos de regeneración urbana es urgente que se implementen efectivas medidas de protección a moradores en aquellas áreas sometidas a procesos de renovación, de modo tal que los efectos de dichos procesos no sean tan gravosos para los habitantes de esos territorios. Y en términos generales,

se hace indispensable un conjunto de medidas que posibilite reducir las brechas socioeconómicas que determinan la profunda desigualdad existente; lo que solo puede lograrse en la medida en que las políticas urbanas sean cada vez más integrales y por consiguiente atiendan mucho más que los problemas *físico-espaciales*.

Referencias

- Baumann, M. (2009). Escuela, favela y ciudad en Río de Janeiro. En Fleury, S., Subirats, J. & Blanco, I. (Eds.). *Respuestas locales a inseguridades globales. innovación y cambios en Brasil y España*. Barcelona: Fundación CIDOB.
- Betancur, J.J. (2009). El segundo saqueo de América Latina: implicaciones para la planificación urbana. En Brand, P. (Comp. y Ed.). *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Blanco, I. & Gomà, R. (2006). Del gobierno a la gobernanza, retos y oportunidades de un nuevo paradigma. *Politika Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 2, pp. 11-27.
- Brand, P. (2009). La globalización neoliberal y la planeación urbana: perspectivas para América Latina. En Brand, P. (Comp. y Ed.). *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Briceño-León, R. (2001). Introducción. La nueva violencia urbana de América Latina. En Briceño-León, R. (Ed.). *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.
- Brugué, Q. & Gomà, R. (Coord.) (1998). *Gobierno local y políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Carrión, F. (2010). *Ciudad, memoria y proyecto*. Quito: Olachi.
- Cuervo, L. M. (2010). Ciudad y complejidad: los rumbos. *Contribuciones a las ciencias sociales*. Recuperado de: www.eumed.net/rev/cccss/09/lmcg2.htm.
- Cuervo, L. M. (1996). Ciudad y complejidad: la magnitud del reto. *Giraldo y Viviescas, Pensar la ciudad*. Bogotá: Tercer mundo editores, CENAC, FEDEVIVIENDA, pp. 485.
- Cabrero, E. (2005). *Acción pública y desarrollo local*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Caldeira, T. (2007). *Ciudad de muros*. Barcelona: Gedisa.
- De Mattos, C. A. (2009). Modernización capitalista y revolución urbana en América Latina: cinco tendencias genéricas. En Brand, P. (Comp. y Ed.). *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, (pp. 37-82).
- De Mattos, C. A. (2010). *Globalización y metamorfosis urbana en América Latina*. Quito: OLACCHI.

- Fleury, S. (1998). Política social, exclusión y equidad en América Latina en los 90. *Nueva Sociedad*, 156. Recuperado de: http://www.nuso.org/upload/articulos/2698_1.pdf.
- Fleury, S., Subirats, J., & Blanco, I. (Eds.). (2009). *Respuestas locales a inseguridades globales. innovación y cambios en Brasil y España*. Barcelona: Fundación CIDOB.
- Flyvbjerg, B. (2004). Cinco malentendidos acerca de la investigación mediante los estudios de caso. *Reis*, (106), pp. 33-62.
- Gallup, J. L., Gaviria, A. & Lora, E. (2003). *América Latina: ¿Condenada por su geografía?* Bogotá: Alfaomega.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Madrid: Akal.
- Hidalgo, R. & Janoschka, M. (2014). *La ciudad neoliberal*. Santiago: Universidad Católica de Chile. Recuperado de: <http://contested-cities.net/blog/la-ciudad-neoliberal/>.
- John, Peter. (2001). *Local Governance in Western Europe*. Londres: Sage.
- Lora, Eduardo. (Coord.). (2008). *Calidad de vida más allá de los hechos*. Washington: BID y Fondo de Cultura Económica.
- Morin, E. (2005). *Complejidad restringida, complejidad general*. Presentado en el coloquio «Intelligence de la complexité: épistémologie et pragmatique», Cerisy-La-Salle, 26 junio de 2005. Recuperado de: <http://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099/3883/Complejidad%20restringida%20complejidad%20general.pdf?sequence=1>.
- ONU, Habitat. (2012). *Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012. Rumbo a una nueva transición urbana. Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos*, ONU Habitat. Recuperado de: www.unhabitat.org. [Consulta: 10 de junio 2015].
- Pierre, J. (2011). *The Politics of Urban Governance*. London: Palgrave Macmillan.
- Pradilla, E. (2009). “Las políticas y la planeación urbana en el neoliberalismo”. En Brand, P. (Comp. y Ed.). *La Ciudad Latinoamericana en el siglo XXI. Globalización, neoliberalismo, planeación*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Pradilla, E. (2010). Mundialización neoliberal, cambios urbanos y políticas estatales en América Latina. *Cad. Metrop.*, São Paulo 24, pp. 507-533.
- Pradilla, E. (2014). La ciudad capitalista en el patrón neoliberal de acumulación en América Latina. *Cad. Metrop.*, São Paulo 31, pp. 37-60.
- Queiroz, L. C. (2009). Metrópolis en la periferia. En Fleury, S., Subirats, J. & Blanco, I. (Eds.) *Respuestas locales a inseguridades globales. innovación y cambios en Brasil y España*. Barcelona: Fundación CIDOB.
- Roberts, P. & Hugh, S. (Eds.) (2000). *Urban regeneration: a handbook*. Londres: Sage.
- Ziccardi, A. (2002). Las ciudades y la cuestión social. En Ziccardi, A. (2ª. edición) *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía: Los límites de las políticas sociales en América Latina*. (pp. 85-126). Buenos Aires: CLACSO.



Título: Deformación. Técnica: Ilustración. Año: 2009

Razonabilidad, conflicto moral y tragedia en la ley del menor de Ian McEwan*

Guillermo Lariguet**

Resumen

En este trabajo acepto como axioma que la literatura es fuente de reflexión moral. Tomo bajo consideración un relato literario del escritor Ian McEwan que plantea problemas jurídicos y morales. Para analizar estos problemas, conecto tres conceptos: razonabilidad, conflicto moral y tragedia. Expongo la noción de pérdida moral, implicada en la decisión judicial de un conflicto. Muestro el modo en que la decisión de un juez puede afectar el sentido y curso de un plan de vida.

Palabras clave: literatura, razonabilidad, conflicto moral, tragedia, pérdida moral.

Reasonableness, moral conflict, and tragedy in the *Children act*, by Ian McEwan

In this paper I accept as an axiom that literature is a source of moral reflection. I try to take under consideration a literary story of Ian McEwan that raises both legal and moral problems. In order to analyze these problems, I will connect three key concepts: reasonableness, moral conflict and tragedy. I will also expound the notion of moral loss, involved in the judicial decision of a conflict. In addition, I attempt to show how a judge's decision can affect the direction and the course of a life plan.

Key words: literature; reasonableness; moral conflict; tragedy; moral loss.

Razoabilidade, conflito moral e tragédia na Lei do Menor, de Ian McEwan

Resumo:

Neste trabalho aceito como axioma que a literatura é fonte de reflexão moral. Levo em consideração um relato literário do escritor Ian McEwan que levanta problemas jurídicos e morais. Para analisar estes problemas, conecto três conceitos: razoabilidade, conflito moral e tragédia. Exponho a noção de perda moral, implicada na decisão judicial de um conflito. Mostro o modo em que a decisão de um juiz pode afetar o sentido e curso de um plano de vida.

Palavras-chave: literatura; razoabilidade; conflito moral; tragédia; perda moral.

* Artículo de investigación. Este trabajo ha sido posible merced el financiamiento que como investigador obtengo en forma sistemática de CONICET. Además, he tenido el apoyo de un subsidio PIP de Conicet, también de un subsidio de la secretaría de ciencia de la Universidad Nacional de Córdoba, así como un subsidio de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. También está enmarcado en el Proyecto *Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos y decisiones*, de la Agencia Estatal de Investigación de España, DER2016-74898-C2-1-R.

** Agradezco la lectura de la Dra. Luciana Samamé, quien me ayudó a mejorar el trabajo.

Investigador Independiente de Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro del Programa de ética y teoría política de la misma Universidad. Correo electrónico: gclariguet@gmail.com ORCID: 0000-0002-3737-5688

Razonabilidad, conflicto moral y tragedia en la *Ley del menor* de Ian McEwan

Introducción

Entre ciertos textos literarios y del derecho existen múltiples conexiones (Posner, 2009). Una de estas conexiones se da por el hecho de que el derecho figura como “objeto” de diversos textos literarios: se trata del derecho “en” la literatura. Tales conexiones permiten aseverar que la ficción no solo puede ser fuente de enseñanza de algún aspecto relevante del derecho — pensemos por ejemplo en *El proceso* de Kafka y su enseñanza de la complejidad burocrática— sino también que la literatura misma puede *modalizar* condiciones filosóficas problemáticas con relación a la fundamentación del derecho o su aplicación judicial (Bonorino, 2011, p. 73-90).

La literatura puede reflejar problemas filosóficos de un modo *vívido* a través de los conflictos morales que experimentan sus personajes y de los rasgos de carácter que estos despliegan frente a tales conflictos. Así, la literatura, al decir de Martha Nussbaum (2005) —por ejemplo, la literatura de Henry James en *Embajadores* o en la *Princesa Casamassima*— muestra de manera fina el modo en que los personajes enfrentan sus conflictos. Por ende, la literatura es un recurso auxiliar de la llamada *imaginación moral*, y de la activación de recursos como la percepción moral de los rasgos sobresalientes de casos complejos concretos, la empatía por aquellos que sufren la experiencia del conflicto, etc. (Boyd White, 1985).

En este artículo quiero tomar un ejemplo concreto de un texto literario que parece satisfacer ampliamente lo que acabo de señalar párrafos atrás. Se trata de *La ley del menor* del escritor británico Ian McEwan (2015). La misma es una novela en la que el autor plantea una serie de conflictos morales y jurídicos que debe resolver una jueza muy dotada para el razonamiento moral, la jueza Fiona Maye.

Quiero sostener que en el relato de McEwan hay tres categorías conceptuales que destacan de manera notoria: la de *razonabilidad*, *conflicto moral* y *tragedia*. Estas categorías, se podría decir, *no son impuestas ex nihilo* por el escritor, sino que él las recepta —aunque las reformula con los recursos de la ficción— del juez del

Tribunal de Apelaciones Alan Ward, un juez, según McEwan en los agradecimientos al final del libro, de “gran sabiduría, humanidad y agudeza”. La referencia de McEwan muestra que no solo los juristas pueden aprender de la literatura, sino que los escritores —y también los filósofos— pueden aprender del derecho (Seleme, 2014, p. 263-280). Esto porque en el derecho se plantean si no todos, casi todos los problemas de relevancia moral imaginables y tales problemas exigen de jueces de gran sabiduría, humanidad y agudeza, cualidades exhibidas por el juez —real— Alan Ward.

La jueza protagonista del texto, Fiona Maye, es una suerte de Alan Ward, lograda con los recursos de la ficción. En efecto, ella enfrenta conflictos morales complejos en su tribunal de familia. Debo destacar que, frente a tales conflictos, aparecen recurrentemente en la obra dos vocablos, *razonabilidad* y *tragedia*, que en mi caso se transformarán en categorías de análisis.

Mis principales tesis para el presente ensayo son: 1) Que, aunque el derecho disponga —como en el caso del relato— de recursos razonables (luego veremos en qué consiste lo ‘razonable’) para resolver tales conflictos, en ellos se verifica una inevitable pérdida moral; pérdida cuyo sentido explicitaré más adelante. 2) La referida pérdida moral, aunada al hecho de que la decisión de un presunto tercero imparcial —la jueza Fiona Maye— afecte de modo decidido la *estructura de sentido narrativo y la identidad* del principal involucrado en el conflicto, hacen que el caso pueda tener ribetes *trágicos* que oportunamente explicaré. 3) Según el escritor triestino Claudio Magris (2008, p. 82), uno puede analizar el derecho desde dos tipos de valores. El derecho alienta los valores que él llama “fríos” (las garantías de los derechos, el respeto a la ley, la aplicación de principios lógicos, etc.) para que los valores “cálidos” (los sentimientos de amor, amistad, las pasiones, las predilecciones de diferente tipo, etc.) puedan desarrollarse. Pues bien, mi tercera tesis, tomando en cuenta a Magris, es que, ante ciertos conflictos de tipo trágico, es inevitable que el derecho, con sus valores fríos afecte —desde cierto punto de vista— en forma negativa los valores cálidos antes referidos.

Para desarrollar las tres tesis mencionadas en el párrafo anterior, a continuación, planteo una síntesis de partes pertinentes del relato, conectadas con las tesis que procuro defender. Al final, brindo algunas conclusiones del trabajo.

1. Conflicto, razonabilidad y tragedia en *La ley del menor*

Fiona Maye es una aguda jueza de familia. Está pasando por una crisis matrimonial, pero ello no le impide desarrollar con ahínco sus tareas de jueza. En *La ley del menor* ella enfrenta un caso central que está vinculado al requerimiento urgente de un hospital de realizar transfusión de sangre a un menor de 17 años, testigo de

Jehová que, junto con sus padres, rechaza tal tratamiento. Sin embargo, el libro va preparando el terreno complejo del tratamiento jurídico de este caso, antecediendo el relato principal con la presentación narrativa de otros dos, también complejos, aunque no centrales en el relato.

Antes que nada, es importante subrayar que estos otros dos casos, junto al caso del testigo de Jehová, tienen dos características notorias. Primero, en estos casos intervienen creencias religiosas en conflicto con normas seculares. Segundo, que en los tres casos hay menores en juego, tema que da título al libro de McEwan.

He sostenido al comienzo de mi artículo que una de las tesis que se pueden defender, con pie en esta obra, es que hay conflictos morales de tipo trágico. En tales conflictos, ésta es la tesis central, aunque haya recursos “razonables” para resolver el conflicto, queda, sin embargo, una significativa “pérdida moral”. La idea de que los jueces y el derecho son razonables es un tema recurrente del libro. La voz “razonabilidad” aparece muchas veces a lo largo de las páginas de la ficción que estoy analizando. Uno de los criterios necesarios de la definición de razonable sería que los jueces consideren adecuadamente los “intereses de los menores”. Por ejemplo, refiriéndose a la jueza Fiona Maye, McEwan (2015) dice:

Creía que aportaba soluciones razonables a situaciones sin salida. En conjunto, creía en las disposiciones del derecho de familia. En sus momentos de optimismo lo consideraba un indicador importante del progreso de la civilización porque prevalecían en las leyes las necesidades de los niños sobre las de sus padres (p. 14).

El primer caso examinado en el libro es el de una pareja judía que se divorcia y debe decidir qué educación darles a sus dos hijas. El padre pretende que vayan a una escuela ortodoxa para afianzar las normas de su tradición religiosa. La madre, en cambio, desea que vayan a una escuela mixta no ortodoxa porque cree que sus hijas deben educarse en un clima de mayor amplitud de valores. La situación, así expuesta, genera un conflicto entre valores, un conflicto moral (Baumann & Betzler, 2004, p. 1-26), entendido como aquel conflicto que contraponen valores opuestos. Frente a esta clase de conflictos, empero, parece que los jueces y el derecho tienen aprietos para fijar la solución razonable. Esto es así dado el hecho señalado insistentemente por el filósofo americano John Rawls (2003, p. 11-12) en el sentido que existe un pluralismo de creencias y valores en conflicto en sociedades liberales; pluralismo que dificulta una ordenación del conflicto. McEwan (2015) lo relata en estos términos:

Al tribunal se le pedía que escogiese una educación para dos niñas, que eligiera entre valores. Y en un caso semejante de poco servía apelar a lo que la sociedad consideraba generalmente aceptable. En este punto citaba al juez Hoffmann: Son juicios de valor sobre los cuales pueden discrepar personas razonables (p. 24).

La discrepancia entre personas razonables pareciera sugerir que hay diversas concepciones de lo razonable, concepciones que cambian histórica y socialmente. Frente a este desacuerdo, la jueza debía ceñirse al interés del menor. Pero ¿cómo conceptualizarlo? McEwan (2015) refiere a Fiona Maye diciendo que:

Ella adoptaría el criterio más amplio posible. La asistencia social, la felicidad, el bienestar debían englobar el concepto filosófico de la buena vida (...) Y a continuación, el bienestar era un concepto *mudable*, que había que evaluar con los parámetros del hombre y la mujer razonables de hoy día. Lo que bastaba para una generación anterior ahora podía ser insuficiente. Y además no era competencia de un tribunal laico dirimir sobre las creencias religiosas y las disparidades teológicas. Además, todas las religiones merecían el mismo respeto siempre que fueran, en la expresión del juez Purchas, jurídica y socialmente aceptables (p. 24, 25).

Pero si la categoría del “interés del menor” se define a partir del concepto de “buena vida” o presuntos equivalentes, bienestar, felicidad, las cosas parecen un poco opacas, como ha dicho con claridad Jon Elster en sus *Juicios Salomónicos* (1995, p. 116-119) al referirse a la imprecisión del sintagma “interés del menor”. No hay una única concepción de la buena vida. Además, de ambos padres, ¿hay alguno de ellos que no sea razonable? Al juez laico, dice la jueza, le está vedado intervenir en debates teológicos.

Fiona se decantará, al final, por la pretensión de la madre. Para Fiona, la madre, pareciera decir, es más razonable que el padre. Una educación no ortodoxa les dará más libertad y amplitud de criterio a las niñas, las dotará de mayor poder reflexivo y mayor sensibilidad a las diferencias sociales. Además, cuando las niñas crezcan, estarán en libertad de afianzar o no sus principios religiosos.

Ahora bien, la anterior solución, ¿no supone el asentamiento de principios laicos sobre principios religiosos? Y, si ello es así, ¿no está yendo la jueza Fiona en contra de los principios religiosos de uno de los padres? Al parecer, la respuesta es afirmativa. En casos de conflicto de valores como este, la sugerencia sería que hay “pérdida moral”. Se puede entender por “pérdida moral” la existencia de un valor significativo que ha sido sacrificado por una decisión (Greenspan, 1995, p. 109 y ss.). Si el conflicto es “trágico” ello podría indicar, como ha sostenido, entre otros Bernard Williams (1993, p. 97-110), que la pérdida es “inevitable” pues no ha habido otra alternativa que no sea la de sacrificar una opción valiosa.

El segundo caso de conflicto moral que examina Fiona es el de los siameses Mark y Matthew. Al respecto, McEwan (2015) recuerda que:

Un hospital londinense estaba solicitando urgentemente permiso para separar a los gemelos y salvar a Mark, que tenía el potencial de ser un niño normal y saludable (...) Para hacerlo, lo cirujanos tendrían

que pinzar y a continuación cortar la aorta compartida, matando de este modo a Matthew (p. 34, 35).

Sin embargo, las creencias religiosas intervienen también en esta decisión. Esto porque: “Sus amantes padres, católicos fervientes, que vivían en un pueblo de la costa norte de Jamaica, serenos en sus creencias, se negaban a aprobar el asesinato” (p. 35). Empero, pese a que, como se vio con el caso anterior, Fiona toma una decisión que sí afecta principios religiosos, en el libro se dice que: “Los tribunales deberían tomarse las cosas con calma antes de intervenir en beneficio de un niño y en contra de los principios religiosos de los padres. A veces tenían que hacerlo. ¿Pero cuándo?” (p. 26).

La situación era compleja. El rasgo trágico del caso no fincaba solo en que había que tomar *inevitablemente* una decisión que sacrificaría un valor, sacrificio que dejaría pérdida moral, como dice mi tesis 1. Sino que, frente a tales casos, las teorías morales parecen mostrarse impotentes y es la norma jurídica la que debe establecer la solución. No la moral. Y ello no solo por la indeterminación supuesta de la moral sino también por un requisito institucional. Es el derecho el que, según el juicio práctico, debe ser priorizado en la solución al caso. Así parece pensarlo Fiona, cuando McEwan (2015) señala que:

En cuanto al espectro de posiciones, en un extremo estaba la de los laicos y utilitarios, puntillosos sobre el detalle jurídico, bendecidos por una fácil ecuación moral: un niño salvado era mejor que dos muertos (...) En el otro se alineaban los que poseían un firme conocimiento no sólo de la existencia de Dios, sino que comprendían su voluntad (p. 35).

Sin embargo, Fiona recordaba que “este tribunal es un tribunal de derecho, no de moralidad, y nuestra tarea ha consistido en buscar, y nuestro deber es aplicar después, los principios pertinentes de la ley a la situación que analizamos y que es única”⁶⁶(p. 35).

El rasgo trágico del conflicto moral pulsaba para que la jueza intentase decantarse por el *mal menor*. Sin embargo, el derecho también podría revelar un discurso de *indeterminación*, esto es, de falta de criterio preciso para graduar los males. ¿Es menor el mal de suprimir una vida?

La línea divisoria que la juez pretende establecer entre derecho y moral, como se vio en el párrafo anterior, no es fácil de establecer. *La ley del menor* requiere buscar la mejor solución, pero esta no parece ser la muerte ¡y tampoco la vida! Esto porque el caso es genuinamente trágico o así lo parece. Veamos lo que dice McEwan (2015) por boca de su protagonista:

66 La idea de que los jueces enfrentan situaciones “únicas” da lugar a un complejo debate sobre el “particularismo” en el ámbito jurídico (Bouvier, 2012). Por razones de delimitación conceptual, dejo aquí este debate a un lado.

El espacio jurídico y moral era estrecho y la cuestión debía exponerse como una elección del mal menor (...) Pero el juez estaba obligado a considerar la solución que mejor respondiera a los intereses de Matthew. Obviamente, no su muerte. Pero tampoco la vida era una alternativa (p. 36).

La dificultad práctica de graduar el mal en el caso parece tener un aire deontologista, esto es, uno según el cual cada vida es valiosa intrínsecamente; *ergo*, los males no pueden graduarse. Así lo dice la jueza cuando afirma: “Sin embargo, no cabía admitir la presunción de que una vida valiese más que la otra. Separar a los siameses supondría matar a Matthew (...) no separarlos equivaldría, por omisión, a matar a los dos” (p. 36).

Una salida “razonable” sería decir, no obstante, que Matthew no es persona *con todas las letras* pues le faltan elementos esenciales para desarrollar una vida normal. Esto explica que, para Fiona, “Matthew, a diferencia de Mark, no tenía intereses” (p. 36). Sin embargo, este razonamiento podría tener un contraejemplo: los discapacitados graves tienen serias dificultades para llevar una vida normal, también los pacientes con enfermedades mentales, pero aun así son para nosotros personas con todas las letras. Esta intuición podría estar detrás de esta frase: “Pero un mal menor, aunque fuera preferible, podía también ser ilegal” (p. 36).

Fiona agudamente parece tener en cuenta los contraejemplos dados líneas atrás. Decir que un sujeto S no tiene intereses podría ser un argumento interesante. Sin embargo, de su mano se estaría vulnerando la norma penal que proscribe quitar la vida intencionalmente. Por esto McEwan (2015) parece decir, poniéndose en el lugar de su personaje, que:

En su lugar ella encontró su argumento en la doctrina de la necesidad, una idea establecida en el derecho consuetudinario en virtud de la cual, en determinadas circunstancias limitadas, que el Parlamento nunca se molestaría en definir, era permisible violar la ley penal para evitar un mal mayor (p. 36-37).

Además de lo anterior, y en una reedición de la conocida doctrina del “doble efecto” en el ámbito jurídico (Aparisi Miralles, 2008, p. 226-229), la jueza entiende que “por lo que respecta a la cuestión trascendental de la intencionalidad, el objetivo de la cirugía no era matar a Matthew sino salvar a Mark” (McEwan, 2015, p. 37).

La doctrina de la necesidad, que implica estar en una situación moralmente “extraordinaria”, parece ser la que opera en el caso narrado como causal implícita de justificación de la norma que prohíbe matar. Por otra parte, tal doctrina se complementa con la canónica tesis del doble efecto: para evitar un mal objetivamente mayor, está permitido decantarse por el mal menor. Necesidad, mal menor y doble efecto, parecen articular una teoría implícita de lo que es “razonable” en derecho.

Sin embargo, esta salida razonable para el conflicto, en mi opinión, no quita analíticamente del medio el problema de la pérdida moral, problema al que aludí al comienzo de este trabajo. La pérdida no es solo sacrificio de un valor, sino que también el concepto de pérdida moral puede demandar en un agente moral, “consciencia” del sacrificio (inevitable) de un valor significativo, de la mano de sentimientos o emociones como la pena, la amargura, la culpa o la tristeza. Este sentido, si se quiere psicológico de pérdida moral, parece estar detrás de lo que experimenta Fiona *después* de haber decidido el caso de los siameses. Al respecto, en el libro se dice: “Durante un tiempo el caso la había dejado embotada, se preocupaba menos, sentía menos, (...) no se lo decía a nadie. Pero se había vuelto aprensiva con los cuerpos, casi incapaz de mirarse el suyo” (McEwan, 2015).

Más aún y dicho en forma elocuente:

Durante una temporada, alguna parte de ella se había enfriado al mismo tiempo que el pobre Matthew. Ella era la que había expulsado del mundo a un bebé, la que le había negado la existencia con argumentos expuestos en treinta y cuatro páginas elegantes (...) Ella no era menos irracional que el arzobispo —y sus argumentos religiosos— y había llegado a considerar que se tenía merecido el retraimiento. La sensación había cesado, pero dejó una cicatriz en su memoria (...) Le habría sido más provechoso no poseer un cuerpo, flotar libre de trabas físicas (McEwan, 2015, p. 39).

La tesis 1, la de la pérdida moral, a la que aludí páginas atrás, viene a encastrarse en este párrafo final que acabo de citar con las tesis 2 y 3, planteadas en la introducción de este trabajo.

La decisión de un tercero presuntamente imparcial, un juez, afecta el sentido o identidad de otro ser. O, como en este caso mismo, su propia constitución o destitución del mundo. Así lo reconoce McEwan (2015) cuando señala que “ella era la que había expulsado del mundo a un bebé, la que le había negado la existencia con argumentos expuestos en treinta y cuatro páginas elegantes”. Tal cual como dice mi tesis 1.

Aunque haya treinta y cuatro páginas elegantes de argumentos, de soluciones articulables razonablemente, hay pérdida moral. Pérdida en el doble sentido de sacrificio de un valor y/o consciencia de tal sacrificio. Pero además esto engarza con la tesis 2. Otro ser, por decisión de un juez, es suprimido del mundo o su vida o sentido son afectados, como se verá prontamente con el caso del testigo de Jehová. La tesis 2 se vincula con la 3. Los valores “fríos” del derecho, en términos de Magris, las normas jurídicas, los argumentos jurídicos (necesidad, mal menor, doble efecto, etc., como en este caso o los argumentos del primer caso.) en vez de posibilitar el desarrollo de los valores “cálidos” (los sentimientos, las pasiones, las amistades, las elecciones) afectan negativamente su desarrollo. En el caso de los

siameses posibilita el desarrollo de Mark, pero a costa de los valores sustentados en forma concreta o potencial por Matthew y sus padres.

Más adelante volveré a esto, pero ahora ingresemos al análisis del caso central de *La ley del menor*: el del joven testigo de Jehová que, junto a sus padres, rechaza la transfusión de sangre.

En efecto, el hospital Edith Cavell solicita urgentemente autorización para transfusión de sangre en un paciente de 17 años con cáncer —Adam Henry— que, junto a sus padres, se niega a este tratamiento debido a que son testigos de Jehová (McEwan, 2015, p. 41-42).

Para la jueza la cuestión de que Adam tenga “casi” 18 años juega un papel importante en los argumentos de desarrollo de una solución a partir de la “ley del menor”. Otra vez se trata, como en los casos anteriores, de buscar la solución “razonable”. Así se dice en la obra cuando se señala lo siguiente: “Puesto que el chico tenía casi dieciocho años, la mayoría de edad legal, sus deseos serían una cuestión crucial (...) A ella no le competía ni era su misión salvarle, sino decidir lo que era razonable y legal (McEwan, 2015, p. 43).

En cualquier caso, el médico hematólogo del hospital sostiene ante la jueza que:

Si a él le hubiera dado carta blanca para aplicar un tratamiento, habría calculado que las posibilidades de una curación completa eran del ochenta y nueve por ciento. En el estado actual —de retraso debido al rechazo del tratamiento— eran mucho menores (McEwan, 2015, p. 71).

Los argumentos de las partes son diversos. Por ejemplo, los argumentos del médico (Carter) y abogado del hospital (Berner) van en la senda de subrayar que lo *razonable* es tratarlo con la sangre donada aun en *contra* de los deseos del menor.

En cambio, para el abogado de los padres (Grieve), hay un derecho humano universal (p. 73) a prestar, o no, consentimiento a un tratamiento.

Por último, el argumento de los padres es netamente religioso: trasfundir a Adam sería equivalente a violar algo sagrado. El padre de Adam, “dijo que la sangre es la esencia de lo humano. Es el alma, la vida misma. Y así como la vida es sagrada, la sangre también lo es” (p. 80). Añadió que “mezclar tu sangre con la de un animal o la de un ser humano es una infección, una contaminación. Es un rechazo del maravilloso don del Creador. Por eso Dios lo prohíbe específicamente en el Génesis, en el Levítico y en los Hechos” (p. 80, 81).

Como se trata de decidir lo “razonable”, parece que la “ley del menor” debe ser considerada, aun si esta es imprecisa y poco definida por el Parlamento, como

se dijo líneas atrás. Pero aquí, dado que Adam Henry, tiene casi 18 años, consultar su competencia para rechazar el tratamiento es fundamental.

Según Berner, abogado del hospital, era claro que Adam Henry no poseía la célebre “competencia Gillick”, pues no poseía entendimiento cabal de lo que estaba ocurriendo y, en este caso, su consentimiento o rechazo eran irrelevante” (p. 88). Además, agregaba Berner: “Las ideas de los testigos de Jehová distaban mucho de ser las de un padre moderno y razonable” (p. 89).

Por el contrario, para Grieve, abogado de los padres, era claro que Adam poseía inteligencia y entendimientos adecuados. Además, estaba el hecho de que solamente le quedaban tres meses para tener la mayoría de edad. En su opinión un juez debía ser muy cuidadoso a la hora de no tomar en cuenta el consentimiento o la falta del mismo por parte de un menor cuya libertad de elección estaba protegida por la ley consuetudinaria (p. 90).

Fiona Maye, en vista de las consideraciones anteriores, alegó que quería conocer personalmente a Adam y conversar con él. Quería conocer sus intereses y deseos tal como él mismo los veía ya que no era una “burocracia impersonal” la que decidiría el caso sino Fiona; —recuérdese la tesis 2 formulada en la introducción— decidiría buscando respetar la mejor versión de los intereses de Adam (p. 93).

Cuando visita a Adam, Fiona le dice que necesita asegurarse de que ha pensado las consecuencias de rechazar el tratamiento. Ella le dice: “Podrías perder la vista, sufrir lesiones cerebrales y podrían fallarte los riñones. ¿Le agradaría a Dios que te quedaras ciego o idiota sometido a diálisis durante el resto de tu vida?” (p. 108). La respuesta de Adam no se hizo esperar: “Si usted no cree en Dios no debería hablar de lo que le gusta o le disgusta” (p. 109).

Adam le lee un trozo de una poesía suya a Fiona; poesía de capital importancia para interpretar sus creencias y emociones al respecto: “Satanás blandió su martillo / para hacer de mi alma picadillo. / Largos, lentos sus golpes de herrero / me redujeron a cero / Pero un paño Satán chapó de oro / que emanaba amor de Dios en cada poro. / Pavimenta el camino de luz dorada / y mi alma está salvada” (p. 112).

Fiona le responde:

O sea que Satanás viene a golpearte con su martillo y sin quererlo convierte tu alma en una chapa de oro que refleja el amor de Dios a todo el mundo, y por eso tú te salvas y no importa tanto que hayas muerto (p. 112).

Frente a la convicción aparentemente inderrotable del chico, ella parece pensar por un momento en la falta de criterios fijos para tomar una decisión que no sea, a su vez, relativa moralmente. Al punto, ella reflexionaba así:

Las religiones, los sistemas morales, el suyo incluido, eran como cimas de una densa cordillera vistas desde una gran distancia, entre las cuales ninguna destacaba de las otras por ser más alta, más importante o más verdadera. ¿Qué había que juzgar? (...) Solo para que quede claro, Adam ¿Comprendes que me corresponde a mí sola decidir lo que es mejor para tus intereses? (p. 114, 115, 116).

Adam le pide a Fiona que lo escuche tocar el violín, una vieja canción irlandesa inspirada en un bis de un poema de Yeats. Verlo cantar esa canción triste a Adam le daba la impresión a Fiona de un acto de esperanza, de optimismo, de fe hacia el futuro por parte de Adam, pese a su aparente rechazo explícito de tratamiento hematológico (p. 119).

La canción decía:

Estábamos junto al río mi amor y yo en un campo, / y en mi hombro inclinado ella posó su mano de nieve. / me pidió que tomara la vida con calma, / tal como la hierba crece en las riberas; / pero yo era joven e insensato y ahora soy todo llanto (p. 119).

Ese “joven insensato” es el propio Adam, como él recapacitará más tarde. Esa mujer que posa su mano de nieve y lo saca de la insensatez, que le pide que “se tome la vida con calma”, simbólicamente, es Fiona, con la cual el joven, meses después de la sentencia, intentará entablar una relación afectiva. Más adelante regreso sobre este estribillo de la canción de Adam.

Voy ahora a la solución “razonable” de Fiona a este caso. En una parte de los considerandos de su decisión, de los fundamentos de su sentencia, ella postula, luego de hablar con Adam, que lo que guía su decisión es el “bienestar” del menor, lo que engloba tanto su estado de salud cuanto sus intereses (p. 123).

Fiona considera que la formación filosófica y religiosa de Adam ha sido poco razonable, monocromática, poco abierta a los debates (p. 124).

En una reflatación de la doctrina del “paternalismo jurídico” (Alemany, 2005, p. 265-303), concluye que: “En suma, estimo que A, sus padres, y los ancianos de la Iglesia han tomado una decisión hostil al bienestar de A, que es la consideración primordial del tribunal. Tiene que ser protegido de una decisión así. Tiene que ser protegido de su religión y de sí mismo” (McEwan, 2015, p. 124) Fiona concede sin embargo las dificultades del caso. Dice: “No ha sido fácil resolver este asunto. He tenido muy presente la edad de A, el respeto que le debemos a su fe y la dignidad del individuo que reclama su derecho a rechazar un tratamiento”.

En clara alusión a su propio balance de valores contrapuestos en un conflicto de tipo moral, Fiona dice: “A mi juicio, su vida es más preciosa que su dignidad (...) En consecuencia, invalido los deseos de A y de sus padres” (p. 124, 125).

Transcurridos unos meses, Fiona recibe en su despacho una carta de Adam. Entre otras cosas, en ella le cuenta que sus padres, al enterarse de la decisión de Fiona, fueron juntos a su cama y lloraban. Adam dice al respecto: “me entristecí porque los tres habíamos desobedecido a Dios. Pero lo importante es que tardé un momento en comprender ¡que estaban llorando de alegría!” “Estaban tan felices que me abrazaban y se abrazaban ellos y alababan a Dios y sollozaban” (p. 139).

También le contaba a la jueza que él y sus padres no fueron “disociados” por la Iglesia ya que para los ancianos la “culpa” no había sido de ellos sino de la jueza, de un sistema impío que regía el mundo y que la jueza misma representaba (p. 140).

Pasado el tiempo, Adam le narra a la jueza personalmente que se sentía en deuda con ella. ¡Lo había salvado! Le dice que aquello de rechazar el tratamiento era una estupidez.

En una vuelta de tuerca a la célebre institución del paternalismo jurídico justificado, según el cual en ocasiones está legitimado que el derecho o los jueces actúen decidiendo por nosotros, le dice algo muy vívido: “Fue como si un adulto hubiera entrado en una habitación llena de niños que se están amargando la vida y hubiera dicho: Eh, basta de tonterías, ¡es hora del té! Usted fue la adulta” (p. 164).

Después de la decisión de Fiona Maye, la vida de Adam Henry quedó patas para arriba. A él le costaba mucho esfuerzo encontrar un sentido narrativo a su vida, una historia de sí mismo, de lo que él pensaba que era que pudiera contarse a sí mismo. Es por ello que inicia una persecución de Fiona. La busca por su casa, la sigue hasta otro estado cuando ella había viajado para impartir justicia. La inquiere, le dice que la necesita, que quiere ir a vivir con ella, aunque sea que ella tenga marido. Y, finalmente, le da un beso en los labios. Fiona queda descolocada. Rehúsa los deseos de Adam. Se ampara en su vida de casada y, sobre todo, en que lo que pide Adam “no encaja” con su *rol de jueza*. Ella ya tomó una *decisión* y *no puede hacer más* por Adam. Ella, Fiona, es jueza, tiene un rol institucional; no es una persona de carne y hueso que puede ser caritativa con Adam. Lo que hizo, ya está hecho.

Este rechazo de Fiona impactará en la vida de Adam. Cuando vuelva a aparecer la leucemia, él rehusará el tratamiento, se dejará morir. Será, como dirá más tarde Fiona, un suicidio. Recapitulando su “historia” con Adam, Fiona encontrará una poesía a medio terminar en la que Adam, a modo de Balada, dice:

Tomé mi cruz de madera y la arrastré hasta el arroyo. / Yo era joven
e insensato y obcecado por un sueño / de que la penitencia era una
bobada y los fardos para bobos. / Pero los domingos me habían di-
cho que viviera según normas. / Las astillas me cortaban el hombro,
la cruz pesaba como plomo, / Mi vida era estrecha y piadosa y casi
estaba muerto, / El arroyo era un baile alegre y la luz del sol bailaba

en derredor / Entonces saltó del agua un pez con un arcoíris en las escamas. / Perlas de agua bailaban y colgaban de regueros de plata. / ¡Lanza la cruz si quieres ser libre! / Y yo arrojé mi carga al río a la sombra del ciclamor / De rodillas en aquel río, en un trance de éxtasis / recibí su dulcísimo beso mientras ella se inclinaba sobre mi hombro. / Pero ella buceó hasta el fondo gélido donde nunca la hallarán / y yo lloré a mares hasta que oí de las trompetas el sonido / Y Jesús de pie en el agua me dijo: / Ese pez era la voz de Satanás y tienes que pagar el precio / Su beso era el beso de Judas, su beso traicionó mi nombre / Que quien...arroje mi cruz se mate con su propia mano (p. 179).

La conclusión de la balada es clara: el suicidio de Adam ya que “quien arroje mi cruz se mate con su propia mano”. Si en la primera canción, como se vio, ella, o sea Fiona, posó su mano de nieve y lo sacó de la insensatez, ésta vez, aquélla que le da el beso (Fiona) le hace dejar la cruz. Fiona encarna ahora al demonio que le quita sentido a la existencia de un Adam desconcertado. Ya no es Adam “tomándose la vida con calma” como en la canción, sino la de alguien que con su beso a Fiona, como Judas, traicionó a Jesús. A fin de cuentas, la “penitencia no era una bobada”. Llevar los fardos, la cruz pesada como plomo, era lo que *le daba sentido a la urdimbre narrativa* de su existencia.

Estos párrafos arriba citados no hacen más que refrendar mi tesis 2. La decisión de un juez, como se vio antes con el caso de Matthew, afecta la constitución o sentido de la existencia de otro ser. En este caso, trágicamente, como dice mi tesis 3, los valores fríos del derecho afectan negativamente —el suicidio de Adam— la existencia de otro ser.

El derecho intenta escapar a lo trágico mediante la idea de soluciones “razonables”. La razonabilidad se articula en argumentos diversos. En el caso de las niñas judías, en propender a una educación amplia y reflexiva. En el caso de Matthew a la doctrina de la necesidad y el doble efecto. Aquí a la idea de que la decisión de los padres de Adam es hostil con su bienestar. En todos los argumentos reflota la noción —imprecisa— como lo admite Fiona, del interés del menor. La razonabilidad de toda la artillería argumental empleada en los tres casos descansa en un presupuesto del liberalismo político defendido por el gran John Rawls (2003), a saber: lo que un juez defienda como válido argumentalmente tiene que poder (o ser susceptible de) ser defendido en el ámbito público. La razón pública admite el *factum* del desacuerdo, pero de un desacuerdo “razonable”. Los argumentos a defender en el ámbito público, guiados por la razón pública, deben contar con apoyo en razones compartibles por sujetos que tienen a la vista una finalidad común en una sociedad dividida, a saber: la cooperación.

No obstante lo anterior, hay, parece, conflictos trágicos. Donde más allá de la pulcra razonabilidad del derecho o del juez, hay pérdida moral (tesis 2) y los

valores cálidos (los sentimientos de Adam hacia sí mismo y el mundo) son afectados negativamente por los valores fríos (los argumentos razonables del derecho).

Conclusiones

Con este trabajo he pretendido mostrar una conexión interesante entre literatura, filosofía y derecho. La poesía, como sostiene en *Poética* Aristóteles, plantea las condiciones lógicas —modales, diría yo— de lo que podría haber sucedido y, por ende, de lo que podría suceder.

Quizás por esto, la filósofa española María Zambrano (2013) se ha preguntado lo siguiente: “¿No será posible que algún día afortunado la poesía recoja todo lo que la filosofía sabe, todo lo que aprendió en su alejamiento y en su duda, para fijar lúcidamente y para todos su sueño?” (p. 99).

Recorriendo el relato de *La ley del menor* del escritor británico Ian McEwan (2015) he tratado de mostrar la fecundidad filosófica de tres tesis, a saber: que hay conflictos trágicos que aunque se resuelvan razonablemente no eliminan pérdida moral, que las decisiones de los jueces afectan el sentido de la vida de otras personas y que los valores fríos, en los que piensa Claudio Magris, pueden afectar negativamente el desarrollo de los valores cálidos.

Creo que estas tres tesis han podido ser mostradas adecuadamente. De la mano de las mismas y de relatos literarios como este, los profesores de derecho o de filosofía del derecho, podemos echar mano para escenificar mejor nuestra enseñanza sobre temas como el problema del conflicto de valores, la relación entre derecho y moral, o la idea de pérdida dejada por un sacrificio de valores.

Es por lo dicho que estoy tentado, como Martha Nussbaum (1995) a pensar que en la educación de los jueces deberían figurar textos literarios como este. La tesis de Nussbaum es que la lectura de ciertos textos desarrolla en nosotros una mayor capacidad de imaginación y percepción morales. También su tesis es que la educación “sentimental” de los jueces, o de los ciudadanos en general, nos permite mediante ciertos textos literarios, lograr “mejores personas” o “mejores jueces”. “Mejores jueces” en el sentido de jueces con una imaginación y percepción morales agudas, como el caso de Fiona Maye. Empero, esta visión optimista del papel de los textos literarios en la educación para ser mejores personas o jueces, enfrenta un doble desafío con cuya mención deseo concluir este trabajo.

El primero es si esta educación que puede coadyuvar a tener jueces “razonables” como Fiona Maye permite eliminar la pérdida moral, evita afectar negativamente el desarrollo de la existencia de otros seres, y logra un adecuado equilibrio reflexivo entre valores fríos y cálidos. Los conflictos trágicos como los de Adam Henry generan un escepticismo específico sobre esta triple posibilidad.

El segundo desafío lo han planteado, entre otros, filósofos como Gregorie Currie (2013) quien ha sostenido, con cierto tino, que la afirmación de que la lectura de textos literarios nos hace mejores personas desde el punto de vista moral carece de evidencia empírica. Se trata de una afirmación filosófica, en otras palabras, sin sustento psicológico. Estudios de neuroética y psicología moral todavía no han demostrado tal cosa. Sin embargo, aun si este argumento de Currie parece correcto uno podría reformular la tesis filosófica de una manera más cauta. Pensar así presupone que personas o jueces enfrentados a textos literarios disponen, al menos, de un mundo donde la imaginación y la percepción morales, y el desarrollo de las emociones morales frente a los conflictos pueden ser cinceladas un tanto. Cinceladas mediante su experiencia personal con dichos textos. Quizás los textos literarios no sean condición suficiente de nuestra educación moral, pero sí que parecen ser condición necesaria. Y ello parece independiente del argumento empírico de Currie. Pero la exploración de la verosimilitud de esta afirmación deberá aguardar otro trabajo.

Referencias

- Alemany, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, pp. 265-303.
- Álvarez, S. (2011). Dilemas morales, conflictos morales y soluciones jurídicas. En Zucca, Lariguét, Martínez Zorrilla & Álvarez, Marcial Pons. *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales* (pp. 109) Madrid-Buenos Aires-Barcelona.
- Aparisi Miralles, A. (2008). *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, Pamplona, Navarra, pp. 226-229.
- Baumann, P. & Betzler, M. (2004). Introduction: varieties of practical conflict and the scope of practical reasoning. En *Practical conflicts. New philosophical essays*, edited by Baumann y Betzler, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-26.
- Bonorino, P. (2011). Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del Derecho. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, pp. 73-90.
- Bouvier, H. (2012). *Particularismo y Derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid: Marcial Pons.
- Boyd White, J. (1985). *The legal imagination*. Chicago: University of Chicago Press.
- Currie, G. (2013). Does great literature make us better? *The New York Times*. Recuperado de: http://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/06/01/does-great-literature-make-us-better/?_r=0.

- Elster, J. (1995). *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Traducción de Carlos Gardini, Barcelona: Gedisa, pp. 116-119.
- Greenspan, P. (1995). *Practical Guilt. Moral dilemmas, emotions and social norms*. Oxford: Oxford University Press, pp. 109 y ss.
- Magris, C. (2008) *Literatura y Derecho. Ante la ley*. México. D.F.: Sexto Piso, pp. 82.
- McEwan, I. (2015). *La ley del menor*, traducción de Jaime Zulaika. Barcelona: Anagrama, pp. 14; 24-26; 35-37; 39; 41-43; 71; 73; 89-90; 93; 109; 112; 114; 115-116; 119; 123-125; 139-140; 173-174; 179.
- Nussbaum, M. (1995). *Poetic Justice. The literary imagination and public life*. Boston, Massachusetts: Beacon Press.
- Nussbaum, M. (2005). *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, Traducción de Rocío Orsi Portalo y Juana María Inarejos Ortiz. Madrid: Mínimo tránsito, Machado Libros.
- Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Harvard: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2003). *Liberalismo político*. Traducción de Sergio René Madero Baez. México, D.F.: FCE, pp. 11-12.
- Seleme, H. (2014). ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, pp. 263-280.
- Williams, B. (1993). Conflicto de Valores. *La fortuna moral*, Traducción de Susana Marín, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 97-110.
- Zambrano, M. (2013). Poesía y Metafísica. *Filosofía y Poesía*. México: FCE, pp. 99.



Título: Dualidad. Técnica: Ilustración. Año: 2009

Gubernamentalidad y heterotopías urbanas: una lectura sobre los contraespacios del poder ciudadano*

Didiher Mauricio Rojas Usma**

Resumen

La gubernamentalidad como la “racionalización gubernamental en el ejercicio de la soberanía política” implica una construcción de técnicas de control, formas de conocimientos (disciplinas), regímenes de representación y modos de intervención. Esta racionalización se construye a través de dispositivos de control y de producción que se expresan en discursos y tecnologías de poder. En ese orden de ideas, la gubernamentalidad urbana nos acerca a la discusión por la ciudad o por las relaciones socioespaciales que ocurren en las dinámicas de la ciudad. En este sentido, nos preguntamos ¿la ciudad lleva consigo una idea instantánea de gubernamentalidad, o se construye una gubernamentalidad para edificar una ciudad? Y por lo tanto, ¿Estaríamos hablando de varios proyectos de ciudad dentro de una Ciudad? Estas preguntas orientan nuestra investigación a propósito de los contextos en que se desarrollan las dinámicas de una ciudad como Medellín, a nivel de los discursos de desarrollo, el modelo económico y, el modelo de Estado; los cuales constituyen los dispositivos en que se expresa la gubernamentalidad. El presente artículo, analiza por ello, el escenario de actuación de la gubernamentalidad urbana como dispositivo que, a través de estrategias de control y de subjetivación, conducen a la figura del sujeto autogobernable y productivo, para decirlo con David Harvey, en el marco de una polis neoliberal.

Palabras clave: gubernamentalidad, dispositivos de poder, heterotopías urbanas, ciudadanías

Governmentality and urban heterotopies: a reading on the counter-spaces of citizen power

Abstract

Governmentality as “the governmental rationalization in the exercise of political sovereignty” implies the construction of control techniques, forms of knowledge (disciplines), representation regimes and modes of intervention. This rationalization is built through control and production devices that are expressed in discourses and power technologies. In that order, urban governmentality brings us closer to the discussion of the city or the *socio-spatial* relationships that occur in the dynamics of the city. In this sense we ask ourselves: does the city carry with it an instantaneous idea of governmentality, or is governmentality constructed to build a city? So, would we be talking about several city projects within a city?. These questions guide our research, with regard to the contexts in which the dynamics of a city like Medellín are developed, with respect to development discourses, the economic model and the State model; which constitute the devices in which governmentality is expressed. This article analyzes the performance scenario of urban governmentality as a device that, through strategies of control and subjectivation, leads to the figure of the self-governed and productive subject, to say it with David Harvey, within the framework of a neoliberal polis.

Key words: governmentality; power devices; urban heterotopies; citizenships.

Governamentalidade e heterotopias urbanas: uma leitura sobre os contra- espaços do poder cidadão

Resumo

A governamentalidade como a “racionalização governamental no exercício da soberania política” implica uma construção de técnicas de controle, formas de conhecimentos (disciplinas), regimes de representação e modos de intervenção. Esta racionalização se constrói através de dispositivos de controle e de produção que se expressam em discursos e tecnologias de poder. Nessa ordem, a governamentalidade urbana nos aproxima à discussão pela cidade ou pelas relações *sócio-espaciais* que ocorrem nas dinâmicas da cidade. Neste sentido, nos perguntamos: a cidade leva em si uma ideia instantânea de governamentalidade, ou se constrói uma governamentalidade para edificar uma cidade? Portanto, estaríamos tratando de vários projetos de cidade dentro de uma cidade? Estas perguntas orientam nossa pesquisa, a propósito dos contextos em que se desenvolvem as dinâmicas de uma cidade como Medellín, Colômbia, em relação aos discursos de desenvolvimento, o modelo econômico e o modelo de Estado; que constituem os dispositivos em que se expressa a governamentalidade. O presente artigo analisa o cenário de atuação da governamentalidade urbana como dispositivo que, através de estratégias de controle e de subjetivação, conduzem à figura do sujeito auto – governável e produtivo, para se referir a David Harvey, no marco de uma pólis neoliberal.

Palavras-chave: Governamentalidade; dispositivos de poder; heterotopias urbanas; cidadanias.

* Artículo de investigación. Derivado del proyecto *Espacios diferentes, contraespacios y espacios negados de la política: Un análisis desde la gubernamentalidad urbana. Medellín 2010-2013* inscrito en el Sistema Universitario de investigación de la Universidad de Antioquia.

** Profesor vinculado de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Coordinador semillero de Estudios Contemporáneos de la Política adscrito al grupo de Investigación Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: didiher.rojas@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-8776-1149

Gubernamentalidad y heterotopías urbanas: una lectura sobre los contraespacios del poder ciudadano

Puente de la plaza Minorista:

Pero en sí también existe un orden, aunque sus límites o fronteras son más abstractos que concretos, a nadie se le niega la estancia o presencia en el lugar, pero la mayoría de los presentes vistos durante el 6 de junio en el puente Horacio Toro, posteriormente ubicados sobre la avenida León de Greiff, durante el recorrido en septiembre. Era población adulta o ancianos, las propiedades materiales que poseen algunos las cargan sobre sus hombros o espalda, en ellas encuentran al parecer la forma de sobrellevar su vida sobre el diverso y contencioso asfalto urbano de la ciudad de Medellín” (Archivo plaza Minorista, excursión 1. Andrés Eduardo Martínez, estudiante del pregrado en Ciencia Política. Semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

Introducción

La necesaria articulación entre gubernamentalidad- espacio político y ciencia política

El presente trabajo se orienta por los principios teóricos y metodológicos de los estudios de gubernamentalidad. Una corriente contemporánea de estudios de orientación foucaultiana que tiene como objetivo analizar y problematizar la configuración de dispositivos de poder orientados al control productivo de la población. En ese sentido, nos interesa definir un campo empírico sobre el cual pueda adelantarse una problematización del espacio político contemporáneo, desde una perspectiva que indaga por las relaciones de poder, los actores, sus prácticas y espacios; pero desde un punto de vista que plantea nuevos retos comprensivos para la ciencia política: ¿A qué podemos llamar gubernamentalidad en contraste

con los conceptos tradicionales de gobierno, gobernabilidad o gobernanza? ¿De qué manera puede actualizarse el poder de la gubernamentalidad partiendo de la premisa de que sus dispositivos no son propiamente coercitivos ni punitivos? ¿Cuáles son esos discursos, racionalidades y tecnologías de poder que subyacen a los dispositivos contemporáneos de gubernamentalidad? ¿Cómo podemos poner en práctica una analítica de la gubernamentalidad que permita hacer un análisis empírico de los actores y espacios políticos de la ciudad?

Si bien los estudios de gubernamentalidad —conocidos regularmente como *governmentality studies* por su acepción y origen en la nueva escuela foucaultiana anglosajona— han propiciado ya reflexiones interesantes en contextos de investigación política y social en Latinoamérica como en el caso de la red latinoamericana de estudios biopolíticos, su investigación en términos del análisis de fenómenos empíricos empieza a delinearse solo hasta ahora, en tanto la discusión conceptual y metodológica empieza a ofrecer pistas y orientaciones generales para adelantar trabajos sobre campos de estudios concretos: el estado neoliberal, la dinámica de la población, el trabajo y la producción, la gestión de los sujetos y el gobierno de sí, la producción de espacios políticos, etc.

Igualmente, su articulación a otras tradiciones y corrientes de la investigación social, la de los estudios urbanos y los estudios culturales, para citar solo dos ejemplos, permiten una articulación interdisciplinar que, en nuestro caso, da lugar a un marco teórico y una ruta metodológica compleja alrededor de lo que aquí proponemos como un análisis de la ciudad contemporánea como dispositivo de gubernamentalidad urbana.

Con base en lo anterior, proponemos un trabajo centrado en la problematización de la ciudad y la producción de espacios políticos desde una perspectiva de estudios contemporáneos que formula preguntas y aportes interesantes a las ciencias sociales en general y, como se dice más arriba, a disciplinas como la ciencia política en particular, en tanto incorpora un aparato conceptual y metodológico que abre horizontes investigativos en múltiples instancias del campo social y político del presente.

¿Qué es la gubernamentalidad? Dispositivos, población y territorio

Recorrido parque de los Deseos:

Al rato, después de compartir un rato en grupo decidimos caminar de nuevo por la parte trasera del edificio del parque de los Deseos. Ya se acercaban las ocho de la noche, las luces jugaban con otros cuerpos y pudimos identificar un grupo conformado por mujeres trans (o mujeres en tránsito), pasos después nos encontramos con

un grupo muy pequeño de hombres que extendían la bandera del arcoíris, podría medir unos 70 centímetros por 50 centímetros, no era inmensa pero sus colores eran visibles. Extendida en el piso de la parte trasera del edificio, quizá uno de los lugares inoperosos del parque, donde parecen conglomerarse los *cuerpos-diversos*, cuerpos transgresores del género, nos demuestra la apropiación de un espacio que los limita. El parque de los deseos no es un espacio diferente, no integra a la población LGTBI, no permite la libertad de los cuerpos y los segrega a una de las partes laterales del lugar, pero en medio de luces incandescentes, cemento y edificios cuadrículados la bandera contrapone una ideología, referencia el lugar y visibiliza la apuesta de otras identidades.

Siempre me causó curiosidad saber si la bandera que extendieron los jóvenes aquella noche tendría una apuesta política o solo era un “trapo para sentarse”. Opté por creer que era una forma de conquistar y reclamar un espacio, nadie se sienta sobre su bandera simplemente para ensuciarla (Archivo parque de los Deseos, excursión 2. Viviana Ospina, docente del pregrado en Ciencia Política e integrante del semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

La gubernamentalidad en Michel Foucault

La pregunta por el gobierno en Foucault es ante todo una pregunta por la política. No solo una pregunta política que compromete al Estado sino a un complejo y amplio campo de dominios que, evocando uno de sus seminarios del College de France, gravitan entre las condiciones del gobierno de sí y el gobierno de los otros.

De ahí que la reflexión que desea transmitir esta ponencia tenga una doble motivación y a la vez un doble objetivo: primero, un acercamiento a las condiciones de emergencia de la gubernamentalidad, según Foucault y algunos de sus lectores posteriores, esto con el fin de identificar, no solo la definición propuesta por Foucault, sino el tipo particular de poder y saber asociado a esta forma de gobierno que, como veremos, resulta distinta de las nociones de gobernabilidad o gobernanza; y, segundo, un interés por hacer visible la potencia explicativa de la gubernamentalidad y sus dispositivos para el análisis de fenómenos sociales y políticos contemporáneos, por citar algunos que resultarían de interés para las ciencias sociales, en un esfuerzo que no es para nada original dado el crecimiento cada vez mayor de los estudios biopolíticos y los llamados —governmentality studies—; campo que, ha demostrado ya, aunque a nuestro criterio, más desde la teoría que desde la práctica, las condiciones de posibilidad de dicho análisis de prácticas políticas contemporáneas desde una perspectiva foucaultiana.

En Foucault, el concepto de gobierno en sentido general remite directamente a una concepción del hombre como sujeto que vive, habla y trabaja; no obstante, encuentra en dicho concepto otra dimensión que pretende ordenarlo, un nuevo régimen, un nuevo orden que pretende obrar a la manera de cálculo y saber ordenado, ya no solo en el ámbito del hombre como objeto positivo, sino en el ámbito de las cosas, de la población: Gobierno, citando a Guillaume de la Perrière —uno de los “antimaquiavelos” abordados por Foucault en su texto sobre la gubernamentalidad— es: “La recta disposición de las cosas, de las que uno se hace cargo para conducir las a un fin conveniente” (Foucault, 1999, p. 182). Gobierno de las cosas que es objeto de cuestionamiento en Foucault, al afirmar en una extensa cita:

Quando La Perriere dice que el gobierno gobierna las cosas, ¿qué quiere decir? ¿No decir? No creo que se trate de oponer las cosas a los hombres, sino más bien de mostrar que aquello a lo que refiere el gobierno no es, por tanto, el territorio, sino una especie de compuesto constituido por los hombres y las cosas. Es decir, prosigue Foucault, que las cosas de las que el gobierno debe hacerse cargo son los hombres, pero en sus relaciones, sus vínculos, sus imbricaciones con esas cosas que son las riquezas, los recursos, las provisiones, el territorio por supuesto, en sus fronteras, con sus condiciones, su clima, su aridez, su fertilidad (...) son los hombres en sus relaciones también con esas otras cosas que pueden ser los accidentes o las desgracias, como el hambre, las epidemias o la muerte (Foucault, 1999, p. 184).

La población, como ámbito y a la vez objeto del gobierno biopolítico —ese tipo de poder sobre la vida llevada a cabo, pero no solo, por la gubernamentalidad estatal—, configurará entonces un campo de saber semejante al de esa ciencia del orden nombrada por Foucault como *mathesis*; y a su vez configurará un campo de poder, el de los dispositivos de gubernamentalidad, entendiendo estos, en primera instancia, como aquellos dispositivo que “hacen entrar” a la vida en los cálculos explícitos y productivos del poder.

La pregunta que aparece, entonces, luego de identificar eso que Foucault nombra como “una gran mutación tecnológica del poder en occidente”, esto es, el intento de crear, de un lado, un mecanismo continuo de poder, que ayudara a reducir los espacios por los que se fugan poderes que escapan a su control, y del otro, su implementación en un escenario que tendría por objetivo la gestión productiva de la población sin incurrir en el exceso de prohibiciones, apunta a identificar las razones históricas, políticas y epistemológicas de esa forma positiva y productiva del gobierno de las cosas, es decir de la gubernamentalidad y de la biopolítica como correlato de esa transformación de los procedimientos políticos de occidente:

En este preciso momento es cuando vemos aparecer problemas como los del hábitat, las condiciones de vida en una ciudad, la higiene

pública, la modificación de la relación entre natalidad y mortalidad. Surge entonces la cuestión de saber cómo podemos hacer que la gente tenga más hijos, en todo caso cómo podemos regular el flujo de la población, cómo podemos regular igualmente la tasa de crecimiento de una población, las migraciones. Y a partir de aquí toda una serie de técnicas de observación entre las cuales está evidentemente la estadística, pero también todos los grandes organismos administrativos, económicos y políticos se encargan de esta regulación de la población. En la tecnología del poder han tenido lugar dos grandes revoluciones: el descubrimiento de la disciplina y el descubrimiento de la regulación y el perfeccionamiento de una anatomopolítica y del de una biopolítica (Foucault, 1999b, p. 246).

El contexto histórico del que nos habla Foucault es fácilmente identificable: “La vida llega a ser entonces, a partir del siglo XVIII, un objeto de poder: la vida y el cuerpo (...) El poder se hace materialista” (Foucault, 1999b, p. 246).

A propósito de dicho ejercicio consentido de la gubernamentalidad estatal, para poner un ejemplo concreto —pues la gubernamentalidad, si bien reflexiona sobre el modo en que la población aparece como objetivo por excelencia del gobierno estatal, no solo es ejercida por el Estado—, comenta Santiago Castro-Gómez en su *Historia de la gubernamentalidad*:

La población es un conjunto de procesos, y el arte de gobernar debe conocer estos procesos a fondo con el fin de generar técnicas específicas que permitan gobernarlos (...) Lo que se halla en juego aquí es permitir el movimiento, hacer que las personas y las cosas se muevan, dejar fluir las circulaciones en lugar de prohibirlas (...) porque el “gobierno” no radica en imponer conductas por la fuerza (dominación) y tampoco en modificarlas a través del adiestramiento sistemático de los cuerpos individuales (disciplinamiento) (...) En lugar de imponerles una ley, “dejarlos hacer”, permitiendo su iniciativa individual; en lugar de disciplinar sus rutinas, “dejar pasar” aquellas conductas que pueden romper con lo establecido y abrir campo a la creatividad económica (Castro-Gómez, 2010, p. 77).

La cualidad particular de la gubernamentalidad, como forma moderna de gobierno de los seres humanos como de las almas, radica para empezar, en la necesidad de reflexionar en sus premisas, objetivos y metas. De igual forma, las metas tempranas de felicidad, salvación y bondad son ahora secularizadas y rearticuladas con la problemática política del Estado. De esa manera Foucault habla de una individualización y totalización del Estado: “Una nueva distribución, una nueva organización de esta clase de poder individualizante (...) una moderna matriz de individualización, una nueva forma de poder pastoral” Las técnicas de este poder pastoral secularizado, advierte Foucault, instalan separaciones jerárquicas entre lo útil

y lo inútil, lo normal y lo anormal, funcionando por el camino de un *set* de valores y su operacionalización; en otras palabras, los procedimientos son establecidos orientando y alineando los individuos de acuerdo con estándares predeterminados.

En ese sentido, el estudio de la gubernamentalidad supone en Foucault no solo la articulación entre la política, el Estado y la población, sino la problematización de la ciudad como espacio de orden, y a la vez de resistencia, desde una perspectiva que da lugar tanto al estudio de los dispositivos biopolíticos, que pretende controlar y regular la relación entre los sujetos y sus espacios de hábitat, así como de las prácticas de resistencia, los puntos de fuga si se quiere, de estos como actores imbricados en un conjunto amplio de relaciones de poder.

Dicha pregunta por la problematización de la ciudad como espacio para el control, la regulación, pero a su vez para el poder colectivo y urbano, se deja ver con claridad en dos referentes teóricos contemporáneos que, de una u otra forma, heredan del trabajo de Foucault, Bourdieu o Lefebvre, la pregunta por las relaciones entre los espacios, los sujetos y lo político: en primer lugar los llamados —estudios de gubernamentalidad— adelantados en su mayoría por un amplio abanico de autores autodenominados *anglofoucaultianos*—; segundo, los estudios sobre urbanismo y poder urbano que, desde la perspectiva de autores como David Harvey, cuestionan las dinámicas políticas del espacio urbano a partir de lo que nombra como —las grietas de la ciudad capitalista— o en nuestra forma de nombrarlo, de la polis neoliberal. En este trabajo haremos mención, antes que nada, a los primeros.

Los estudios de gubernamentalidad

De acuerdo con Grinberg (2007) los estudios de gubernamentalidad tienen como punto de partida el desarrollo que sobre dicho concepto adelantó el filósofo Michel Foucault en sus cursos en el Collège de France en 1970. En estos, Foucault propone el concepto de gubernamentalidad como un concepto asociado a las transformaciones sociales y políticas que suponen, desde el siglo XVII, un proceso continuo de gubernamentalización del Estado, el cual comprende no solo a la institución estatal en sí misma, sino al complejo conjunto de formas vida, sujetos de gobierno y tecnologías de poder que lo construyen y a la vez lo deconstruyen.

En ese orden, los estudios de la gubernamentalidad aluden no solo al conjunto general de investigaciones inscritas en la actual denominación de estudios *anglofoucaultianos*; sino en la corriente contemporánea de estudios que, de acuerdo con Grinberg, adelantan un conjunto de autores que, provenientes de diversas disciplinas de las ciencias sociales, trabajan desde esta perspectiva en la que: El hambre, el riesgo de revuelta, la gestión —por usar un término más actual— de la seguridad y del territorio, no son problemas que atañen a un pasado, relativamente cercano pero ya

olvidado, sino que son constitutivos de la vida urbana, moderna, capitalista; siguen presentes en nuestra agitada vida contemporánea y, si no con más, seguramente con la misma intensidad que en el siglo XVIII (Hunt, 1996, citada por Grinberg, 2007, p.98).

Los estudios de gubernamentalidad, si bien pueden inscribirse en la denominación general de estudios sobre el gobierno, se diferencian de los estudios orientados a la gobernabilidad o la gobernanza, en tanto, afirma Grinberg, la noción de gobernabilidad aparte de tornarse el tema de investigación prioritario y ocupar las primeras planas de los diarios, puede pensarse como solo una dimensión, tal vez la versión propositiva, y programática dentro de un conjunto mayor de problematizaciones sobre el gobierno a los que Foucault nombra bajo la denominación de gubernamentalidad. Es decir, un proceso amplio de gubernamentalización de las prácticas y los espacios políticos de la ciudad que implica un nuevo juego de visibilidad del poder sobre la población, sobre el hombre como ser viviente, racional y productivo. En palabras de Foucault, una tecnología de poder que actúa sobre la población y supone la regularización de su vida, el estudio, la revisión, la estimación y medición estadística como sus categorías:

Será preciso modificar y bajar la morbilidad, estimular la natalidad (...) habrá que alargar la vida (/), en síntesis, de instalar mecanismos de seguridad alrededor de ese carácter aleatorio que es inherente a una población de seres vivos; optimizar, si ustedes quieren, un estado de vida (...), mecanismos destinados, en suma, a maximizar fuerzas, a extraerlas, pero que recorren caminos enteramente diferentes (Foucault, 2000, p. 223).

Empero, los estudios de gubernamentalidad, y la analítica de la gubernamentalidad como su método, no suponen un estudio del poder estatal visto a la manera de una sustancia que se impone de manera absoluta sobre los sujetos; por el contrario, la convicción de Foucault acerca de que el marco general para el estudio del gobierno es el problema de la revuelta, y con esta de la práctica de la libertad, se actualiza y se hace importante, el caso de la gubernamentalidad y el estudio de sus dispositivos, en una concepción de las relaciones de poder que involucra un doble movimiento: de fuerza y fractura; de poder y potencia; de incitación y lucha. En síntesis, de una analítica que, como en el caso de los espacios y contraespacios de la política:

[Remiten] a un campo posible de acción sobre los otros que, en tanto relación de poder, supone situaciones específicas que en cada sociedad son múltiples y, por tanto, se superponen, se entrecruzan, se anulan, imponen sus propios límites y, también, se refuerzan entre sí (Grinberg, 2007, p. 102).

Dada la relación entre estudios de gubernamentalidad y el estudio de los dispositivos a la manera de lo que Foucault denomina como una analítica del poder, en nuestro caso también, una analítica de la gubernamentalidad, se propone en este

trabajo el estudio de los dispositivos de gubernamentalidad como clave metodológica para el análisis de las dinámicas del espacio político contemporáneo y, en este caso concreto, del espacio urbano contemporáneo, teniendo la ciudad como locus o centro de dicho análisis. De ahí entonces la necesidad de acercarnos, en segundo lugar, a lo que entendemos ya no por gubernamentalidad, sino por dispositivos.

El estudio de dispositivos de gubernamentalidad como clave metodológica

Cuando hablamos de un dispositivo nos referimos a lo que autores como Foucault (2009), Deleuze (1998) o Agamben (2011) reconocen como un entramado de relaciones de poder, modos de subjetivación, espacios políticos y prácticas de resistencia; que se entretujan alrededor de un conjunto de tecnologías gubernamentales específicas. Con la expresión dispositivos de gubernamentalidad nos referimos de nuevo con Foucault, a la serie de técnicas de gestión y control productivo de la vida, puestas en juego por el conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones que permiten ejercer una forma específica de poder sobre la totalidad o una parte de la población con el fin de administrarla eficaz y productivamente:

La filosofía de Foucault se presenta a menudo como un análisis de “dispositivos” concreto. Pero ¿qué es un dispositivo? En primer lugar, es una especie de ovillo o madeja, un conjunto multilineal. Está compuesto de líneas de diferente naturaleza y esas líneas del dispositivo no abarcan ni rodean sistemas cada uno de los cuales sería homogéneo por su cuenta (el objeto, el sujeto, el lenguaje), sino que siguen direcciones diferentes, forman procesos siempre en desequilibrio y esas líneas tanto se acercan unas a otras como se alejan unas de otras. Cada línea está quebrada y sometida a variaciones de dirección (bifurcada, ahorquillada), sometida a derivaciones. Los objetos visibles, las enunciaciones formulables, las fuerzas en ejercicio, los sujetos en posición son como vectores o tensores. De manera que las tres grandes instancias que Foucault distingue sucesivamente (saber, poder y subjetividad) no poseen en modo alguno contornos definitivos, sino que son cadenas de variables relacionadas entre sí (Deleuze, 1998, p.155).

De acuerdo con lo anterior, el análisis biopolítico de un dispositivo implica levantar una cartografía de la forma como se entrecruzan, entretujan, colisionan y articulan en este, las diferentes líneas (de visibilidad, enunciación) que lo constituyen. De allí que se mencionen las líneas del dispositivo que resultan objeto de estudio en un análisis biopolítico de los dispositivos de gubernamentalidad:

Líneas de fuerza (Relaciones de poder – prácticas y estrategias de control y gestión) En un dispositivo, afirma Deleuze, las líneas de

fuerza trazan tangentes, envuelven los trayectos de una línea con otra, operan idas y venidas, desde —el ver al decir e inversamente, actuando como flechas que no cesan de penetrar las cosas y las palabras, que no cesan de librar una batalla—. Las líneas de fuerza se producen en toda relación de un punto con otro y pasa por todos los lugares de un dispositivo. Para el autor estas líneas están estrechamente mezcladas con las otras y sin embargo no se las puede distinguir: Se trata de la dimensión del poder, y el poder es la tercera dimensión del espacio interno del dispositivo, espacio variable con los dispositivos. Esta dimensión se compone, como el poder, con el saber (Deleuze, 1998, p. 156).

En términos de los dispositivos de gubernamentalidad dichas líneas de fuerza se reconocen del lado de las estrategias, acciones y prácticas de gubernamentalidad dirigidas a la población para la gestión de sus vidas: cánones de nutrición, controles de crecimiento poblacional, directrices de formación ciudadana, normativas para la intervención de la pobreza; etc. De acuerdo con Deleuze, estas líneas tienen por propósito “imponer contornos definitivos” al comportamiento en aras de su productividad; no obstante, su proceder no se registra como el único dentro de las múltiples líneas del dispositivo.

Líneas de objetivación y subjetivación (relaciones de estrategia – producción de subjetividad – racionalidades) Con las líneas de subjetivación (descritas también como dimensión del *sí-mismo*) Deleuze alude a esos elementos identificados por Foucault, en el caso de los mapas de dispositivos, que pueden entenderse en dos sentidos; el primero, cómo aquellas líneas permiten planear alternativas a esas líneas de fuerza infranqueables que se imponen como contornos definitivos; esto es, aquellas líneas que no pueden ser circunscritas por esas líneas de fuerza que envuelven el dispositivo.

Segundo, una línea de subjetivación, afirma Deleuze, es un proceso, es la producción de subjetividad en un dispositivo:

Una línea de subjetivación debe hacerse en la medida en que el dispositivo lo deje o lo haga posible. Es hasta una línea de fuga. Escapa a las líneas anteriores, se escapa. El *sí-mismo* no es ni un saber ni un poder. Es un proceso de individuación que tiene que ver con grupos o personas y que se sustrae a las relaciones de fuerzas establecidas como saberes constituidos: es una especie de plusvalía (Deleuze, 1998, p.157).

Aplicados al estudio de los dispositivos de gubernamentalidad, las líneas de objetivación y subjetivación apuntarían a la construcción de uno o varios tipos de racionalidad que orientan la implementación de las estrategias, acciones y prácticas de gubernamentalidad: Emprendimiento, innovación, seguridad, cuidado y gestión de sí mismo, participación ciudadana; entre otros discursos, estarían en la base del

tipo de racionalidad gubernamental promovidas en el campo exploratorio de la polis contemporánea.

Estas líneas para marcar un punto de continuidad con las siguientes prepararían o permitirían las líneas de fuga o fractura. De ahí que resulte necesaria su definición.

Modos de resistencia o en términos del dispositivo líneas de fractura (prácticas de resistencia – líneas de actualización o creatividad), estas son, para decirlo brevemente con Deleuze, líneas que, propiciadas por las dinámicas entre las líneas de fuerza y subjetivación, se escapan de los poderes y de los saberes (líneas de fuerza) de un dispositivo para colocarse en los poderes y saberes de otro, en otras formas por nacer; esto es, emprenden un proceso de acción que tiende a la transformación y la emergencia de nuevas prácticas, regularmente creadas en un contexto agonista frente a las líneas de fuerza del dispositivo. Para Deleuze, las líneas de fuga o resistencia suelen articularse a esa dimensión de las líneas de subjetivación que tiene por característica la actualización o la creatividad; no obstante, su emergencia depende igual de la dinámica de las líneas o de la relación de fuerza de unas sobre otras.

Gubernamentalidad urbana: las categorías articuladoras entre dispositivos y espacios políticos

Recorrido barbacoas – Perú

Bajamos por la calle 55 (Perú) mientras caminamos por la primera calle las casas se iban corroyendo, las aceras se veían cada vez más sucias y diferentes olores se iban agrupando y concentrando. Cruzamos a la siguiente cuadra y el ambiente cambió completamente. Perú empezó a ser habitada por cuerpos sucios, cuerpos sospechosos para el resto de la ciudad, adornada por la mugre, olores intensos, esmog y grasa; a pesar del cambio brusco entre una calle y otra, nosotros éramos los extraños, un grupo de personas con vestimentas y caras distintas transitando por una calle que no tendría que estar en nuestro mapa (...) A pesar del temor que algunos de nosotros pudimos sentir, en el lugar pude ver al menos diez mujeres trans⁶⁷, este trabajo fue difícil puesto que la hiperfeminización no permitía hacer esta identificación. Este proceso de exagerar lo femenino es constitutivo y de resistencia de las mujeres trans, y nos ayuda a comprender la categoría de los cuerpos transgresores como espacios y heterotopías dentro de las heterotopías geográficas. El *cuerpo-transgresor* como elemento de

67 Cuando socializamos en el semillero la experiencia Melissa nos contó que todas las mujeres que se prostituyen en este espacio son mujeres trans.

la línea de fuga de los espacios diferentes es el inicio para entender la esencia de lo político en los espacios diferentes o heterotopías, ya que siempre está en transformación, lleva una apuesta de lo diverso, profana la realidad lo que lo hace un emplazamiento por si solo y, en consecuencia, se enfrenta a una normalización del cuerpo como espacio y el espacio geográfico que habita (Archivo calle 55, Perú. Excurso 3. Viviana Ospina, docente del pregrado en Ciencia Política e integrante del Semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

Dispositivos y espacio político

En una de sus entrevistas más conocidas titulada —Las grietas de la ciudad capitalista— el urbanista inglés David Harvey expone sus críticas a los enfoques de la planificación racional urbana y con ella del Estado socialdemócrata que buscaba satisfacer las necesidades de la población al tiempo que apoyaba formas capitalistas de desarrollo. En su argumentación dos elementos relacionados entre sí son necesarios al momento de formular una postura crítica sobre los planteamientos urbanos del mundo contemporáneo: el primero de ellos, reconocer que las frecuentes contradicciones que se dan al interior del proyecto neoliberal dan lugar a un cierto margen de maniobra que permite la emergencia de actuaciones constructivas y creativas en el proceso de planificación que pueden acarrear beneficios para los grupos o clases marginales (Harvey, 2007, p. 133); segundo, identificar las posibles alianzas de fuerzas que pueden formarse al interior de movimientos sociales urbanos o movimientos populares, grupos sociales diríamos nosotros, y que podrían sentar una base para avanzar en un proceso de planificación, que podría beneficiar el surgimiento de fuerzas favorables al cambio y la transformación; esto es, la definición, afirma Harvey, de una base política desde la cual puede orquestarse un contraataque contra el proyecto neoliberal en general.

Y es justamente en ese horizonte crítico trazado por Harvey (2007) que se orienta la propuesta del presente texto; esto es, desde una perspectiva que si bien toma como punto de partida la crítica que desde las dinámicas del poder social se formulan al urbanismo de corte tradicional, no se agota en ella en tanto acude a la analítica de la gubernamentalidad como herramienta metodológica que, en palabras de Sevilla Buitrago (2010), permite ubicarse más allá del esquema neoliberal, recuperar la reproducción de las relaciones sociales como centro privilegiado de su reflexión y punto de aplicación de la biopolítica de la planificación urbana, pero inscribiéndola en coordenadas emancipadoras y no disciplinarias o de control.

En ese sentido, pretendemos una articulación entre gubernamentalidad y urbanismo que, orientada por el estudio de lo que nombramos como gubernamentalidad urbana, permita un análisis como aquel que Sevilla Buitrago (2010) formula en su agenda para un estudio biopolítico de la producción del espacio contemporáneo.

Un tipo de estudio de naturaleza semejante al que aquí proponemos y que, en una síntesis demasiado apretada podemos sintetizar en un conjunto general de premisas, contempladas por el autor en su trabajo sobre la *Hegemonía, la gubernamentalidad y el territorio*, de la siguiente manera: “Pensar lo espacial de tal forma que sea posible replantear el modo en que se formulan ciertas cuestiones políticas, y generar una apertura de la propia esfera de lo político” (Massey 2005, p. 9).

- Una crítica de la razón de poder —de la gubernamentalidad— de la planificación que comprenda la conexión que existe entre política, espacio y planificación, y, en segundo lugar, entre espacio, planificación (¿subjektivación?) y vida cotidiana; en palabras de Sevilla Buitrago (2010) “explorar el modo en que la planificación espacial media en el proyecto de gobierno de los procesos de reproducción social a través de la producción de territorios y territorialidades”.
- La relación existente entre el espacio, la ciudad y los procesos de reproducción social. Esto es, la planificación como un dispositivo de gobierno encargado de regular espacialmente los procesos de reproducción social, de desterritorializar y reterritorializar los patrones de vida cotidiana incompatibles con sucesivos nuevos órdenes socioespaciales a lo largo del tiempo. Una idea que, según el autor, puede rastreadarse en el ejercicio de regulación continua de desposesión de los capitales territoriales de los grupos sociales subalternos, de su capacidad para apropiarse del espacio, organizarlo, representarlo e imaginarlo.
- Una idea del concepto de hegemonía gramsciano que se corresponde con la idea de la gubernamentalidad en Foucault:

La finalidad última del momento hegemónico es la legitimación de un determinado proyecto de orden social, facilitando la labor de gobierno—el momento del dominio— mediante la producción de consenso y reduciendo por tanto la necesidad de coerción y uso de la fuerza (Sevilla, 2010, p. 54).

En consecuencia, el ensamblaje de prácticas que constituye el Estado debe privilegiar aquellas destinadas a propiciar el autogobierno de los sujetos por interiorización de los principios de conducta y vigilancia mutua de los ciudadanos (Sevilla, 2010, p. 56). A eso apunta, entre otras cosas, el tipo de gubernamentalidad urbana que nos interesa proponer como tema de estudio central de las actuales polis contemporáneas.

Gubernamentalidad urbana como categoría exploratoria del espacio político contemporáneo.

Tal como se ha afirmado hasta el momento, la gubernamentalidad como la “racionalización gubernamental en el ejercicio de la soberanía política” (Foucault,

en Caamaño 2012), implica una construcción de técnicas de control, formas de conocimientos (disciplinas), regímenes de representación y modos de intervención. Esta racionalización se constituye a través de dispositivos de control, subjetivación o gestión productiva de la población que se expresan en discursos, racionalidades, y tecnologías de poder⁶⁸—técnicas, estrategias que componen en su conjunto las líneas que integran y orientan a su vez dichos dispositivos. El trabajo de la gubernamentalidad orienta los sujetos en su conducta, y a través de las técnicas se identifican problemas que posteriormente desplegarán una serie de estrategias que buscarán resolverlos (Lemke, en Caamaño 2012, p. 178).

En ese estado de cosas, la gubernamentalidad urbana nos acerca a la discusión por la ciudad o por las relaciones socioespaciales que ocurren en las dinámicas de ella misma. En este sentido, nos preguntamos ¿la ciudad lleva consigo una idea instantánea de gubernamentalidad, o se construye una gubernamentalidad para edificar una ciudad? Y, por lo tanto, ¿Estaríamos hablando de varias ciudades dentro de una ciudad o de varios proyectos políticos de ciudad en un mismo espacio? Preguntas que acercan el análisis a la comprensión de los contextos en que se desarrollan las dinámicas de la ciudad, entre sus discursos y políticas de desarrollo, el modelo económico y, el modelo de Estado; elementos que constituyen, entre otros, los dispositivos en que se manifiesta el poder de la gubernamentalidad. Ahora bien, hablar de gubernamentalidad urbana implica una racionalización que busca, por medio del análisis de prácticas y discursos, las lógicas de producción de la sociedad capitalista, y de esta forma, capturar espacios *periféricos*, emergentes si se quiere, localizados a la manera de espacios diferentes, contraespacios, un *ningún lugar* o *no-lugar*, que refleja la exclusión, la negación de la condición humana y que representa un lugar de riesgos y vulnerabilidades para las personas que lo habitan (Caamaño, 2012, p. 181).

De esta manera, la gubernamentalidad urbana esboza múltiples socioespacialidades, más allá de la tradicional distinción entre el centro y la periferia. Múltiples dimensiones que, además, permiten identificar estrategias que se construyen desde círculos hegemónicos, en este caso, enlazándose entre el discurso de la innovación y las tecnologías de poder que determinan los espacios de ciudad:

Al mismo tiempo que el discurso tematiza e interviene sobre el sujeto que se apela [el ciudadano o quién pertenece a la ciudad innovadora] (...), muestra a contraluz las maneras en que se piensa, concibe

68 Estas tecnologías determinan la conducta de los individuos, los someten a cierto tipo de fines o formas de dominación y que consisten en una objetivación del sujeto (Foucault, en Álvarez Leguizamón, 2008).

e imagina a las sociedades (las jerarquías sociales objetivadas en la creciente concentración de la riqueza y la desigualdad) y el lugar que los pobres y las naciones —pobres tienen en la geopolítica mundial. (Álvarez Leguizamón, 2008, p. 260).

A partir de la propuesta de Delgado y Malet el espacio público aparece entonces como ideología. Esto es, el espacio público como concepto político que implica la “coexistencia de lo heterogéneo de la sociedad”.

El espacio público representa para este trabajo el escenario de actuación de la gubernamentalidad urbana como dispositivos a través de estrategias de control y de subjetificación de un sujeto que se pretende autogobernable, —librepensador o que concierne a través de la razón—. Igualmente, un sujeto para la producción. Pero ¿Qué razón, o racionalidad, cuando se excluyen otras prácticas y discursos que presentan relaciones antagónicas, o simplemente han decidido resistir al modelo ciudadanista —en palabras de Delgado y Malet— o al modelo capitalista?

Se esclarece en este escenario, otra característica del espacio público como lugar de la gubernamentalidad urbana. Frente a la propuesta cívica se manifiesta una dominación, que no siempre se expresa a través de la represión y la violencia (Althusser, en Delgado y Malet, 2007, p. 5), sino que utiliza —aparatos ideológicos del Estado—, que a través del disciplinamiento de los sujetos: lo nominal, el discurso, la orientación de la palabra, constituyen los dispositivos para orientar o gestionar, entre otras dimensiones de su actuación, el pensamiento y las acciones sociales de los mismos.

En síntesis, esta primera aproximación empírica al concepto de gubernamentalidad urbana define a la misma como el conjunto de dispositivos orientados al control productivo de la población en el marco de un orden neoliberal que incluye también el espacio político —de ahí que pensamos en la adjetivación a partir de lo urbano— como receptor y a la vez generador de prácticas políticas que construyen y deconstruyen la ciudad.

Espacios diferentes, *contra-espacios* y espacios negados de la política: El lugar de las heterotopías para un estudio de las dinámicas urbanas y el contrapoder ciudadano

En esta marcha se escuchaba música, se consumía abiertamente marihuana y licores como cerveza y vino de maracuyá (también drogas psiquiátricas —desde lo que alcancé a observar—), tenía “animadores” y carecía de consignas y arengas más allá de la pregonada por uno de los “animadores”: “Arme, pegue, fume, el *bareto* a todos nos une (Observación en la marcha cannábica de Medellín, mayo 2 de 2015. Excurso 4. Alejandro Sanín Eastman, docente e integrante Semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

Ciudad del Río

Pero en esta ocasión no hay aposento para que él espectador se encierre a contemplar el espectáculo. Por lo que la actividad va más allá de observar prácticas y formas de apropiación de su entorno, se hace necesaria la presencia, movilidad, mimetización, mantener la cordura y aceptable conducta en el lugar, Pero ¿cómo se sanciona al que infringe la norma? (...) Por otro lado ni uniformes, ni pasteles, ni patinetas o bicicletas o mercancía comercial nos afiliaba al lugar como si fuera nuestro hábito o costumbre estar o frecuentar la zona. Un grupo de transeúntes más bajo la lupa de un policía patrullando las zonas verdes y el personal de seguridad privada que no superaban los cinco hombres, ubicados estratégicamente en los edificios del Museo de Arte Moderno de Medellín (MAMM) y en algunas zonas comunes de esparcimiento. A lo mejor al amparo de que las personas se acojan a las normas que se ubican en una esquina próxima al gimnasio al aire libre, en la que se destaca las leyes 745 y 746 de 2002, se destacan debido a que mientras se realizaba el recorrido por los senderos peatonales entorno al perímetro del parque, fue notable el olor a cannabis (Observación en la marcha cannábica de Medellín, mayo 2 de 2015. Excurso 5. Andrés Eduardo Martínez, estudiante del pregrado en Ciencia Política; integrante del Semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

Nuestro interés en la conceptualización de la gubernamentalidad urbana como categoría analítica para el estudio del espacio político relleva la articulación de los estudios sobre gubernamentalidad y los nuevos estudios sobre el poder político urbano con el fin de crear un marco analítico apropiado y ajustado a las dinámicas contemporáneas de la experiencia política de los ciudadanos que habitan y construyen otros espacios de lo político. En ese sentido, uno de los recursos analíticos que se deriva de dicho marco de investigación es el de la heterotopía, vista como concepto y a la vez como dimensión o forma del espacio político que permite, en contraste con la lectura convencional de las utopías o las distopías de tipo orwelliano, incorporar la heterogeneidad, la diferencia o incluso la resistencia política como atributo diferenciador de aquel conjunto de prácticas políticas ciudadanas que configuran nuestro objeto de estudio.

Las primeras definiciones del concepto de heterotopía las encontramos en conferencias y entrevistas del filósofo Michel Foucault quien en medio de sus reflexiones sobre el espacio y su arquitectura afirma: “En esa época [1966] llamé las ‘heterotopías’ esos espacios singulares que se encuentran en ciertos espacios sociales cuyas funciones son diferentes de las que tienen” (Foucault, 2009, p. 58). Desde las primeras ideas que definen a la heterotopía en Foucault, encontramos el énfasis sobre el atributo diferencial del espacio y la inversión o sustitución del

uso originalmente concebido, de modo que pareciera ser la heterotopía el símil o la metáfora del espacio alternativo, o no convencional, sin recurrir, claro está a la clásica y en ocasiones segmentada diferenciación entre el centro y la periferia.

En uno de sus escritos sobre el concepto de heterotopía en el filósofo francés, el activista y compañero sentimental de Foucault, Daniel Defert comenta que posterior a la definición de 1966 Foucault haría un uso del concepto que ya no dependía exclusivamente de un análisis de los discursos, sino de los espacios en tanto *espacios-tiempo* o *espacios-temporales*; esto es, “espacios que ritualizan escisiones, umbrales, desviaciones y los localizan”. Contraespacios para decirlo tal como interpreta Defert las palabras de Foucault a propósito de los emplazamientos diferentes: “Se necesita una fuerte ritualización de las rupturas, de los umbrales, de las crisis. Pero esos contraespacios son interpenetrados por todos los otros espacios que ellos impugnan: el espejo donde yo no soy refleja el contexto donde soy” (Defert en Foucault, 2009, p. 39).

La heterotopía como espacio diferente de acuerdo con Foucault, la heterotopía como contra-espacio de la política si atendemos a la definición de Defert. Ambas acepciones hacen parte de nuestra conceptualización sobre la heterotopía cuando se trata de pensar y a la vez ampliar su potencial explicativo al entorno de lo urbano y las ciudades.

En ese orden de ideas, el análisis de las heterotopías dentro de las dinámicas urbanas y las formas de poder que los ciudadanos construyen en aquellos *espacios-otros*, debe proseguir con la analogía que hace Foucault de la obra de Manet, *Un bar aux Folies Bergère*. En esta imagen se puede observar el reflejo de una mujer que atienden en un bar y sus clientes. La representación clara del espejo nos abre la puerta a la comprensión de la existencia de las heterotopías en la ciudad, nos presenta la yuxtaposición de dos realidades, que parte de una representación sencilla que expresa al público dos imágenes desde perspectiva visuales diferentes, pero que no se escapan de un mismo lugar: el bar. Foucault relaciona esta pintura como una serie de rompecabezas de incompatibilidades y distorsiones espaciales (Jhonson, 2012, p. 7).

El segundo ejemplo, también tomado del arte, a propósito de la heterotopía como espacio otro o espacio diferente, se encuentra en el clásico comentario de Michel Foucault a la obra del artista francés René Magritte *Ceci n'est pas a pipe*, en la que el filósofo destaca la *presencia-ausencia* del objeto real, la pipa en este caso, a partir de una paradójica argumentación: la pipa está en la imagen, pero no está a la vez en tanto no la puedo fumar. Esa confluencia paradójica, absurda si se quiere, de la imagen vista como espacio y no espacio de lo real, permite ilustrar el tipo de acercamiento que ofrece la heterotopía como espacio de encuentro de lo aparentemente irreconciliable: lo presente y lo ausente, lo complejo y lo sencillo, lo homogéneo y lo heterogéneo; y particularmente de este último pues si bien la pregunta por las heterotopías podría remitir antes que nada a los espacios identificados y definidos por Foucault en su clásico ensayo sobre los espacios diferentes



Edouard Manet. (1882) Un bar aux Folies Bergère. Imagen tomada de:
<http://www.wikiart.org/en/edouard-manet/a-bar-at-the-folies-bergere-1882-1>

(el cementerio, el barco o el museo), su potencia explicativa puede llevarnos, en sentido general, a los espacios heterogéneos (del arte, la sexualidad, la ciudad, la ciudadanía, etc.) vistos a partir de la consigna foucaultiana sobre los mismos como “espacios donde se desarrolla la erosión de nuestra vida”:

El espacio en el cual vivimos, por el cual somos atraídos fuera de nosotros mismos, en el cual precisamente se desarrolla la erosión de nuestra vida, de nuestro tiempo y de nuestra historia, ese espacio que nos roe y nos surca de arrugas es en sí mismo también un espacio heterogéneo. En otras palabras, no vivimos en una suerte de vacío, en cuyo interior se podría situar a individuos y cosas. No vivimos en el interior de un vacío que se colorearía de diferentes tornasoles, vivimos en el interior de un conjunto de relaciones que definen emplazamientos irreductibles unos a otros y absolutamente no superponibles (Foucault, 2009, p. 68).

Erosión no solo en sentido del cansancio o la depresión, evocando las sensatas ideas de Byung-Chul Han (2010) en su ensayo sobre la sociedad del cansancio, sino en

el de la fuga, la diáspora, la rebeldía si se quiere. De ahí que la pregunta por los espacios políticos contemporáneos como escenarios de la heterotopía contemporánea nos lleven del museo de Manet o Magritte a las calles de la ciudad, de la piel de la galería a la piel de urbe, del óleo al graffiti. Foucault lo dice mejor, cuando interrogándose por aquellos emplazamientos que resultan de su interés, nos dice que algunos de ellos tienen la curiosa propiedad de estar en relación con todos los otros emplazamientos, pero en un modo tal, aclara, suspenden, neutralizan o invierten el conjunto de las relaciones que se encuentran por ellos designados, reflejados o reverberados. Nuestro trabajo apunta directamente a esos espacios o emplazamientos vistos como espacios diferentes, contraespacios y no espacios de la política.

La heterotopía como categoría analítica del espacio político

Uno de los fundamentos para hacer de la heterotopía una categoría de análisis del espacio político, es su total referencia a las relaciones que se construyen, se distorsionan, se niegan, entre las cosas y los seres humanos Teyssot (1980), analizando el poder del discurso de lo arquitectónico, menciona que este no alcanza a definir las específicas formas, las derivaciones de tipologías de espacios y la concatenación de una genealogía del espacio. La razón, menciona Teyssot, es que se incluye en el contexto de una red de interacciones combinadas por diferentes acciones y transformaciones Jhonson (2012). Haciendo un recuento juicioso del análisis de Foucault, nos recuerda que el espacio es redefinido por la finitud de la misma geografía, pero también de las mismas relaciones que ocurren entre espacios: "Para Foucault, el espacio es ahora definido por las relaciones de proximidad entre puntos o elementos". En palabras de Foucault:

(...) no vivimos en un espacio neutro y blanco; no vivimos, no morimos, no amamos dentro del rectángulo de una hoja de papel. Vivimos, morimos, amamos en un espacio cuadrículado, recortado, abigarrado, con zonas claras y zonas de sombra, diferencias de nivel, escalones, huecos, relieves, regiones duras y otras desmenuzables, penetrables, porosas; están las regiones de paso: las calles, los trenes, el metro; están las regiones abiertas de la parada provisoria: los cafés, los cines, las playas, los hoteles; y además están las regiones cerradas del reposo y del recogimiento (Foucault, 1966, p. 3).

La redefinición de los espacios como puntos próximos de interacción, y el emplazamiento como la palabra que logra articular esta nueva nominación, hace de la heterotopía el resultado de esta serie de experiencias y relaciones que vivimos los humanos con las cosas y viceversa. En palabras que evocan lo dicho líneas atrás sobre la heterotopía, podemos identificaren estos puntos de encuentro y desencuentro, *no-lugares* que son lugares, contraespacios que (des)obedecen los puntos aledaños o próximos del dispositivo y sus relaciones en juego.



René Magritte. 1929. Óleo sobre lienzo. 63 x 93 cm.
Museo de Arte del Condado de Los Ángeles (LACMA) Fotografía.

La heterotopía evidencia una serie de principios o características que la componen, no obstante, como punto de análisis sobre los espacios políticos contemporáneos, podrían resaltarse los siguientes:

Toda sociedad, ha tenido su o sus heterotopías. Toda sociedad contiene contraespacios, que obedecen al lugar real que se está viviendo, relevante característica que indica la heterotopía como punto para comprender las líneas de fuga, y las contenciones entre las líneas de fuerza y líneas de subjetivación de los dispositivos que habitamos.

- Toda sociedad puede reabsorber y edificar una nueva heterotopía, y esto es, que la nueva noción de espacio no es estática, lineal e infinita; por el contrario, las heterotopías dan cuenta de la manera como los espacios construyen y deconstruyen sus funciones a través de las relaciones de poder.
- La heterotopía tiene el poder de yuxtaponer en un lugar diferentes espacios, incompatibles. Las ideas de Foucault a propósito de los emplazamientos heterotópicos como aquellos en los que se neutralizan o invierten el conjunto de relaciones por ellos designados da cuenta justamente de esa posibilidad de encuentro de lo heterogéneo, lo plural y diverso en espacios no necesariamente dispuestos para ello. El uso político del espacio se impone en este caso a su uso convencional u originalmente planeado.

- La heterotopía tiene a la transgresión, la fuga o la resistencia como recursos políticos que se distinguen del control y el orden normativo como horizontes de otras formas espaciales como la utopía o la distopía. Aunque por definición la heterotopía no excluye la definición de espacios de normalización, nuestro interés por la heterotopía en su condición de categoría analítica del espacio político se orienta hacia la fuga y la diáspora como atributos de los contradispositivos. En palabras de Agamben: “La profanación es el contradispositivo que restituye al uso común eso que el sacrificio hubo separado y dividido” (Agamben, 2011, p. 260).

Las heterotopías en el estudio empírico de la política: formas espaciales contemporáneas como casos exploratorios

Luego de plantear una primera definición de lo que entendemos en este trabajo por gubernamentalidad urbana, y de recurrir al concepto de heterotopía como categoría para el análisis de los espacios políticos contemporáneos, intentamos desarrollar ahora una clasificación o categorización de espacios políticos que emergen de la problematización de la gubernamentalidad urbana y sus dispositivos. Hablamos de tres tipos de espacios de los cuales ofrecemos en esta ponencia una definición mínima que permita, entre otras cosas, dar cuenta de nuestros avances investigativos como semillero de Estudios Contemporáneos de la Política, y delimitar un campo empírico que conduzca al estudio de los espacios de la ciudad bajo la lente de las heterotopías.

a. Los espacios diferentes: Antes de presentar lo que a nuestro entender es una definición mínima o caracterizadora de los espacios diferentes, vale la pena aclarar que la definición de los mismos responde inicialmente a la manera como Michel Foucault entiende las heterotopías. De ahí que hablemos de espacios diferentes y no propiamente de espacios singulares, diversos o heterogéneos. Empero, la denominación si bien pretende mantener un grado de coincidencia con el sentido original del concepto heterotópico no excluye la extensión de los espacios diferentes a aquellas formas del espacio contemporáneo habitadas, construidas y constituidas por sujetos y subjetividades que tienen en lo heterogéneo, lo diverso y lo singular una forma particular de expresión y habitación de lo político.

De igual forma, cabe señalar que la clasificación o taxonomía de espacios políticos orientados por el concepto de heterotopía no se reduce a la definición ofrecida por Foucault en tanto consideramos que las mutaciones y transformaciones del espacio político contemporáneo se han multiplicado a la luz de nuevas subjetividades, prácticas políticas y dinámicas de lo político posteriores a lo dispuesto por Foucault en su conceptualización original de los años 60 del siglo XX. En ese sentido, la definición mínima del espacio diferente, propuesta por nosotros, es la de un espacio definido por la presencia de la identidad y alteridad y sus usos políticos al interior de la ciudad:

Aquel espacio que aparece en el horizonte de nuestras preocupaciones, de nuestra teoría, de nuestros sistemas, no es una innovación; los espacios diferentes son la impugnación de los espacios donde nosotros mismos vivimos; *espacios-tiempo*, afirma Foucault, donde “soy otro, lugares donde yo soy y no soy”. Ellos ritualizan escisiones, umbrales, desviaciones y los localizan (Foucault citado por Defert, p. 58).

Si retomamos la imagen del espejo en la pintura de Manet, en los espacios diferentes podemos identificar la realidad de la alteridad: dos imágenes posiblemente idénticas, pero que por su posición muestran dos espacios totalmente distintos; es en esta imagen donde se evidencian los espacios diferentes como un emplazamiento bifurcado, es decir, la realidad que expresa la imagen parece ser una, la mujer trabajando en el bar. Sin embargo, el reflejo nos evidencia un mundo, otra realidad, que se manifiesta en el mismo lugar, pero que manifiesta una otredad, otra dimensión que vive el mismo bar.

Jhonson (2012) retomando la analogía de Foucault sobre los juegos de los niños como ejemplos de heterotopías, resalta que estos espacios diferentes retan o disputan los mismos lugares en los que vivimos. El juego y la imaginación de un niño o una niña frente a un solar, o debajo de las cobijas de la cama, yuxtaponen/conecta dos espacios. Así, lo que hemos llamado espacio diferente crea una realidad o dimensión que sobrepone la relación/identidad que tiene el niño tras el juego de la imaginación: el barco pirata, la sala de té, un viaje de expediciones, con respecto a la realidad del solar o la cama. Nuevamente, nos encontramos con que los espacios diferentes son emplazamientos bifurcados.

Ahora, los espacios diferentes no son una anomalía del *espacio-tiempo* (supongamos real), pero sí son la escisión que surge en la exposición de líneas de fuerza y líneas de subjetivación: las primeras presentan unos dispositivos de control, *gestión-producción* de la vida y las segundas obedecen a unos dispositivos de producción de las subjetividades, los espacios diferentes se manifiestan como *el otro*, no identificado con la gestión de la vida, en este caso del modelo de ciudad, desarrollo o vida que se ofrece, ni su identidad se ve integrada (ni le interesa) por los modelos de *individuación-subjetivación* de la ciudadanía en su expresión formal y legal. En este sentido, los espacios diferentes indican una transgresión, un límite, que lleva a desaparecerse y volver a encontrarse en lo excluido. Los espacios diferentes, no hacen oposición como podrían manifestarlo los contraespacios o la negación o invisibilidad de un espacio, es una delgada línea que aparta o separa y donde hace presencia la diferencia:

En la delgadez de la línea, donde se manifiesta el relámpago de su paso, pero quizás también su trayectoria total, su origen mismo. La raya que ella cruza podría ser efectivamente todo su espacio. El juego de los límites y de la transgresión parece estar regido por una sencilla obstinación: la transgresión salta y no deja de volver a empezar otra

vez a saltar por encima de una línea que de inmediato, tras ella, se cierra en una ola de escasa memoria, retrocediendo así de nuevo hasta el horizonte de lo infranqueable. (Foucault, 1996, p. 5).

b. Los contraespacios de la política: en relación con los espacios diferentes y esas formas heterogéneas que las habitan, definimos a los contraespacios de la política como las heterotopías que se definen a partir del uso político del espacio habitado y construido por subjetividades otras; esto es, aquellos emplazamientos de la ciudad cuya definición parte del uso político del espacio con fines contenciosos como aquellos que se esbozan, por ejemplo, en la acción colectiva de los movimientos y nuevos movimientos sociales. En palabras de Foucault, citado por Defert: “Espacios interpenetrados por los otros espacios que ellos impugnan. [Donde] hay reverberación de los espacios unos sobre los otros y sin embargo discontinuidades y rupturas” (2009, p. 39).

Agamben (2011), en su respuesta a la pregunta ¿Qué es un dispositivo? nos ofrece una pista interesante para construir una definición caracterizadora de los contraespacios de la política al introducir el concepto de contradispositivo; es decir, de aquello que restituye al uso común de los seres humanos aquello sacrificado o sacralizado por otros dispositivos como la religión, el capitalismo o en general lo que el filósofo italiano llama las “figuras modernas del poder”:

Desde esta perspectiva, el capitalismo y las figuras modernas del poder parecen generalizar y empujar al extremo los procesos de separación que definen a la religión (...) En efecto, todo dispositivo implica un proceso de subjetivación sin el cual no podría funcionar como dispositivo de gobierno, aunque se reduzca a un puro ejercicio de violencia. Foucault ha mostrado, asimismo, cómo en una sociedad disciplinaria los dispositivos aluden, a través de una serie de prácticas y de discursos, de saberes y ejercicios, a la creación de cuerpos dóciles pero libres, que asumen su identidad y su libertad de sujetos en el proceso mismo de su asubjetivación (2011, p. 261).

El concepto de profanación en Agamben, como tarea y a la vez objetivo de los contradispositivos —en nuestra clave interpretativa los contraespacios de la política—, le permite al filósofo, en el mismo sentido que Foucault, interrogar y orientar a la vez el análisis y la cartografía de los dispositivos contemporáneos de la gubernamentalidad de modo que conozcamos sus formas de actuación, sus líneas de fuerza y subjetivación. Lo anterior con el fin de introducir la dinámica de los contradispositivos, de los contraespacios a la manera de líneas de fuga que profanen el orden establecido. Parafraseando a Agamben, para traer a ese ‘ingobernable’ que es a la vez el punto de origen y el punto de partida de toda política (2011, p. 264).

En ese sentido y retomando la definición expuesta unas líneas más arriba, los contraespacios de la política configuran prácticas de resistencia, diferenciación

y alternatividad de lo político frente a los dispositivos de orden, subjetivación y producción promovidos por la gubernamentalidad neoliberal. Las ciudades contemporáneas se construyen también a partir de esos contradispositivos a pesar de que: “No reflejan la estructura social, ni la de la producción, no son un sistema sociohistórico ni una ideología, sino rupturas de la vida ordinaria, imaginarios, representaciones polifónicas de la vida, la mente, el amor, de Eros y Thánatos (Foucault, citado por Defert, 2009, p. 39).

c. Los espacios de negación de lo político o *no-espacios*: al hablar de las heterotopías no es común encontrar en sus autores de referencia la mención a espacios de negación o captura de lo político; empero, es de nuestro interés incorporar al análisis de los espacios políticos contemporáneos la modalidad o categoría no espacial del espacio político, con el fin de identificar los factores que explican la existencia, circulación y construcción de los emplazamientos dotados de una dimensión física (real y tangible) pero que por sus propiedades, actores y sus relaciones, son objeto de una negación de su potencia política.

Negación que puede provenir de la sociedad, las autoridades o el Estado mismo en razón de sus características, por lo regular, ajenas al orden impuesto o deseado. No obstante, ante las dificultades de encontrar una conceptualización previa que sirva a los fines de teorización de esta categoría intuida por nosotros, adoptamos esta categoría *socio-espacial* como parcial y exploratoria, pero no por ello, menos importante que las anteriores.

Tres atributos generales definen de manera aproximada esta categoría del espacio político: primero, el *no-espacio* implica un nivel de segregación o exclusión del espacio político convencional en tanto su dinámica productiva, cultural o social se aparta de la noción o idea de orden propia de lo que llamamos con Agamben, las figuras modernas del poder, en este caso, institucional; segundo, el *no-espacio* implica la existencia de actores, relaciones y construcciones subjetivas más allá de su condición de espacio capturado, restringido o segregado. De ahí nuestro interés por explorar qué tipo de política habita allí donde la dinámica formal de la ciudad, sus autoridades e instituciones sólo ven desorden, anomia o despojo. Tercero, el *no-espacio* o espacio negado de la política es regularmente una consecuencia de la negación de otros espacios o formas de habitación y construcción de la ciudad. No implican necesariamente una práctica de resistencia política como en el caso de los contraespacios; tampoco son la cristalización de acciones o luchas por el reconocimiento como en el caso de los espacios diferentes; empero, su naturaleza *visible/invisible* plantea interrogantes a la forma como la política y lo político habitan en ellos y actúan sobre ellos.

En síntesis, la elaboración de una cartografía de los espacios contemporáneos de la política, nuestras heterotopías si se quiere, resulta una tarea necesaria para conocer esas formas diversas y heterogéneas de construir las ciudades y los entornos urbanos del presente. Entornos urbanos que con seguridad no solo trascienden el proyecto de

la gubernamentalidad neoliberal descrito por Harvey en su acuciosa reflexión sobre la ciudad capitalista, sino que construyen la polis con lenguajes, prácticas y sentidos políticos heterogéneos no necesariamente ordenados, no necesariamente productivos, pero sí necesariamente políticos y democráticos.

Conclusiones

Recorrido virtual ladera de río Medellín

Los espacios liminales del espacio impolítico se transforman fácilmente en espacios habitados, constituyen un potencial de vivienda o lugar de camaradería. Las vías de la regional o autopista alejan dos espacios: uno parece sumergirse en la oscuridad y las ‘sombras’ —como han llamado en los periódicos el espacio que habitan debajo del puente Horacio Toro—, pareciera integrarse con la lógica del río, un lugar de desembocadura de diferentes fluidos que ya no necesita la ciudad y sus habitantes. El otro espacio hace parte de las dinámicas de la ciudad: el mercado, las instituciones educativas, las estaciones de policía. El espacio de lo impolítico obedece a unas lógicas fronterizas, insta un umbral entre lo que reconocemos y lo que hemos olvidado o dejado atrás, y con el pasar de los tiempos se vuelve desconocido (Recorrido virtual ladera de río Medellín. Excurso 6. Viviana Ospina, docente del pregrado en Ciencia Política e integrante del Semillero de Estudios Contemporáneos de la Política).

La pregunta por el gobierno en Foucault es ante todo una pregunta por la política. No solo una pregunta política que compromete al Estado sino a un complejo y amplio campo de dominios que gravitan entre las condiciones del gobierno de sí y el gobierno de los otros.

La población, como ámbito y a la vez objeto del gobierno biopolítico configura un campo de saber semejante al de esa ciencia del orden, nombrada por Foucault como *mathesis*; y a su vez recrea un campo de poder, el de los dispositivos de gubernamentalidad.

El estudio de la gubernamentalidad supone en Foucault no solo la articulación entre la política, el Estado y la población, sino la problematización de la ciudad como espacio de orden, y a la vez de resistencia.

El análisis biopolítico de un dispositivo implica levantar una cartografía de la forma como se entrecruzan, entretajan, colisionan y articulan en éste, las diferentes líneas (de visibilidad, enunciación) que lo constituyen. El objetivo del estudio de los dispositivos contemporáneos de la ciudad capitalista incluye también reconocer la

dinámica de las heterotopías como espacios de expresión y aceptación de las alteridades o la diferencia, espacio de profanación del orden establecido y recreación de contradispositivos.

El trabajo que aquí presentado evidencia una articulación entre gubernamentalidad y urbanismo que, orientada por el estudio de lo que nombramos como gubernamentalidad urbana, permite un análisis como aquel que Sevilla Buitrago (2007) formula en su agenda para un estudio biopolítico de la producción del espacio contemporáneo.

En este trabajo se esboza una aproximación empírica al concepto de gubernamentalidad urbana, entendida como el conjunto de dispositivos orientados al control productivo de la población en el marco de un orden neoliberal que incluye también el espacio político —de ahí que pensamos en la adjetivación a partir de lo urbano— como receptor y a la vez generador de prácticas políticas que construyen y deconstruyen la ciudad.

Las primeras definiciones del concepto de heterotopía las encontramos en conferencias y entrevistas del filósofo Michel Foucault quien, en medio de sus reflexiones sobre el espacio y su arquitectura, se acerca a la conceptualización de la misma a la manera de espacios diferentes que habitan la política. La redefinición de los espacios como puntos próximos de interacción, y el emplazamiento como la palabra que logra articular esta nueva nominación, hace de la heterotopía el resultado de esta serie de experiencias y relaciones que vivimos los humanos con las cosas y viceversa.

Referencias

- Agamben, G. (mayo-agosto de 2011). ¿Qué es un dispositivo? *Revista Sociológica*, 26, (73), pp. 249-264.
- Arbona, J.M. (2008). Ciudadanía política callejera: apropiación de espacios y construcción de horizontes políticos. *Alicia Ziccardi (ed.)*. Bogotá. CLACSO-CROP series, CLACSO - Siglo del hombre.
- Bröckling, U. et al. (2011) *Governmentality. Current Issues and future challenges*. New York: Taylor & Francis.
- Burchell, G., Gordon, C. & Miller, P. (1991). *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*. University of Chicago Press; 1 edition.
- Caamaño, C. (2012). Espacios de gubernamentalidad entre el “centro” y la “periferia” definiendo la migración y el desarrollo en la zona de los Santos. *Reflexiones*, 91 (1), Universidad de Costa Rica.
- Castro-Gomez, S. (2010). *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo de hombre editores. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto Pensar.

- Deleuze, G. (1988). ¿Qué es un dispositivo? En: *Michel Foucault filósofo*. Gedisa. Recuperado de: <http://www.forofarp.org/images/pdf/Dialogo%20con%20otros%20discursos/Gilles%20Deleuze/Deleuze-QueEsUnDispositivo.pdf>
- Foucault, M. (2011). *El cuerpo utópico y las heterotopías*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Foucault, M. (2006). Gubernamentalidad. *Annual Review of Law and Social Science*, 6, (Paper No. 09/94) pp. 83-104. Sydney Law School Research.
- Foucault, M. (2000) *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (1999a). La gubernamentalidad. En: *Estética, ética y hermenéutica*. Buenos Aires: Paidós.
- Foucault, M. (1999b). Las mallas del poder. En: *Estética, ética y hermenéutica*. Buenos Aires: Paidós.
- Foucault, M. (1996). Prefacio a la transgresión. En: *De lenguajes y literatura*. Barcelona: Paidós
- Grinberg, S. (2007). Gubernamentalidad: Estudios y perspectivas. *Revista Argentina de Sociología*, 5 (8), ene/jun. Buenos Aires.
- Haidar, V. (2009). Biopolíticas posfoucaultianas. Pensar el gobierno de la vida entre la filosofía política, la sociología y la cartografía del presente. *Papeles del CEIC*, (2), septiembre. Universidad del país vasco, España.
- Harvey, D. (2010). Las grietas de la Ciudad capitalista. *Revista Geográfica de América Central*, (43), II Semestre.
- Jhonson, P. (2012) Unravelling Foucault's Different Spaces'. *History of the Human Sciences*, 19 (4): 75-90. Recuperado de: <http://www.heterotopiastudies.com>
- Murillo, S. (2011) Estado, sociedad civil y gubernamentalidad neoliberal. Entramados y perspectivas. *Revista de la carrera de sociología*, 1 (01). Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA.
- Nikolas, R. (2007). ¿La muerte de lo social? Reconfiguración del territorio de gobierno. *Revista Argentina de Sociología*. 5 (8), ene/jun. Buenos Aires.
- O'Makkey, P. (2007). Experimentos en gobierno. Analíticas gubernamentales y conocimiento estratégico del riesgo. *Revista Argentina de Sociología*, 5 (8), ene/jun. Buenos Aires.
- Osborne, Thomas; Rose Nikolas (1999). *Governing Cities. Notes on the Spatialisation of Virtue*. En: *Environment and Planning: Society and Space* 1999. Volume 17.
- Sevilla Buitrago, Á. (2010). *Urbanismo, biopolítica, gubernamentalidad: Vida y espacio en la renovación de los estudios urbanos*. Recuperado de: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n44/aasev.html>
- Soja, E. (2008). *Postmetrópolis. Estudios críticos sobre las ciudades y las regiones*. Edward Soja. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Oslender, U. (2010). La búsqueda de un *contra-espacio*: ¿hacia territorialidades alternativas o cooptación por el poder dominante? *Geopolítica(s). Revista de estudios sobre espacio y poder*, 1 (1).



Título: Lo doméstico. Técnica: Ilustración. Año: 2009

La actualidad de los derechos laborales en Colombia en el contexto del neoliberalismo a partir de la normatividad expedida por Colombia para cumplir el TLC con Estados Unidos*

Hernán Darío Martínez Hincapié**

Resumen

El presente escrito tiene la intención de reflexionar sobre los fenómenos de tercerización en Colombia en el contexto del Tratado de Libre Comercio (TLC) con EE.UU a partir de la normatividad expedida después del 2010 teniendo como referente el Plan de Acción Laboral suscrito entre los dos gobiernos, evidenciando un alto riesgo de crecimiento de tercerización en Colombia y precarización de los contratos laborales desde diferentes figuras reglamentadas desde el 2010 hasta la fecha, así como la ineficacia de las medidas tomadas para la sanción de prácticas de intervención y tercerización laboral prohibida.

Palabras clave: neoliberalismo; derechos laborales; tercerización; Tratado de libre Comercio.

The current situation of labor rights in Colombia in the context of neoliberalism based on the regulations issued by Colombia to comply with the Free Trade Agreement with the United States

Abstract

This document has the intention to reflect on the phenomena of outsourcing in Colombia in the context of the Free Trade Agreement (FTA) with the US from regulations issued after 2010 taking as reference the Labor Action Plan signed between the two governments, evidencing a high risk of growth of outsourcing in Colombia and precarious labor contracts from different figures regulated since 2010 to date, as well as the ineffectiveness of the measures taken to punish prohibited practices of intervention and labor outsourcing.

Key words: neoliberalism; labor rights; outsourcing; Free Trade Agreement.

A situação atual dos direitos trabalhistas na Colômbia no contexto do neoliberalismo a partir da normatividade expedida pela Colombia para cumprir o TLC com Estados Unidos.

Resumo

Este escrito traz a intenção de refletir sobre os fenômenos de terceirização na Colômbia no contexto do Tratado de Livre Comércio (TLC) com os EUA a partir da normatividade expedida depois do ano de 2010 tendo como referente o Plano de Ação Trabalhista assinado entre os dois governos, evidenciando um alto risco de crescimento de terceirização na Colômbia e precarização dos contratos de trabalho desde diferentes figuras regulamentadas desde o ano de 2010 até a atual data, assim como a ineficácia das medidas tomadas para a sanção de práticas de intervenção e terceirização trabalhista proibida.

Palavras-chave: neoliberalismo; direitos laborais; terceirização; Tratado de Livre Comércio.

* Artículo de reflexión. Dentro del proyecto de investigación *El panorama del derecho al trabajo en el modelo neoliberal propuesto por TLC entre Colombia y EE. UU.* Grupo de investigación Ratio Juris. Investigador principal Hernán Darío Martínez Hincapié. Proyecto financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana – Medellín, Colombia. El proyecto finalizó el 30 de noviembre de 2016.

** Abogado, docente investigador adscrito a la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia, magíster en Derecho. Proyecto financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana – Medellín, Colombia. Proyecto finaliza 30 de noviembre de 2016. Correo electrónico: hernan.martinezhi@unaula.edu.co ORCID: 0000-0001-9835-4787

Cómo citar este artículo: Martínez, H. D. (2017). La actualidad de los derechos laborales en Colombia en el contexto del neoliberalismo a partir de la normatividad expedida por Colombia para cumplir el TLC con Estados Unidos. *Estudios de Derecho*, 74 (163), pp-pp. 171-190

DOI: 10.17533/udea.esde.v74n163a08

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2016 • Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2017

La actualidad de los derechos laborales en Colombia en el contexto del neoliberalismo a partir de la normatividad expedida por Colombia para cumplir el TLC con Estados Unidos

Introducción

La globalización está marcada, por una internacionalización del sistema de mercado libre, por una imposición de reglas políticas propias que flexibilicen los controles estatales que permitan la consolidación de este modelo económico; el neoliberalismo deslocaliza los aspectos culturales y sociales de una nación, incrementando las interacciones humanas basadas en las utilidades económicas minando y eliminando las particularidades específicas de los pueblos y sus rasgos determinantes. La medición del desarrollo económico se fundamenta en términos de ingreso por capital que promueven los grandes conglomerados financieros y empresarios, independiente, o al margen de las necesidades insatisfechas provistas por la sociedad y el Estado a los más desfavorecidos, es decir, desatendiendo las reales necesidades, en términos de planes de vida indispensables para el ejercicio de los derechos humanos de quienes son los excluidos (Fariñas, 2000, p. 7).

Existe una deconstrucción totalitaria (Beneyto, 1997, p. 69) de lo sociopolítico, y de la mano del mundo jurídico, los derechos humanos han servido como instrumento de transformación perversa hacia el fortalecimiento de dicho totalitarismo mercantilizado, negando fundamentalmente, entre otras cosas, la esencialidad de los bienes básicos y esenciales como derechos humanos plenos, bajo el entendido, de que estos, son más bien una amenaza al mundo libre y a la “libertad de empresa”.

En materia laboral es importante recordar que, desde la mitad del siglo XVIII hasta la década de los ochenta, del siglo pasado, el modo de producción liberal de nuestro Estado moderno implementaba una relación formal y material de equilibrio entre capital y el trabajo, siendo un avance su protección a nivel constitucional desde los actuales Estados sociales de derecho. La intención era crear un equilibrio entre trabajo y capital como los elementos dinamizadores de la sociedad

capitalista; como lo entendía F. Roosevelt mientras ejerció su presidencia en EE. UU., la libertad como la ausencia de necesidad, es decir, el trabajo desempeñado de forma libre, libre de necesidad y coacción del mercado.

En aquel entonces la premisa era que, si bien el trabajador es un agente económico, esta agencia no es libre como la del empresario, por lo tanto, su participación en el mercado no debe ser asemejada, sino protegida de dichas contingencias mercantiles.

La actualidad de los derechos laborales en Colombia, en los últimos tres años, en el marco y contexto del neoliberalismo plasmado y configurado a través de la ejecución del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia evidencia la existencia de riesgos que se ciernen de forma real sobre el ejercicio de los derechos laborales.

Los derechos laborales y la fuerza de trabajo han dejado de ser un instrumento de equilibrio en las economías de los países occidentales, para ser un elemento de flexibilización y acomodamiento al hegemónico surgimiento de la economía de capitales que se impone sobre las facultades soberanas de regulación que ostentan los Estados y exigen condicionamientos que producen escenarios de precarización sobre las garantías laborales.

Por tal motivo los estados ven disminuido o dirigidos sus esfuerzos legislativos y normativos para garantizar los derechos laborales; para el caso de Colombia, su Constitución Política (arts. 1, 2, 13, 53, entre otros) habla del principio del Estado social de derecho y la necesidad de garantizar niveles de bienestar indispensables para la dignidad humana, y dentro de ellos, el principio del trabajo como derecho a condiciones decentes laborales.

En ese sentido, el Gobierno y el Congreso colombiano han expedido sendos decretos y leyes con el fin de garantizar el cumplimiento del TLC con EE. UU. y el Plan de Acción Laboral (PAL), sin embargo, dichas normas plantean serios riesgos para los derechos laborales, especialmente para la estabilidad y continuidad laboral, y permiten la creación de relaciones laborales tercerizadas o irregulares prohibidas por la Constitución.

Entre ellos tenemos el Decreto 1429 (2010) que permite el uso de los denominados *Contratos Sindicales* para labores no misionales (según el propósito declarado), sin embargo, dicha norma no es más que una tercerización por otra vía, por el camino de la desnaturalización de los principios y propósitos del sindicalismo que es la defensa de los trabajadores. Por otro lado, se expidió recientemente el Decreto Nacional 583 (2016) con el propósito ostensible de regular las cooperativas de trabajo asociado y reducir la intermediación, sin embargo, amplía las posibilidades de tercerización ya prohibidas, e incumple el Plan de Acción Laboral suscrito con EE. UU. que, sin ser la mejor garantía de protección a derechos laborales, permitía elaborar alternativas para una mejora defensa.

Actualmente, el derecho al trabajo va de la mano con las crisis económicas que favorece la deslocalización laboral y contratos de trabajo *basura* y temporales; de esta forma, *el contrato de trabajo diseñado para soportar las certezas del Estado-nación, la fábrica, el sindicato y el principio de estabilidad ha pasado a la historia* (Umberto Romagnoli, 2006).

El presente escrito pretende exponer de forma breve las reformas legales y los decretos presidenciales que se han expedido después del año 2010, y en todo caso, posterior a la entrada en vigor del TLC con EE. UU., con el fin de evidenciar de qué forma dichas normas agudizan mucho más los riesgos que el neoliberalismo impone sobre los derechos laborales.

Breve historia y reflexión sobre los procesos de globalización neoliberal en Colombia

En Colombia todos estos procesos de integración económica, especialmente el TLC con EE. UU., tienen sus orígenes en el Consenso de Washington que promueve la desregulación económica y la apertura al mercado globalizado. Procesos que se generan a finales de la década de los ochenta y se consolidan con la presidencia de César Gaviria (1990–1994). No obstante, es el periodo del gobierno de Álvaro Uribe (2002–2010) y de Juan Manuel Santos (desde 2010) los que permiten el arraigo pleno del neoliberalismo en Colombia con la negociación y aprobación del TLC, entre otros hechos —financiamientos Plan Colombia, programas de ajuste fiscal impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI)—. Dicho contexto globalizado se ve favorecido por normas (flexibilización laboral), planes de desarrollo de gobierno centrales (Ministerio de Hacienda), mandatos de la banca central (Junta Directiva del Banco de la República), políticas públicas (Departamento Nacional de Planeación) y diferentes instrumentos normativos y de gestión estatal (Consejo Nacional de Política Económica y Social) (Estrada, 2006, p. 250).

El fenómeno de privatización de grandes empresas de carácter público de historia financiera favorable fue igualmente una situación que terminó por desatar con toda su fuerza la globalización económica en Colombia hasta la primera mitad de la década de los noventa, con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de la Asamblea Constituyente de 1991, empresas como el Banco del Comercio, Tequendama, de los Trabajadores, Colombia Automotriz, Banco de Colombia; entre muchas otras, fueron privatizadas en un periodo de *shock* económico introducido por el presidente de la época Cesar Gaviria, con el fin de permitir incorporar obligaciones económicas impuestas por organizaciones internacionales (Banco Mundial, FMI) y países hegemónicos (EE. UU.) para adoptar medidas de ajustes fiscales que promovieran el libre mercado mundial (Díaz, 2011, p. 108),

en detrimento de la distribución equitativa de la riqueza que se puede evidenciar en que para el año 1991 el 20% más pobre recibía el 3.2% del ingreso nacional y el 20% más rico recibía el 61.3% del ingreso nacional, y para el año 2003 el 20% más pobre recibía el 2,5 del ingreso nacional y el 20% más rico recibía el 63.6 del ingreso nacional (DNP – MERPD 1991 – 2001; 2001 – 2005). Por otro lado, las tasas de desempleo han aumentado de forma constante desde 1991, cuando para el año 1964 la tasa de desempleo en Colombia era del 13% en las cuatro grandes ciudades, en 2004 la cifra es del 52% con una informalidad de casi el 47% (Díaz, 2011, p. 110).

El inicio del siglo XXI para Colombia en el escenario de la economía globalizada se vio impulsado, en su punto cúlspide, por el diseño, negociación y aprobación del TLC con EE. UU. los antecedentes de este suceso histórico, entre otros, son la delegación, en el primer gobierno de Uribe (2002-2006), de la política macroeconómica al FMI, conforme al Acuerdo *Stand-By* (ASB) (Estrada, 2006, p. 250) y con esto, la flexibilización laboral y la reforma en el sistema de pensiones, seguridad social y jornadas laborales —Ley 789 (2002) y Ley 797 (2002)—, ya privatizado y entregado a las dinámicas del mercado, con el fin de ser auto sostenibles para las políticas del FMI y de EE. UU., como forma de allanar el camino al esperado TLC.

Otras políticas y medidas económicas, que favorecieron el clima negociador con EE. UU. para suscribir el TLC, fueron la flexibilización presupuestal, recortando gastos inútiles (desde la concepción neoliberal) para el sector público económico como el gasto social, con lo cual sufrieron graves medidas de desfinanciación la salud, la vivienda, la seguridad social y la educación (Estrada, 2006, p. 250).

Finalmente, el TLC, después de más de cinco años, se aprueba por parte de los dos gobiernos, el 10 de octubre de 2011 y entra en vigencia el 15 de mayo de 2012.

Para el gobierno que inicio las negociaciones (Álvaro Uribe Vélez 2002–2008) y quien ratificó el TLC (Juan Manuel Santos 2008–2016), el TLC permitirá alcanzar logros importantes para el desarrollo económico y social a cargo del Estado, por cuanto se piensa que favorecerá la creación de 300.000 puestos de trabajo adicionales, las exportaciones crecerán un 6%, permitiría mostrar avances significativos en la reducción de la pobreza y favorecerá el crecimiento económico, fortalecerá la seguridad en las relaciones laborales y cualificará la seguridad social y la salud, además de otros asuntos de carácter comercial exclusivamente (La Silla Vacía, 12 de octubre de 2011).

No obstante, las cifras relacionadas con la justicia social y derechos económicos, sociales y culturales (DESC) muestran que Colombia es uno de los países con mayor desigualdad del continente, con un índice GINI de 0.576 (Bonilla y González, 2006), cifra mantenida hasta el 2014 en un 0.55 (CEPAL, 2016). En el 2007 la reducción del PIB para destinarlo a salud, educación, bienestar y agua potable fue del 1.3%, incrementándose de manera sistemática con respecto a

los años anteriores, lo que muestra claramente una estrategia regresiva para la protección de los DESC.

El 27% de la población presenta necesidades básicas insatisfechas, el analfabetismo es del 8.6 general y un 20% en la población adolescente está por fuera del sistema escolar; apenas el 34.1% de las personas entre 5 y 17 años tienen acceso a educación de calidad, los niveles de desocupación de Colombia son los más altos de la región, aún con cifras del 9% o 10%.

El régimen subsidiado parte de una visión asistencialista, basada en subsidios a la demanda, y excluyente al focalizarse en los más pobres dentro de los pobres. Este régimen no contiene ninguna proyección basada en la progresividad del derecho a la salud, sino que funciona como factor residual al mercado (Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo —PCDHDD—, 2009).

Especialmente, sobre los derechos al trabajo y la seguridad social – salud se cierne un riesgo de incumplimiento y violaciones. El nobel de economía, Joseph Stiglitz, ha sido uno de los principales críticos de este acuerdo comercial bilateral, considera que, se hará más difícil el acceso de los colombianos a los medicamentos, precarizando la seguridad social y la salud, derivado de las reglamentaciones sobre patentes y el mantenimiento de criterios mercantiles para el acceso a dichos servicios y derechos (<http://colombiareport.ss.uci.edu/webdocs/PremioNobel-criticaTLC.pdf>).

1. El TLC de Colombia con EE. UU. y las reformas legales y administrativas en materia laboral (2010 – 2016)

El modelo de flexiseguridad implementado en Colombia ha sido uno de los más regresivos y agresivos de toda la región, privilegiando el crecimiento empresarial por encima de las garantías laborales de estabilidad y empleo de calidad (Jaramillo, 2015, p. 243).

Para el momento final de la negociación del TLC entre los dos gobiernos la situación desfavorable (homicidios, persecución a sindicalistas, precarización del empleo, entre otros factores) para los derechos laborales en Colombia conllevó, de parte de EE. UU., a la exigencia de implementar un acuerdo bilateral denominado Plan de Acción Laboral (PAL) que condicionó la ratificación del TLC con el fin de modificar algunas normas o implementar, también por vía legislativa, mecanismos de seguimiento y vigilancia referidos a las garantías laborales que incluían diez asuntos, relacionados especialmente con la violencia antisindical, la aplicación de la legislación laboral que impidiera la violación de las garantías

laborales y que prohibiera o reglamentara las relaciones laborales informales y precarizantes, el uso ilegal de las cooperativas de trabajo, contratos sindicales y empresas de servicios temporales (OIT, 2015, p. 42).

Sin embargo, la situación de los derechos laborales no ha mejorado sustancialmente y en algunos aspectos existen retrocesos antidemocráticos e inconstitucionales, no solamente denunciados por la academia, sino también por los sindicatos y asociaciones de defensa de los trabajadores.

Al momento de analizar el impacto real de la normas laborales incluidas en el TLC de forma condicionada tenemos que los efectos han sido básicamente dirigidos a la modificación de legislación nacional, pero los mecanismos de interposición de quejas, pese a existir, no han permitido un cambio radical en la defensa de los derechos laborales y la mejora tendiente a favorecer estrategias de trabajo decente, estable y de calidad.

La Escuela Nacional Sindical (ENS, 2015) considera que la tasa de empleo de un 57.4% del total de población en edad para ocuparse debe ser contrastada con los preocupantes niveles de baja calidad en los trabajos y el aumento de labores por cuenta propia y la tercerización disfrazada. Se encontró que el 46,6% de la población ocupada no tenía contrato de trabajo formal, mientras que el 32,5% tenía contrato escrito y el 20,9% verbal (ENS, 2015, p. 11).

Las críticas que pesan sobre este instrumento tienen como común denominador la ausencia de eficacia en los impactos esperados sobre los derechos laborales, es decir, su propósito declarado no ha contribuido realmente a la mejoría de los derechos laborales, por el contrario el riesgo se hace más presente y probable, por el contrario, el objetivo no declarado parece ser la superación de las limitantes que el Congreso de los EE. UU. impuso al ejecutivo de su país para ratificar el TLC y no la defensa real de las garantías laborales (CTC-CUT, 2014, p. 5).

Analicemos algunas de las medidas adoptadas por el gobierno colombiano mediante el PAL, desde los criterios del fortalecimiento institucional, la regulación de las relaciones laborales ilegales, el sindicalismo y los canales de comunicación y quejas.

En lo referente a la eficacia del sistema de quejas, trámites y resolución de querrelas interpuestas ante el Ministerio de Trabajo (MinTra) en los casos del uso ilegal de los pactos colectivos y tercerización ilegal el balance es el siguiente hasta el año 2015 de las 150 quejas interpuestas, solo cinco casos han terminado con sanciones y 15 se han archivado; las otras 130 están en trámite sin definición sustancial (95 en averiguación inicial, cuatro en formulación de cargos, nueve en pruebas), el 94% de los casos tienen más de un año de trámite y el 73% se encuentra en etapas preliminares; para el caso de la libertad sindical, de los 170 casos que analizó la ENS a través de resoluciones del MinTra —tutelas y procesos

judiciales y de fuero especial— se encontró que en 111 no se protegieron los derechos sindicales y el Estado negó el 76% de los casos (ENS, 2016, p. 3).

Las sanciones por prácticas de intermediación laboral prohibida por la ley —100 a 5.000 SMLMV, Ley 1610 (2013)— pudo servir para implementar medidas serias y eficaces para evitar que dichas estrategias se sigan utilizando, sin embargo, su eficacia dista mucho de dicho propósito, aunque las sanciones crecieron de forma importante durante los primeros meses de la vigencia de la ley, donde el MinTra impuso 785 sanciones a empresas que se traducen en algo más de 150 mil millones de pesos, solo 11 mil millones han sido ejecutoriadas, es decir, solo el 7,3% del total de sanciones y de las 471 sanciones, solo 17 han quedado en firme para finales de 2015 (CTC-CUT, 2014, p. 17 y ENS, 2015, p. 24).

Lo anterior demuestra una ausencia casi total de eficacia en la implementación y ejecución de la medida, permitiendo que para el año 2012, 940 acciones prescribieran, y en 2013, otras 540 tuviesen el mismo destino (CTC-CUT, 2014, p. 18).

La Ley 1450 (2011) es resultado de otro de los compromisos que adquirió el Gobierno colombiano. Dicha norma se refiere a la formalización del primer empleo e igualmente se expidió el Decreto 2025 (2011) que impone unas reglas a las cooperativas de trabajo asociado, la última norma fue reglamentada por el Decreto 2798 (2013) que más que prohibir la intermediación laboral encubrió la tercerización en la exigida formalización del contrato laboral con el asociado (CTC-CUT, 2014, p. 13), pero siguió permitiendo la tercerización de la funciones misionales, y por lo tanto, no elimina el problema de raíz, sin embargo dicho decreto tuvo que ser derogado porque incumplía el Convenio 81 de la OIT, lo que deja espacios de discrecionalidad al empleador que podrían permitir violación de las garantías laborales (información presentada por Confecoop al Ministerio de Trabajo y enviado a la ENS el 31 de octubre de 2013. Escuela Nacional Sindical: Sistema de Información Laboral y Sindical —SISLAB—).

De conformidad con lo mencionado anteriormente, una de las estrategias de mejoramiento de la calidad del empleo es la Formalización del Trabajo; para 2012 y 2013 los inspectores de trabajo promovieron la firma de 36 acuerdos de formalización que tenían un impacto solo sobre 12.030 trabajadores (CTC-CUT, 2014, p. 18 y Ministerio de Trabajo, 2014, —para el ministerio fueron 12.051 trabajadores—), es decir, la medida es superficial para la realidad de la informalidad empresarial de tipo laboral que existe en Colombia, con lo cual se envía un mensaje de desidia estatal por las garantías laborales, para permitir que prevalezca el criterio financiero y economicista de la garantía y seguridad que debe tener el lucro en el ordenamiento jurídico laboral por encima de los derechos laborales, toda vez que se estima que en Colombia las relaciones laborales llegan al 68% de la población económicamente activa y susceptible de ser empleado; por un lado en el 2012 existían 2.890 CTA que agrupaban a 386 mil asociados (Portafolio,

2012) y casi 600 mil trabajadores que hacen parte de EST sumando también los 964 contratos sindicales que representaban más de 200 mil trabajadores en el país (Portafolio, 2014). Por lo tanto, son 1.185.000 empleados que laboran en condiciones de informalidad e inestabilidad (CTC-CUT, 2014, p. 21) siendo los 12 mil involucrados en los acuerdos de formalización solo el 1.01% del total de trabajadores bajo condiciones de atipicidad en Colombia.

Hasta enero de 2015 el Mintra ha logrado la suscripción de 80 acuerdos de formalización que benefician a 20.600 trabajadores, no obstante, esto solo alcanza a llegar al 0.1% del total de los colombianos ocupados. Es decir, la norma en mención no permite, de forma eficiente, eliminar las prácticas violatorias de las garantías laborales intermediadoras o tercerizadoras (ENS, 2015, p. 21). La manifestada ausencia de eficacia puede ser constatada desde el mismo Mintra que del total de su planta de empleados dedicados a la Dirección de Empleo, que se dedican a promover estos acuerdos de formalización, el 65% están vinculados mediante contratos de prestación de servicios, lo que muestra una total incoherencia del Ministerio para eliminar definitivamente la intermediación ilegal (ENS, 2015, p. 22).

Si bien gran parte de las reformas legales y gubernamentales han pretendido eliminar la tercerización laboral, específicamente las CTA pasaron de 4307 (en 2010) a 2890 en 2012, y el número de asociados bajó de 610.526 (en 2010) a 386.138 (en 2012) (CTC-CUT, 2014, p. 23), no obstante, dichas figuras siguen existiendo con otras denominaciones como los contratos de prestación de servicios, las sociedades por acciones simplificadas y los contratos sindicales.

Afirma la CTC y la CUT:

El más preocupante de todos los casos es el del contrato sindical, porque aquí no solo se trata de subcontratar ilegalmente labores que son misionales permanentes, sino que significa, además, una subversión de los principios y finalidades del sindicalismo (CTC-CUT, 2014, p. 35).

Por lo anterior, a la lenta disminución de las cooperativas de trabajo asociado (CTA), como intermediadores, se les suma el aumento de forma importante de otras formas de tercerización. Por un lado, mientras que en 2010 apenas existían 50 casos de contratos sindicales, en 2011 eran 164 que cubrían 37.064 trabajadores y para 2012 ya eran 703 contratos sindicales que se traducía en 158.878 trabajadores (ENS, 2014) de los cuales 699 (99.43%) hacen parte del sector salud y servicios de salud como uno de los sectores que más ha crecido (Portafolio, 2011) en la economía bajo el neoliberalismo (CTC-CUT, 2014, p. 30).

Con respecto a la figura del contrato sindical la ENS informa que en 2010 apenas existían 50 casos de contrato sindical y para 2013 la cifra llega a 964 casos, abarcando 49.164 trabajadores, lo que indica patrones de aumentos importantes

y preocupantes que no frenan el fenómeno de la tercerización y la intermediación laboral.

Mientras que, hasta 2013, más de 95% de todos los contratos sindicales se firmaron en el sector de servicios sociales y salud —rama económica previamente plagiada por las CTA—, en el año contemplado entre junio 2013 y junio 2014 se depositaron 429 contratos sindicales en el sector de comercio y 439 en el sector de industria, demostrando la popularidad de esta figura para negar derechos laborales al mismo tiempo que se dibuja, engañosamente, un cuadro dinámico de la actividad sindical en el país (ENS, 2015).

Desde la Ley 6 (1945) las organizaciones sindicales se integraron al derecho laboral mediante la utilización de contratos colectivos con el fin de hacer parte del mercado laboral. De igual forma, el artículo 482 del CST define el contrato colectivo sindical como aquel que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores, con uno o varios empleadores o sindicatos patronales, para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Los requisitos para la celebración de dicho contrato son: que conste por escrito y que sea depositado en el Ministerio de Protección Social a más tardar dentro de los 15 días después de su firma; la duración, revisión y extinción del contrato se rigen por las normas del contrato individual de trabajo en la modalidad colectiva y; tiene un carácter solemne.

Aunque desde la Ley 1429 (2010) la tercerización se convirtió en prohibida por cuanto las actividades misionales y permanentes exigieron contrato laboral formal, el contrato sindical enmascara la relación laboral en una relación colectiva que externaliza e intermedia a los trabajadores.

Con respecto a la conceptualización de la categoría de “actividades misionales permanentes” como parte esencial de la reglamentación del contrato sindical, el artículo 63 de la Ley 1429 (2010) determinó:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de cooperativas de trabajo asociado (CTA) que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Igualmente es importante entender que, así como el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha definido que los trabajos misionales permanente se entienden como toda actividad que señale la ley, la Constitución, un reglamento o decisión judicial que se desarrolla en las mismas características que los empleados de planta y empleados externalizados, y que se ejecuta de forma habitual, que por la naturaleza de la actividad, la entidad está en capacidad de controlar su desarrollo

o de injerir en las capacidades que requiere del personal que ejecutará tales acciones; igualmente dichas actividades misionales son comunes al objeto social de las empresas y actores económicos (Corte Constitucional, Sentencia C-614 de 2009. Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2008, radicado 2152062 y Sentencia del 18 de mayo de 2006, radicado 1553).

En ese sentido se expidió el Decreto 2025 (2010) que se encargó se establecer claramente las definiciones de “actividad misional permanente” e “intermediación”, y de igual forma establecer las sanciones y multas para personas y empresas infractoras de las normas descritas. Establece, para las CTA, la presunción de infracción de las normas que prohíben la tercerización cuando no demuestre independencia financiera y sus miembros no tengan autonomía para realizar sus labores, o son obligados a permanecer en las cooperativas, para mantener su trabajo y no tiene acceso a los beneficios económicos provenientes de la cooperativa.

No obstante, dichas ordenaciones solo se ocuparon de reglamentar las prohibiciones para las CTA, dejando por fuera a modalidades y sujetos como la sociedad por acciones simplificada (SAS), contratos sindicales y las fundaciones, que efectivamente ocurrió, como en el caso de los contratos sindicales que disparó su número de utilización de forma irregular.

El Decreto 2025 (2010), antes mencionado, debido a todos los vacíos que dejaba fue derogado y expidió el Decreto 1025 (2014), en parte debido a la presión de las centrales obreras y a que, cualquier modificación a las garantías laborales que afecten sensiblemente su condición debe ser consultado con la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (CPCPSL), por lo tanto, fue necesaria su derogatoria.

Como consecuencia de la derogatoria del Decreto 2025 (2010) el Gobierno expide el Decreto 1429 (2010) que tiene dentro de sus fines la reglamentación de los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), deroga el Decreto 657 (2006) y se convierte en marco importante para la utilización del contrato sindical de forma adecuada para generar más puestos de trabajo. Tal y como lo mencionaba el expresidente Álvaro Uribe —dicho decreto fue expedido en su mandato— al considerar que el contrato sindical permitía transformar el sindicalismo por uno de tipo “propositivo” y deja de lado su carácter “reivindicatorio”, desconociendo que su finalidad debe ser la defensa mancomunada de sus derechos, con lo cual se copta su esencia y se transforma por algo indeseable sociopolíticamente.

El artículo 1 del Decreto 1429 (2010) menciona que el contrato sindical es un acuerdo de voluntades de naturaleza colectivo, solemne, nominado y principal, que puede celebrarse entre uno o varios empleadores, o sindicatos de empleadores, para la prestación de o la ejecución de obras con sus propios afiliados, advirtiendo que en el discurso legal no se hace referencia a la protección de los derechos

laborales del afiliado, y dentro de las condiciones del artículo 5 de dicho decreto no se exige cuestión similar alguna.

El Decreto 1429 (2010) fue demandado ante el Consejo de Estado (2010, Expediente 11001-03-25-000-2010-00240-002019-10), este tribunal inicia sus consideraciones apoyándose en las sentencias de la Corte Constitucional T-441 (1992), T-115 (1992), T-085 (1994) y C-621 (2008) entre otras; para entender el derecho de asociación sindical como un derecho fundamental que va dirigido a la libertad de constituir organizaciones permanentes, en defensa de los derechos e intereses comunes de los trabajadores y los oficios que desempeñan, sin la intervención ilegítima del Estado o de particulares de acuerdo con los artículos 39 y 55 de la Constitución Política.

Igualmente, el Consejo de Estado, a partir de la Sentencia T-2716705 (2011) de la Corte Constitucional, manifiesta:

El contrato sindical se caracteriza por ser solemne, nominado y principal, realizado en ejercicio de la libertad sindical, que goza de autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato. Adicionalmente, en virtud de él, (i) el sindicato contratista responde porque sus afiliados presenten los servicios o ejecuten la obra contratada; (ii) el representante legal de la organización sindical como encargado de suscribir el contrato sindical, ejerce la representación de los afiliados que participan en el mismo; (iii) el sindicato se asimila, sin serlo como quedó dicho, a un empleador sin ánimo de lucro por expresa disposición de la ley laboral y, (iii) en caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores quedan facultados para continuar prestando sus servicios mientras dure la vigencia del contrato y en las condiciones inicialmente estipuladas.

Sin embargo, en este último punto es importante hacer precisiones, dicha figura se refiere a las capacidad de negociación comercial colectiva del sindicato, pero entendiendo que el afiliado ya goza de su calidad de empleado con contrato laboral pleno para el mismo empleador que dispone de la prestación de servicios del sindicato, o de otro empleador; es decir, su situación laboral no depende del contrato de obra, o prestación de servicios, que se derive del sindicato al cual está afiliado, sin duda esto último es la tercerización prohibida en Colombia para actividades misionales y permanentes, toda vez que permite ingreso de miembros para desempeñar actividades laborales encubiertas de forma principal —como único medio de sustento— al margen de garantías laborales. Es interesante evidenciar también como desde el CST se entiende expresamente, que la existencia y la revisión de dichos contratos se rigen por las normas del derecho laboral, lo que haría incompatible la existencia y uso actual de la figura desde los contratos

de obra o prestación de servicios con riesgos para los derechos laborales, o por lo menos que constituya una situación de precarización laboral.

Bajo la necesidad, por lo menos, en aquel momento de la década de los noventa, cuando apenas se conocía una figura inicial del contrato sindical, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, manifestó mediante decisión con radicado 7136 (1994) (Magistrado: Hugo Suescún Pujols) que:

A pesar de que por su contenido el contrato sindical debe ser considerado como contrato civil, por ministerio de la ley su duración, revisión, y extinción se rigen por las normas del contrato individual de trabajo. Por esa regulación, aunada a las asimilaciones a otras instituciones del derecho laboral que se han dejado anotadas, y por responsabilidad que frente al empresario pudiera exigirse a los trabajadores individualmente considerados, se sigue que en los términos del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, corresponde al juez del trabajo decidir los conflictos jurídicos que se originen en ese convenio colectivo.

Con lo anterior quedó claro, para ese momento, que los contratos sindicales no podían, bajo ninguna circunstancia entenderse como escenarios de afectación a los derechos laborales, de precarización y tercerización.

El Decreto Nacional 583 (2016) es la más reciente norma expedida para legitimar aún más el cuestionado contrato sindical.

Dicho decreto pretende reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 (2010) — ley de formalización laboral, uno de los puntos del PAL—, y el 74 de la Ley 1753 (2015) —ley Plan Nacional de Desarrollo— con el fin declarado de mejorar las condiciones laborales de todos los empleados del país.

Sin embargo, dicha norma va en contravía de lo pactado en el PAL, toda vez que terceriza y denomina como independientes a todos los trabajadores que antes no podían incluirse en dicha estrategia de intermediación, como son los trabajadores misionales y permanentes, de esta forma el artículo 2.2.3.2.1.6 indica:

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos: Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes, a través de un proveedor de los mencionados en este decreto, y; se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Con lo anterior queda claro que las personas vinculadas, como contratistas o simple intermediarios, y que desarrollen actividades permanentes y misionales esenciales pueden tercerizarse, permitiendo con este vacío la precarización de

los derechos laborales y el trabajo decente; condicionados expresamente por la presunta libertad económica de los actores del neoliberalismo.

Con el contrato sindical existe el riesgo de la deslaborización o informalización laboral en la medida que en esta figura existe una ausencia de contrato laboral que garantice todos los derechos laborales. Igualmente, está el riesgo de bajos ingresos laborales por cuanto se acude a la subcontratación, sin prestaciones sociales, propia de un contrato laboral, siendo actividades laborales que le restan o reducen a su capacidad adquisitiva a merma los ingresos del trabajador. Por otro lado, tenemos el riesgo de desprotección social y en cobertura de salud porque al no existir contrato laboral, no existe obligación del empleador de cotizar en seguridad social, y tal obligación recae exclusivamente en el empleado, con lo cual la seguridad social se transforma en una responsabilidad individual y particular del usuario, desconociendo el principio de la solidaridad que debe alimentar dichos sistemas. También está el riesgo de la discriminación laboral, toda vez que la ausencia de relación laboral en los contratos sindicales genera una dinámica de dominación, en perjuicio del empleado que necesariamente se ve obligado a aceptar las condiciones arbitrarias impuestas para recibir un dinero por sus servicios, que en definitiva constituye una renuncia a sus derechos laborales por demás prohibida por la Constitución Nacional (art. 53). Existe el riesgo asociado del desempleo recurrente debido a la precariedad de su situación laboral y a la ausencia de obligaciones laborales de parte del empleador, que no exige el respeto por la permanencia, de acuerdo con las reglas del Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto puede terminar el contrato sindical en cualquier momento, sin necesidad de respetar las obligaciones laborales, de ello se genera entonces una especie de flexibilidad que se apoya en una falsa idea de libertad de movilidad laboral y profesional de los trabajadores, desconociendo la necesidad política y social de proteger al trabajador desde un empleo decente, fijo y constante. Por último, está el riesgo de la pérdida de derechos colectivos, por cuanto el contrato sindical desconoce la historia y fundamentación de las organizaciones sindicales sometiendo a las reglas del mercado y situándose en una posición patronista de transar la mano de obra (trabajador y sus derechos) como simple mercancía sin derechos (ENS, 2016).

La conclusión, es que el Decreto 583 (2016) es un retroceso en cuanto a la formalización del empleo como obligación derivada del PAL, que el TLC en su conjunto y por ende al gobierno de EE. UU. le permite consolidar las grandes empresas transnacionales y la concentración de la riqueza por vía de tercerización. El decreto mencionado permite y legaliza la tercerización laboral de actividades misionales y permanentes ya prohibida, pero con una denominación distinta a la de CT o empresas de servicios temporales (EST) por la de contrato sindical.

Posteriormente, el Decreto 036 (2016) en el artículo 1 —que modifica los artículos 2.2.2.1.16 al 2.2.2.1.32— establece claramente la intención de estructurar el contrato sindical para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de los empleados afiliados, entendiéndolos como de naturaleza colectiva;

sin embargo, se reitera que dicha naturaleza hace referencia a la pertenencia del trabajador a una organización sindical y no propiamente del régimen laboral aplicado al trabajador; lo que genera que organizaciones de empleo temporal se conviertan a colectivos sindicalizados sin ninguna trayectoria de este último tipo (artículos 2.2.2.1.16 y 2.2.2.1.17).

Uno de los interrogantes que genera este tipo de contratación es el contenido en el artículo 2.2.2.1.24 —que menciona las obligaciones de la organización sindical hacia la empresa contratante— en el que se puede notar que no existe una referencia expresa y clara del sindicato para cumplir con obligaciones de tipo laboral, sino que hace referencia a obligaciones del sistema de seguridad social y las deducciones legales a que haya lugar, pero nunca de obligaciones laborales en sentido estricto; resulta obvio que las deducciones para el sistema de seguridad social y demás y el pago de transporte, tal y como aparecen en la norma no quiere decir necesariamente que quien está a cargo sea la organización sindical, sino solo quien la deduce, de lo que puede derivarse una práctica de asunción de obligaciones no necesariamente laborales y por ende tercerizaciones por vía de autorizaciones legales, diferentes a las empresas temporales y de tercerización antes prohibidas.

Evidencia de lo anterior es la no exigencia dentro de la formalización del contrato sindical, entre sindicato y empresario, de las obligaciones laborales que se asumirá en favor del trabajador (artículo 2.2.2.1.26).

Todo lo mencionado antes demuestra que el escenario sindical en Colombia pierde incidencia, cuando la solución de controversias laborales mediante convenciones sindicales disminuye y la contratación sindical aumenta y cubre más del 70% de los trabajadores que hacen parte de pactos colectivos. La tendencia de que los conflictos laborales sean tramitados y resueltos por tribunales se diluye por la ineficacia de los instrumentos, dejando a los trabajadores sin protección y a los sindicatos sin herramientas de atención a sus afiliados (ENS, 2015, p. 33).

Si tenemos en cuenta que existen, para 2015, 1.449 empresas con convenio colectivo de trabajo con relación a 370.635 del total de empresas que existe en Colombia según Asocajas, significa que solo el 0.45% de las empresas tienen una base esencial para un tripartismo y diálogo social fluido, y que reconoce la agencia política de los trabajadores.

Por último y en materia de cifras el cuadro 1 indica que la utilización de la convención colectiva para contrataciones múltiples para los años 2013 fue de 459 y decreció en 2014 a 328 y aumenta para el 2015 a 500, estableciendo una tendencia mixta modificada por la utilización creciente de forma progresiva de la utilización del contrato sindical, que pasó del 2011 —cuando apenas se reglamentó la figura— de 164 casos a 1975 en el año 2015, que determinó el nacimiento de una nueva forma de tercerización ilegal y un ataque para el sindicalismo de defensa de derechos laborales en Colombia, como se expuso anteriormente, esto representa

desde el 2006 hasta el 2015 un crecimiento del 2431% y los pactos y convenciones colectivos solo han crecido un 13% y 19% respectivamente (ENS, 2016).

Cuadro 1. Escenarios de negociación colectiva en Colombia 2010–2015 por número de casos

Año	Convención Colectiva	Pacto Colectivo	Contrato Sindical
2010	245	245	50
2011	353	170	164
2012	317	216	708
2013	459	206	964
2014	328	249	492
2015	500	209	1975
totales	2202	1295	4353

Fuente: Escuela Nacional Sindical, Sistema de Información Laboral y Sindical (SISLAB), Subsistema Dinámica de la Contratación Colectiva con Información del Ministerio de Trabajo.

Del informe (Ministerio de Trabajo, 2014) presentado por el Mintra para el 2014 de los avances sobre el PAL dicho ministerio reporta efectivamente el crecimiento importante del uso de dicha figura (entre 2011 y 2012 se suscribieron 1582 contratos sindicales) desconociendo la realidad sobre las consecuencias de dicha figura.

Resulta interesante la observación del Mintra sobre la figura del contrato sindical en su informe 2014 sobre el PAL:

Con respecto a los contratos sindicales, en los dos últimos años se han registrado 1582 contratos sindicales frente a 114 en los años 2010 y 2011. Hay que mencionar que los contratos sindicales son una figura amparada por la legislación colombiana y, estimulada por algunas organizaciones sindicales, es decir, que no hay un rechazo unificado a esta figura jurídica y, por el contrario, en ocasiones la promueven.

El órgano ministerial acepta el rechazo de los sectores tradicionalmente sindicalizados y la dudosa constitucionalidad de la figura al indicar que solo la ley, que muchas veces contraria a las garantías laborales en su aplicación flexible, derivada de lagunas normativas o interpretativas. Sin duda, el informe mencionado no se refiere explícitamente a todas las reclamaciones que se le han elevado a la figura y por ende el Ministerio solo pretende legitimarla desde las cifras de crecimiento, pero no desde su control efectivo.

Conclusiones

El neoliberalismo globalizado opera como factor desencadenante de muchos efectos adversos para los DD. HH., entre ellos, para los DESC y los derechos laborales que exige respuestas jurídicas y políticas de parte, especialmente, del Estado, pero también de todos los actores de la sociedad *política-económica* colombiana.

Una de las respuestas jurídicas podría ser la implementación de sistemas globales de control y quejas que regulen las actuaciones de los agentes económicos globalizados, es decir, estructuras de “universalización de los derechos” en materia laboral, dicha propuesta tiene como trasfondo las categorías de trabajo decente, estable y condiciones de trabajo dignificantes que promuevan el equilibrio contractual y humano entre *capital-agentes, económicos-Estado-trabajadores*.

Los nuevos escenarios posfordistas del típico trabajo indefinido en las industrias, por toda la vida del empleado, han cambiado y deben adecuarse a los riesgos contemporáneos del neoliberalismo, no mediante la flexibilización sino mediante sistemas salariales y de seguridad social modernos, que mantengan el diálogo social y el tripartismo. Son necesarias más estrategias de autosostenibilidad del empleo y mayor generación de puestos trabajo; las mayores y mejores posibilidades de educación y, por ende, de trabajos calificados podrían derivar en mayor productividad y mejores empleos, solidaridad en la protección social, restricción al *dumping* social y la representatividad son los propósitos del nuevo mercado laboral.

Necesariamente la reglamentación, a través de decretos del Gobierno nacional, ha sido muy atractiva para los actores del neoliberalismo, en la medida que flexibiliza las condiciones laborales y toma como aliado a seudosindicatos, para eliminar posibilidades de suspensión de actividades por protestas o huelgas que afecten el normal desenvolvimiento de las actividades empresariales.

Sin duda los contratos sindicales constituyen una nueva afrenta contra los procesos de consolidación de las garantías de trabajo decente y de eliminación de la tercerización, y deslocalización como consecuencias directas del neoliberalismo y el TLC. que tiene Colombia con EE. UU.

Los riesgos que se ciernen sobre las garantías laborales y la situación de los empleados, derivados de una reglamentación parcial o de la permisión de reglas que auspicien la tercerización, se refieren a la reducción de salarios y prestaciones sociales por la masificación de figuras contractuales como la intermediación y la externalización, que bajan costos de la operación, pero que precariza el trabajo. Igualmente, la seguridad social es una carga y responsabilidad exclusiva del empleado que se ve sometido a participar de los riesgos financieros, debido a su condición de independiente, aun cuando sus laborales sean permanentes; por supuesto, la pérdida de la expectativa de permanencia o continuidad debido a su inconveniencia para el empresario y, por último, la eliminación progresiva del sindicalismo y la agrupación laboral.

Referencias

- Agencia de información laboral. Aniversario del Plan de Acción Laboral (PAL) Cinco años esperando cambios reales. 04/07/2016 Aniversario del Plan de Acción Laboral (PAL) Cinco años esperando cambios reales.
- Beneyto, J. M. (1997). *Contra la Globalización. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, (50), abril - mayo, pp. 64-71, Madrid.
- CEPAL (2016). *Horizontes 2030, la igualdad en el centro del desarrollo sostenible*, Trigésimo sexto periodo de sesiones de la CEPAL, ONU. México.
- Colombia ya cuenta con 160.000 SAS creadas (5 de julio de 2012). *Portafolio*, recuperado de: <http://www.portafolio.co/negocios/colombia-ya-cuenta-160000-sas-creadas>. Consultado el 14 de febrero de 2014.
- Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), Central Unitaria de Trabajadores (CUT) (2014). *Informe sobre los tres primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (PAL)*. Tres años de incumplimiento del Plan de Acción Obama-Santos, Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1429 (29 de diciembre de 2010).
- Congreso de la República de Colombia, Ley 6 (19 de febrero de 1945).
- Consejo de Estado, Expediente 11001-03-25-000-2010-00240-002019-10, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-621 (2008), magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-085 (1994), magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-441 (1992), magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Decreto Nacional 036 (12 de enero de 2016).
- Decreto Nacional 1025 (28 de mayo de 2014).
- Decreto Nacional 1429 (28 de abril de 2010).
- Decreto Nacional 2025 (08 de junio de 2010).
- Decreto Nacional 583 (08 de abril de 2016).
- Díaz Londoño, J. A. (2011). *Estado, Poder y Neoliberalismo en Colombia, Análisis Sociológico a finales del siglo XX*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Dirección Nacional de Planeación (DNP) —MERPD 1991-2000. *Encuesta nacional de hogares; 2001 - 2005*. Encuesta continua de hogares.
- Escuela Nacional Sindical (2015). *Informe sobre los cuatro primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (PAL) (2011-2015)*, Bogotá.

- Escuela Nacional Sindical (2016). Agencia de información laboral. *Aniversario del Plan de Acción Laboral (PAL) Cinco años esperando cambios reales*.
- Escuela Nacional Sindical (2016). *Nuevo Decreto 583 sobre tercerización laboral en Colombia: un gran retroceso*. ENS, 22 de abril de 2016, recuperado de: <https://www.desdeabajo.info/colombia/item/28619-nuevo-decreto-583-sobre-tercerizacion-laboral-en-colombia-un-gran-retroceso.html>. Consultado 16 de junio de 2016.
- Escuela Nacional Sindical: *Sistema de Información Laboral y Sindical (SISLAB). Reporte 2012*. Recuperado de: http://ens.org.co/apc-aa-files/40785cb6c-10f663e3ec6ea7ea03a-aa15/10_SISLAB_2012_2.pdf. pp. 13. Consultado el 13 de febrero de 2014.
- Estrada, J. (2006). Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia. En A. E. Ceseña *los desafíos de las emancipaciones en contextos militarizados*, Buenos Aires: CLACSO, pp. 250.
- Fariñas, M. J. (2006). *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la 'actitud postmoderna'*. Madrid: Dykinson.
- Instituto Internacional de Estudios Laborales (2015). *Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Jaramillo, I. (2015). Derecho del trabajo en el posfordismo. El proyecto de regulación universal en la globalización económica. Ed. *Colección de Textos en Jurisprudencia*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá.
- Londoño, E. A. (2009). Contra hegemonías étnicas en el neoliberalismo. Resistencias y propuestas alternativas al modelo neoliberal en Colombia. *Revista Ciencias Políticas* (8), pp. 54, julio-diciembre. Bogotá.
- Ministerio de Trabajo (2014). *Informe de cumplimiento Plan de Acción Laboral de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales*, Bogotá.
- Osorio, C. (2011). Tres razones para que Santos lograra el TLC y tres para que esté preocupado de haberlo logrado. *La Silla Vacía*, Consultado el 24 de junio de 2016.
- Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2009.
- Temporales ponen en la picota al contrato sindical (24 de agosto de 2013). *Portafolio*, recuperado de: <http://www.portafolio.co/economia/temporales-ponen-la-picota-al-contrato-sindical>. Consultado el 14 de febrero de 2014.
- Temporales reciben 19% menos de ingresos por hora (17 de septiembre de 2012). *La República*, recuperado de: http://www.larepublica.co/economia/temporales-reciben-19-menos-de-ingresos-por-hora_20985. Consultado el 14 de febrero de 2016.
- Umberto, R. (2006). *El derecho al trabajo del 900: una herencia difícil*. Lección magistral impartida en el acto académico de la incorporación como doctor Honoris Causa de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima.



Título: Dualidad. Técnica: Ilustración, acrílico. Año: 2009

El pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Un ejemplo de innovación*

Elvigia Cardona Zuleta**

Resumen

Artículo de reflexión derivado del proceso de Autoevaluación del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia, con fines de renovación de la acreditación de calidad, otorgada por el Consejo Nacional de Acreditación (CNA), adscrito al Ministerio de Educación. Inscrito como proyecto de investigación ante el Centro de Investigaciones de la Facultad, según Acta del Comité Técnico de Investigaciones 04-2015 del 8 de abril de 2015. Con este artículo se pretende visibilizar los aportes que desde la innovación jurídica ha realizado el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, en términos teóricos y desde la experiencia de sus proyectos, programas, actividades y prácticas académicas en las cuales es pionero a nivel nacional. El programa de Derecho, es un referente de la *enseñanza-aprendizaje* del campo jurídico, de impacto a las comunidades menos favorecidas de Medellín y algunos municipios antioqueños. Facilitando el acceso a la justicia, la *formación jurídico-política* de las comunidades y la transformación social.

Palabras Clave: Innovación social; innovación jurídica; innovación curricular; autoevaluación institucional; acreditación de alta calidad.

The undergraduate degree in Law at Universidad de Antioquia. An example of innovation.

Abstract

This is a reflection article derived from the Self-evaluation process of the Universidad de Antioquia undergraduate degree in Law, for the purpose of renewing the quality accreditation, granted by the Consejo Nacional de Acreditación (CNA), attached to the Ministry of Education. Registered as a research project before the Faculty Research Center, according to the Technical Research Committee act 04-2015 of April 8, 2015. This article intends to make visible the contributions that the legal program of the Universidad de Antioquia has made in legal terms, in theoretical terms and from the experience of its projects, programs, activities and academic practices in which it is a pioneer at national level. The Law program is a benchmark of both teaching and learning law and with an impact on the less favored communities of Medellín as well as some municipalities of Antioquia. It facilitates access to justice, *legal-political formation* of communities and social transformation.

Key words: social innovation; legal innovation; curricular innovation; institutional self-assessment; high quality accreditation.

Curso de graduação de Direito da Universidade de Antioquia. Um exemplo de inovação.

Resumo

Artigo de reflexão derivado do processo de auto-avaliação do curso de Graduação de Direito da Universidade de Antioquia, com fins de renovação da acreditação de qualidade, outorgada pelo Conselho Nacional de Acreditação (CNA), atribuído ao Ministério de Educação. Inscrito como projeto de pesquisa diante do Centro de Pesquisas da Faculdade de Direito e Ciências Políticas, de acordo à acta do Comitê Técnico de Pesquisas 04 - 2015 do dia 8 de abril de 2015. Com este artigo pretende-se visibilizar as contribuições que desde a inovação jurídica realizou o programa de Direito da Universidade de Antioquia, em termos teóricos e desde a experiência de seus projetos, programas, atividades e práticas acadêmicas nas quais é pioneiro a nível nacional. O programa de Direito é um referente do *ensino - aprendizagem* do campo jurídico, de impacto nas comunidades menos favorecidas de Medellín e em alguns municípios de Antioquia. Facilitando o acesso à justiça, à *formação jurídico-política* das comunidades e à transformação social.

Palavras-chave: inovação social; inovação jurídica; inovação curricular; auto-avaliação institucional; acreditação de alta qualidade.

* Artículo de reflexión. Es derivado del proceso de Autoevaluación del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia, con fines de renovación de la acreditación de calidad, otorgada por el Consejo Nacional de Acreditación (CNA), adscrito al Ministerio de Educación. Inscrito como proyecto de investigación ante el Centro de Investigaciones de la Facultad, según Acta del Comité Técnico de Investigaciones 04-2015 del 8 de abril de 2015.

** Abogada, aspirante a magíster en Educación, línea pedagogía y diversidad de la Universidad de Antioquia. Integrante de los Grupos de Investigación: 1) Derecho y Sociedad - 2) Poder y Nuevas Subjetividades: Otros lugares de lo político. Profesora del área de investigación y clínicas jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: elvigia.cardona@udea.edu.co Dirección personal: Calle 40 59C-11, Bello, Antioquia, Colombia. Teléfono 3104378858 ORCID: 0000-0002-2486-6867

El pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Un ejemplo de innovación

Introducción

La Universidad de Antioquia es una institución de carácter público con acreditación institucional de alta calidad, y su pregrado de Derecho fue fundado en el año 1827. En el mes de junio de 2017 se recibió la visita de pares académicos en el proceso de la renovación de la acreditación de calidad, para programas de pregrado que otorga el Consejo Nacional de Acreditación (CNA) adscrito al Ministerio de Educación. Para este periodo de evaluación, con fines de reacreditación, se estableció un Comité de Autoevaluación⁶⁹ de manera permanente, con la idea de promover la cultura de la autoevaluación y la mejora continua en el pregrado. Adicionalmente, dicho Comité propone una lectura política a los factores, características e indicadores con los que se miden los programas de pregrado actualmente en Colombia, con el fin de contextualizar y particularizar lo que ha sido y es el programa de Derecho, su tradición, evolución, retos y aspectos a mejorar, el cual, se mantiene como un referente de ciudad.

Es así, como en este marco se adelanta la revisión del *Factor: Investigación, innovación y creación artística y cultural* (CNA, 2013, p. 43-44) que propone el Ministerio de Educación, con los cuales se pretende identificar, medir y evaluar los aportes del pregrado de Derecho, la participación de sus estamentos y los beneficiarios de sus innovaciones.

El tema de la innovación será objeto de reflexión central de este artículo, puesto, que se observan tres dificultades a la hora de evaluar las actividades, programas y prácticas del pregrado de Derecho como innovadoras, situación que motiva y justifica la elaboración de este trabajo, estas dificultades son: i) Los lineamientos

69 Comité de Autoevaluación conformado por las profesoras Diana Carolina Sánchez (coordinadora del Equipo), Adriana María Sanín Vélez y María Cristina Gómez Isaza. Comité de Apoyo Técnico: Claudia Acevedo Gil, Elvigia Cardona Zuleta.

para la acreditación de programas de pregrado utilizan un lenguaje en términos empresariales, productivos y de lógica de mercados. Dando la sensación de que solo es posible la innovación en el ámbito empresarial. Por ejemplo, el siguiente indicador: *Participación de los estudiantes en prácticas empresariales en temas de investigación y desarrollo, ingeniería y experimentación en Colombia y en el exterior.* ii) Los lineamientos para la acreditación fueron diseñados para todos los programas de pregrado, es decir, que aplican tanto para áreas de las ciencias naturales, de las ciencias sociales, ciencias de la salud, ciencias empresariales, artes, entre otras; desconociendo las dinámicas propias, relaciones y ámbitos de aplicación de las diversas áreas del conocimiento, y, iii) es necesario evitar la homogenización de la evaluación, incluso al interior del gran título “ciencias sociales” y atender a los contextos específicos del programa de Derecho, en sus dimensiones históricas, sociales, culturales y políticas.

Es por esto por lo que se hizo necesario examinar, uno a uno, los indicadores propuestos por el CNA para verificar, qué porción del indicador corresponde con la realidad del programa de Derecho y si es factible hacer una interpretación, extensión o traducción de las palabras al lenguaje propio del saber y las prácticas jurídicas, por ejemplo, donde dice *empresarial* léase *rama judicial, Centro de Conciliación o comunidades menos favorecidas*, o si por el contrario, se hace una lectura restrictiva y literal del indicador a evaluar, con respuesta: *No aplica (N/A)*.

Desde lo metodológico, este artículo presenta un aporte proveniente del rastreo bibliográfico descriptivo, con las siguientes fases, vale aclarar que algunas de ellas se llevan a cabo de manera simultánea o implican volver al inicio: i) Se revisan las publicaciones de profesores y eventos adscritos a la Facultad, quienes ofrecen una conceptualización sobre el tema de la innovación social y jurídica. ii) Se revisan los documentos institucionales de la Universidad de Antioquia referidos a la innovación en general, alojados en el sitio web de la Vicerrectoría de Extensión. iii) Esta información se contrasta con los informes de gestión del Departamento de Prácticas y el cuadro maestro del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (SACES) denominado: *12. Innovaciones del programa: tecnológicas, metodológicas y/o sociales.2010-2015*. iv) Finalmente, se utiliza la técnica de análisis de contenido. A partir del sistema categorial se elabora una matriz que permite visualizar los elementos distintivos de cada una de las categorías codificadas a partir de la que se construye la propuesta para la medición de los *proyectos/actividades* adelantados por la Facultad.

A continuación, se presenta en un primer apartado los referentes institucionales que permiten aproximarse al concepto de innovación, que hacen posible hablar de innovaciones sociales e innovaciones jurídicas. En un segundo apartado, se hace una propuesta de guía con criterios para determinar el tipo y grado de innovación de las actividades, proyectos y programas en los pregrados de Derecho.

En un tercer apartado, se presenta una breve descripción de actividades que se consideraron en la categoría de innovación para el informe de autoevaluación con fines de renovación de la acreditación 2010-2016, las cuales son las que se quieren visibilizar con este artículo y, por último, se presentan las reflexiones finales.

Referentes institucionales que permiten aproximarse a los múltiples conceptos y clases de innovación

Pese a lo indicado en la introducción el Ministerio de Educación y el CNA en el documento *Lineamientos para la acreditación de alta calidad de programas de maestría y doctorado*, declara:

Por innovación se entiende la aplicación del conocimiento al mejoramiento de las condiciones de vida o el bienestar de una comunidad, a fortalecer la productividad y la competitividad de una empresa o cadena de producción, o a incrementar la efectividad de las políticas públicas y la consolidación de la sociedad civil. En esta perspectiva la innovación puede ser vista como el proceso mediante el cual la sociedad genera valor a partir del conocimiento, extrayendo de él beneficios económicos y sociales (2009, p. 5).

Declaración que se contrapone al diseño de los indicadores que deben ser evaluados en los programas de pregrado, específicamente a los de las áreas sociales, para determinar su calidad, y al conjunto de indicadores con los que pretende llevar a cabo dicha medición, por lo que, en un primer momento, se advierten las diversas concepciones al interior de una misma institución.

Dicha situación no es ajena a nuestra Universidad, así, por ejemplo, en el portal web dedicado a la innovación, emprendimiento y transferencia del conocimiento, se constata, que la Universidad de Antioquia dispone de documentos donde se habla de innovación cultural, desarrollo social y tiene una categoría en la que incluye a los grupos de investigación “cultura y sociedad”, tal como se evidenció en el apartado anterior, sin embargo, frente a la innovación declara:

Se denomina innovación a la introducción de la invención, y es la transformación de una idea en un producto vendible nuevo o mejorado, o en un proceso operativo en la industria o en los servicios. Comprende todas aquellas etapas científicas, técnicas, comerciales y financieras, necesarias para el desarrollo y comercialización con éxito de productos nuevos o con mejores características; la utilización comercial de nuevos o mejores productos y equipos; o la introducción de un nuevo servicio (Página Web UdeA, 2017).

Esta es una definición clásica de la innovación en términos empresariales, del sector productivo de bienes y servicios, que de alguna manera invisibiliza las reflexiones teóricas sobre conceptos como el de *innovación social* o *innovación jurídica*, favoreciendo que el lector considere que en los programas de Derecho solo tendrían cabida iniciativas presentadas por los estamentos educativos dedicados al emprendimiento, o al uso extensivo de la tecnología.

En contraste, en los términos de referencia propuestos en la 11 Convocatoria Buppe 2016, cuyo tema central fue: *La innovación social: un compromiso del alma*, conceptualiza lo siguiente, que transcribo pese a su extensión, dado que nos permite continuar ampliando no solo el concepto como tal, sino evidenciar cómo la estructura *académico-administrativa*, se queda corta para atender todas las formas posibles de innovación, a partir de las áreas del conocimiento como ciencias sociales, humanidades y artes:

Ahora bien, la innovación social, como proceso social crea nuevas relaciones de colaboración como respuesta a problemas sociales donde se demuestra la capacidad de actuar efectiva, eficiente, sustentable o justa de la sociedad cuyo valor agregado satisface necesidades sociales. La innovación social atiende las aspiraciones e inquietudes de la sociedad, esto se percibe en las dimensiones de intercambio de bienes y servicios en procesos que plantean superar las profundas desigualdades sociales, económicas, políticas y culturales existentes en el mundo actual. (...) La innovación social se propone como una plataforma para la relación entre Universidad y Sociedad desde el punto de vista de la investigación colaborativa en todos sus aspectos y matices para la solución de problemáticas sociales en todas sus dimensiones sistémicas y posibilidades de sinergia con los diferentes campos disciplinares que ofrece la Universidad (p. 3).

Esta manera de entender la innovación social amplía el campo de acción y el rango de posibilidades de participación de los programas de Derecho, en términos de la identificación de las actividades y programas, que podemos señalar en la categoría de innovadoras, con las cuales se construye la guía de clasificación que será presentada más adelante, en que se incluyen categorías, tales como: las actuaciones en busca de soluciones justas a los problemas o necesidades sociales, el trabajo colaborativo, y el trabajo para superar las desigualdades sociales, económicas, políticas o culturales.

Ahora bien, se continúa con la búsqueda de lecturas *extensivas/explicativas* del concepto y aplicación de la innovación al campo social y jurídico. Se encontraron reflexiones de profesores adscritos al programa de Derecho —de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas—, quienes han realizado aportes para una comprensión de la innovación social y del saber jurídico:

En primer lugar, se parte del libro: *Panorama actual de la innovación social en Colombia*, financiado por el BID, en el que se señala: “la innovación social se considera un mecanismo para buscar y desarrollar soluciones novedosas a los problemas sociales y principalmente la reducción de la pobreza y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población” (Villa y Melo, 2015, p. 4). En este documento se recogen las políticas institucionales, los planes de desarrollo y políticas públicas en torno a la innovación social, los tipos de innovación social, además de realizar su análisis tomando a Medellín y sus diferentes programas sociales, educativos, del sector público y privado; como ejemplos de innovación social.

En segundo lugar, se revisa el artículo *Innovación. Concepto y retos en la agenda universitaria*⁷⁰, de Adriana María Restrepo Ospina (2013), profesora adscrita al programa de Derecho, quien realiza una revisión del concepto de innovación y su importancia en los debates contemporáneos, para indicar cómo la innovación es un “concepto dinámico y en constante reconstrucción, puede afirmarse que la innovación es una actividad compleja, diversa, pluridisciplinar, que se manifiesta en el espacio social como un proceso que requiere la intervención e interrelación de diversos actores” (Restrepo, 2013, p. 209). Implica también “usar el conocimiento como insumo para la toma de decisiones, (...) trabajo colaborativo, se desarrolla en entornos de alto nivel de incertidumbre y con significativas cuotas de riesgo (...); que genera externalidades sociales” (Restrepo, 2013, p. 210), y finalmente, señala cómo a la innovación se le aparejan otros “conceptos relacionados como emprendimiento o transferencia del conocimiento” (Restrepo, 2013, p. 187).

En tercer lugar, se revisa el artículo *Áreas prioritarias de investigación (APIS) en el saber jurídico, un aporte para la discusión sobre la innovación jurídica*⁷¹ de las profesoras Patricia González Sánchez y Erika Franco Gómez (2012), adscritas a nuestro programa de Derecho, ellas hacen una reflexión sobre los discursos de la innovación para señalar, en primer lugar, que la innovación en los saberes jurídicos es constante y tiene medios de expresión propios, como los procesos legislativos y jurisprudenciales:

No es sostenible pensar que el saber jurídico no sea innovador, al contrario, lo es de manera constante a través de su expresión en procesos legislativos y jurisprudenciales que regulan de nuevas maneras las

70 Artículo derivado de la investigación terminada: *El papel de la Universidad en las políticas públicas de emprendimiento e innovación. Estudio de caso: participación de la Universidad de Antioquia en las políticas de emprendimiento e innovación del Municipio de Medellín 2004-2011*, financiada por el CODI, Universidad de Antioquia, e inscrita ante Colciencias en el año 2011.

71 Este artículo es producto del grupo Centro Interacción adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigación terminada: *Áreas prioritarias de investigación (APIS) en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia: discusiones sobre la innovación jurídica*. Inscrita ante el CODI, Universidad de Antioquia. Acta 628 de abril de 2012.

relaciones sociales o crean instituciones jurídicas, además, lo puede ser en metodologías para la formación y la investigación (p. 199).

Adicionalmente, es posible asumir la innovación con transformación de la vida social:

Si se asume que la innovación se relaciona con la aspiración del desarrollo con mejores condiciones de vida y democracia, entonces podría considerársela como una fuente de acción que se realiza desde la investigación. En otras palabras, se trata de la investigación que tiene unos resultados concretos en la transformación de la vida social (González y Franco, 2012, p. 200).

Las profesoras aportan una comprensión en dos momentos sobre la innovación que presentan en un esquema circular en el saber jurídico:

Esto conduce a que en el saber jurídico se analicen dos momentos que generan un esquema circular. En el primer momento, es necesario conocer las formas jurídicas de innovación en el saber jurídico, o sea, la formación, la creación y la aplicación jurídica, las cuales generan prácticas jurídicas que son replicadas y transformadas. En el segundo momento, la aplicación de la innovación en el derecho puede generar cambios en las prácticas jurídicas, transformaciones y nuevas formas de relaciones jurídicas. No se desconoce que la innovación jurídica podría ser espontánea e impactar el saber, o podría estar vinculada con las formas jurídicas que la han requerido desde la formación y la *creación-producción* legislativa y jurisprudencial (González y Franco, 2012, p. 200).

Esta comprensión extendida al saber jurídico, amplía aún más las posibilidades de identificar aquellos proyectos, programas o actividades que se adelantan al interior de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, encaminados a la formación de los estudiantes, que por las condiciones específicas, históricas y contextuales del programa tienen impacto en las comunidades, no solo en la dimensión del derecho como norma, su génesis, aplicación e interpretación, sino, en las posibilidades reales de la transmisión del conocimiento con actividades como los programas de radio, formación jurídica y política básica a las comunidades, y otros que aportan a la superación de los conflictos y disminución de barreras de acceso a la justicia, tales, como el Centro de Conciliación y el Consultorio Jurídico.

En cuarto lugar, dos entregas del *Documento de trabajo: Notas sobre apropiación social del conocimiento en Colombia I (2016a) y II (2016b)*⁷², elaborados por las pro-

72 Documento de Trabajo producto del proyecto de investigación *Apropiación social del conocimiento: ejercicio interpretativo y desarrollo de prácticas reflexivas en la investigación jurídica*, adscrito al grupo Estudios de

feoras Patricia González Sánchez y Sandra Duque Quintero, profesoras adscritas al programa de Derecho, frente a la apropiación social del conocimiento, nos recuerdan:

Analizar la apropiación social del conocimiento en el caso de la investigación jurídica es hacer énfasis en lo subjetivo, lo vivencial, lo cultural; es identificar y comprender los desafíos sociales que se presentan desde los ámbitos científico, tecnológico y de innovación (2016a, p. 2).

Aún el programa de Derecho y la investigación jurídica tiene pendiente conocer el impacto de su interacción con la sociedad, “Específicamente, la investigación jurídica deberá mostrar su ubicación en el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y su aporte a la construcción y apropiación social del conocimiento desde la interacción con los grupos sociales, sus formas de interpretación y sus prácticas reflexivas.” (2016a, p. 3), aunque como lo expresan las profesoras “se parte de la premisa de que la apropiación social del conocimiento no es innovación social pero sí es una de las formas de popularización del conocimiento” (2016a, p. 3).

De esta forma la investigación jurídica, permite: “Apropiación social del conocimiento: ejercicio interpretativo y desarrollo de prácticas reflexivas en el campo en la investigación jurídica” (2016b, p. 7).

A manera de conclusión, este recorrido indica la importancia de hacer una lectura extensiva al clásico concepto de *innovación*, y la necesidad de construir y actualizar las discusiones en la Facultad, por lo cual, se opta por hacer una lectura extensiva del concepto de innovación jurídica, y se propone la siguiente guía para medirla.

Propuesta para la medición de la innovación en el programa de Derecho

Una vez que se contrasta la realidad de nuestro programa de Derecho, su discurrir histórico y los aportes que desde la academia se han realizado a la comunidad en términos de la solución de conflictos, la formación jurídica y política básica, la facilitación del acceso a la justicia, su participación en la transformación legal, sus aportes a la construcción de una sociedad justa y democrática, el trabajo colaborativo, interdisciplinario y el uso de nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), se elabora una matriz para la categorización de los *programas/proyectos/actividades* que pueden considerarse como “innovación” en

Derecho y Política. Inscrito en el Sistema Universitario de Investigación con el código del proyecto 4266, aprobado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

un pregrado de Derecho, en un intento por reescribir los indicadores propuestos por el Ministerio de Educación y el CNA.

En este instrumento se recogen los diversos criterios de evaluación que se decantan de las afirmaciones sobre lo que es innovación, con lo cual se permite clasificar las diferentes actividades en cuatro áreas posibles en los pregrados de Derecho, lo que se hace con la intención de visibilizar las diferentes líneas de acción que se tienen en un pregrado como el nuestro: 1) innovación jurídica: justicia social, democracia y reducción de la pobreza. 2) innovación jurídica: transformación de las estructuras jurídicas, prácticas, instituciones y normas. 3) innovación jurídica: trabajo en *red/colaborativo*. 4) innovación jurídica en los procesos curriculares y pedagógicos. Se escogen aquellos proyectos que responden afirmativamente al 80% de los criterios, aunque muchos de nuestros proyectos y prácticas cotidianas, aportan a las cuatro categorías.

Tabla 1 *Matriz criterios de evaluación de programas/proyecto/actividad como innovador*

Nombre del programa/proyecto/actividad que se desea presentar como innovador:		
Nombre del responsable:		
Breve descripción del aspecto que se considera innovador en el programa/ proyecto/ actividad (máximo 200 palabras)		
Evidencias comunidades beneficiadas (indique número de personas, instituciones, comunidades beneficiadas, adjunte evidencias: fotos, listas de asistencia, documentos, etc.)		
Descripción de los criterios de innovación jurídica: justicia social, democracia y reducción de la pobreza	Sí	No
El programa/proyecto/actividad facilita el acceso a la justicia de personas de escasos recursos en condiciones de calidad y adicionales a los contemplados por la regulación propia de los programas de Derecho.		
El programa/proyecto/actividad aporta a la reducción de la pobreza de la población a la cual va dirigido.		
El programa/proyecto/actividad aporta a la construcción y ejercicio de la población a la cual va dirigido.		
Considera que este programa/proyecto/actividad genera nuevos conocimientos o comprensiones sobre el saber jurídico de la población a la cual va dirigido.		
Considera que este programa/proyecto/actividad aporta al mejoramiento de la calidad de vida de la población a la cual va dirigido.		
El programa/proyecto/actividad tiene evidencias del impacto social o puede describir las acciones de seguimiento y evaluación de las diferentes actividades/ tareas que lo componen.		

El programa/proyecto/actividad se articula con el sector público, privado o comunitario.		
Descripción de los criterios de innovación jurídica: transformación de las estructuras jurídicas, prácticas, instituciones y normas	Sí	No
El programa/proyecto/actividad promueve el entendimiento normativo en términos de la creación, aplicación e interpretación jurídica.		
El programa/proyecto/actividad promueve la revisión y crítica a la producción normativa, generando acciones de cambio y/o denuncia pública.		
El programa/proyecto/actividad promueve la transformación de las prácticas jurídicas y de las relaciones jurídicas.		
El programa/proyecto/actividad incide en las instancias de creación, aplicación e interpretación legislativa y jurisprudencial.		
El programa/proyecto/actividad contribuye con la apropiación y el uso del conocimiento jurídico en beneficio de las comunidades a quien se dirige.		
Descripción de los criterios de innovación jurídica: trabajo en red/ colaborativo	Sí	No
El programa/proyecto/actividad adelanta actividades en red o mediante convenios con otras instituciones públicas, privadas y comunitarias.		
El programa/proyecto/actividad promueve la reflexión conjunta, y en condiciones de igualdad, con las instituciones públicas, privadas y comunitarias con quienes se vincula para solucionar problemáticas del entorno.		
El programa/proyecto/actividad se articula con planes de desarrollo local, nacional o internacional.		
El programa/proyecto/actividad tiene incidencia en políticas públicas locales, nacionales o internacionales.		
El programa/proyecto/actividad genera conocimiento desde los actores que participan.		
Descripción de los criterios de innovación jurídica en los procesos curriculares y pedagógicos	Sí	No
El programa/proyecto/actividad permite trabajo interdisciplinario.		
El programa/proyecto/actividad promueve pensamiento crítico.		
El programa/proyecto/actividad permite reflexiones sobre el saber y la práctica jurídica.		

El programa/proyecto/actividad permite reflexiones disciplinares adicionales a las ofrecidas en el plan de estudios.		
El programa/proyecto/actividad permite formación integral.		
El programa/proyecto/actividad promueve relaciones democráticas.		
El programa/proyecto/actividad promueve formación atendiendo a la diversidad.		
El programa/proyecto/actividad promueve relaciones más horizontales entre profesores y estudiantes.		
El programa/proyecto/actividad promueve formación ciudadana y participativa.		
El programa/proyecto/actividad promueve formación mediante didácticas activas y uso de las TIC.		
El programa/proyecto/actividad promueve formación continua y autorregulada.		
El programa/proyecto/actividad promueve el emprendimiento.		
El programa/proyecto/actividad promueve la circulación de conocimiento socialmente útil.		
El programa/proyecto/actividad genera conocimiento desde los actores que participan.		

Fuente: Elaboración propia que condensa los referentes institucionales y teóricos señalados en el apartado anterior.

Ahora bien, esta guía se aplicó a cada una de las prácticas académicas, programas y proyectos con los que cuenta la Facultad para caracterizar las innovaciones surgidas, tanto en el periodo de evaluación, como en las últimas décadas, pues como lo señalaba el profesor William Fredy Pérez, es necesario “cuestionar aquello que podemos llegar a entender por innovación y que puede llevarnos a desconocer trabajos posiblemente innovadores que se han hecho desde tiempo atrás” (BEAD, 2011).

A continuación, se presentan las 24 experiencias que se incluyeron en el Informe de autoevaluación, con fines de reacreditación 2010-2015. El orden utilizado para presentarlas no implica una jerarquización, además, se incluyen programas con una trayectoria superior al periodo evaluado, con la idea de extender un reconocimiento, ya que esta categoría sobre la innovación, no hizo parte del informe de autoevaluación anterior y las preocupaciones por este tema se ubican a partir del 2009, con la promulgación de la Ley 1286 y como vimos en nuestra Facultad a partir de 2011 con los encuentros sobre innovación y las investigaciones dirigidas a este tema.

Tabla 2 Programas/proyectos/actividades consideradas como innovadoras en el pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia

1 Consultorio Jurídico Rural (1979)	
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	11605 personas beneficiadas: Salgar (2530 usuarios), Carmen de Viboral (2043 usuarios), Titiribí (798 usuarios), Támesis (343 usuarios), Sopetrán (3246 usuarios), Sonsón (2086 usuarios), el Retiro (368 usuarios), Resguardo indígena de San Lorenzo (194 usuarios).
El trabajo colectivo de discusión en grupos académicos que se ha diseñado para el Consultorio Jurídico Rural en los cuales se refuerza un compromiso de solidaridad entre el grupo de estudiantes y profesores, y la integración que se tienen con las comunidades en las que realizan su práctica. Este programa está vigente desde 1979. Es importante recordar que el Consultorio Jurídico <i>Guillermo Peña Alzate</i> fue creado en 1968, antes de que el Decreto 196 (1971) exigiera la creación para programas de Derecho.	
2 Consultorio II: Consultorio Alternativo (1989)	
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	1471 estudiantes versión 4, 190 estudiantes versión 5 y 31 convenios con entidades públicas y privadas externas a la Universidad.
Escenario que permite nuevas formas de entender el derecho, de investigarlo y de llevarlo a las comunidades e instituciones.	
3 Centro de Atención Familiar -CAF- 2004	
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes de Derecho, Trabajo Social y Psicología. Usuarios del Consultorio Jurídico (175 usuarios, 84 actividades, 2817 beneficiarios).
Se caracteriza por el trabajo interdisciplinario, pues es un centro de prácticas que recibe estudiantes de Derecho, Trabajo Social y Psicología. Tienen el grupo de trabajo GET que se reúne semanalmente a revisar los casos. El Observatorio en Familia, desde donde se trazan líneas de investigación, formación jurídica y política básica a estudiantes del Colegio Nocturno, Madre Laura y Comunas 1 y 13.	
4 Consultorio Al Barrio (2009)	
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	4466 personas atendidas en Comuna 1 y 13 de Medellín / estudiantes de Derecho.
En el 2015 el Consultorio al Barrio fue nominado por el programa Medellín Solidaria, en la modalidad comprometida con la innovación social, al reconocimiento que hace la Alcaldía de Medellín a las entidades no gubernamentales y empresas privadas que trabajan por las comunidades de escasos recursos de la ciudad.	

5	Brigadas de atención <i>socio-jurídica</i> a víctimas -Centro de Atención a Víctimas —CAV— (2010)
Responsable	Centro de Atención a Víctimas (CAV)
Beneficiarios	459 personas atendidas brigadas a barrios de escasos recursos del Municipio de Bello (Granizal, Nuevo Jerusalén) y de Medellín (La Paralela, La Cruz, La Honda, San José de la Cima).
Escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i> que permite contacto directo con la comunidad, a fin de ofrecerles servicios de asesoría jurídica a víctimas del conflicto. Estas brigadas se realizan articulando esfuerzos de la Personería, el PNUD y Opción Legal.	
6	Sistema integrado de gestión de asuntos del Consultorio Jurídico — SIGAC— (2010) Versión 2.0 a partir de 2015.
Responsable	Departamento de Prácticas y DRAI Facultad de Ingeniería
Beneficiarios	1471 estudiantes de Derecho (ambos planes de estudio), 96 profesores en promedio.
El software SIGAC desarrollado por la Facultad de Ingeniería (DRAI) se constituye en un escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i> mediado por las TIC. Permite el control de las actuaciones de estudiantes y profesores, la consulta de los usuarios del estado de su caso, genera alertas tempranas sobre inactividad que redundan en calidad en la gestión, es la memoria digital del Departamento.	
7	Radio Consultorio Jurídico (2013)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Indeterminados. Estudiantes de Derecho y comunidad en general con 426 programas radiales en la Emisora Cultural de la Universidad de Antioquia y en emisoras comunitarias de los municipios de influencia del Consultorio Rural y las prácticas en regiones. Recibió premio <i>Presencia en la sociedad – Categoría Oro</i> 2016.
Escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i> donde el estudiante debe preparar un tema y lo traduce a un lenguaje ameno y entendible para la comunidad a la que va dirigido. Se realiza en vivo con el propósito de fortalecer la educación jurídica básica e interrelación con los radio oyentes en Medellín.	
8	Eje de Contexto: Visiones de la justicia (2012)
Responsable	Departamento de Formación Universitaria
Beneficiarios	Estudiantes del nuevo plan de estudios.
En el marco de la implementación del plan de estudios se propone abordar algunos de los cursos con metodologías y didácticas que facilitan las prácticas tempranas y el vínculo del estudiante con el contexto. Visiones de la justicia, hace visitas institucionales y revisión de casos.	

9	Eje de Contexto: Curso Semiótica (2013)
Responsable	Departamento de Formación Universitaria
Beneficiarios	Estudiantes del nuevo plan de estudios.
En el marco de la implementación del plan de estudios se propone abordar algunos de los cursos con metodologías y didácticas que facilitan las prácticas tempranas y el vínculo del estudiante con el contexto: Semiótica, realiza observaciones no participantes en el Consultorio Jurídico.	
10	Eje de Contexto: Derecho, conflicto y violencias (2013)
Responsable	Departamento de Formación Universitaria
Beneficiarios	Estudiantes del nuevo plan de estudios.
En el marco de la implementación del plan de estudios se propone abordar algunos de los cursos con metodologías y didácticas que facilitan las prácticas tempranas y el vínculo del estudiante con el contexto. Derecho, conflicto y violencias utiliza elementos del método clínico.	
11	Clínica Jurídica con Énfasis en Estudios Mineros (2013)
Responsable	Diana Carolina Sánchez Zapata - Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes participantes de Derecho y comunidad nacional.
Producto de las reflexiones, durante el 2015 se implementó una estrategia de litigio que permitió vincular a actores municipales, organizaciones comunitarias en la presentación de una Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 37 del Código de Minas. Acción que fue admitida por la Corte Constitucional el 30 de octubre de 2015. Se realizaron alianzas con organizaciones sociales y comunitarias interesadas en el tema a fin de preparar la audiencia pública. El trabajo derivó en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, a través de la Sentencia C-273 (2016).	
12	Clínica Jurídica: Derecho al agua potable en la vereda Granizal (Bello), el acceso a acueducto y alcantarillado. Inscrito en la alianza de universidades (2013)
Responsable	Jaime Alberto Agudelo – Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes participantes de Derecho y 456 habitantes con formación jurídica y política básica, y la comunidad en general.
Durante el periodo evaluado se logró el empoderamiento de la comunidad mediante la formación jurídica y política básica, en la cual participaron los estudiantes matriculados en esta práctica, la cual converge en la presentación de una acción popular, el 17 de noviembre de 2015, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, con la pretensión de que les sea garantizado su acceso al agua potable, y así lograr la construcción e instalación de las redes de acueducto y alcantarillado.	

13	Unidad de Relaciones Pedagógicas (2013)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes y profesores del Departamento de Prácticas (29 actividades, 667 beneficiarios).
<p>Inició su actividad en el año 2013 con el objeto de fomentar la reflexión en métodos y didácticas de la enseñanza, y en una primera fase sistematizar las actividades que se realizan en el Departamento de Prácticas, en Educación Jurídica y Política Básica, con miras a realizar un diagnóstico que permita proponer una línea pedagógica comunitaria para el logro de objetivos formativos, políticos y sociales.</p>	
14	Consultorio I: Practica en mediación y conciliación
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	190 estudiantes versión 5, 73 Usuarios atendidos en el Departamento de Prácticas, 35 Colegios de Medellín y el Área Metropolitana beneficiados con formación jurídica y política básica para estudiantes y profesores.
<p>Escenarios que implican la enseñanza y aprendizaje de los MARC, gestión y solución de los conflictos escolares. Escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i>, con diversidad de opciones para la profundización de las problemáticas del derecho. Uso de estrategias pedagógicas y didácticas como estudios de casos, investigación formativa y acuerdos evaluativos.</p>	
15	Prácticas del Consultorio Jurídico en derecho laboral y seguridad social (curso 1007052 derecho laboral – 2014).
Responsable	Álvaro Miguel Villadiego Velásquez – Departamento de Formación
Beneficiarios	Estudiantes del programa que matriculan con el profesor.
<p>Mediante el uso de la plataforma Moodle y el respaldo de <i>Aprende en Línea</i>, ofrece los contenidos y bibliografía del curso a sus estudiantes. Esta es una innovación dado el carácter magistral y presencial que ha caracterizado la enseñanza del derecho.</p>	
16	Estrategia de litigio en red – Red Derecho y Desplazamiento - Centro de Atención a Víctimas (CAV) —2014.
Responsable	Jaime Alberto Agudelo - Departamento de Prácticas
Beneficiarios	13 sesiones plenarias y 8 sesiones estudiantiles en la estrategia de litigio en red, que cuenta con la participación de las 14 universidades que componen la Red Derecho y Desplazamiento, y la Corporación Opción Legal.
<p>Escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i> que permite contacto directo con la comunidad. Se eligió y desarrolló el caso de legalización del asentamiento humano vereda Granizal, para lo cual a través de la metodología de enseñanza clínica del derecho se abordaron temas como el contexto y problemática existente en la vereda, los derechos vulnerados, las posibles acciones jurídicas a seguir para la garantía, defensa y protección de esos derechos.</p>	

17	Centro de Mediación (2014)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes, profesores, colegios del municipio y grupos de profesores asistentes a los Foros Educativos Municipales (39 Actividades con 2411 beneficiarios aprox.).
Escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i> para los estudiantes y formación jurídica básica para la comunidad educativa en temas de <i>mediación de conflictos escolares</i> , Ley 1620 (Abriendo espacios flexibles en la escuela).	
18	Programa socio-jurídico de protección jurídica a los animales (2006)
Responsable	Luz Elena Henao Isaza – Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Estudiantes de Derecho, 81 usuarios y comunidad en general.
Permite a los estudiantes y comunidades, comprender y analizar las violencias contra los animales —y otras que están interrelacionadas con estas—, lo que requiere trabajo multidisciplinario. Se formula y ejecuta cada semestre un proyecto que consta de investigación formativa traducida en un diagnóstico rápido participativo (DRP) en una comuna del Municipio de Medellín, y del resultado del mismo se ejecuta una propuesta de extensión educativa sobre las relaciones <i>humano-animal</i> , dirigida a la comunidad.	
19	<i>Qirisia Qawai</i>: Diálogo de saberes desde lo transdisciplinar e intercultural con pueblos originarios y diásporas étnicas (2014)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	162 Usuarios comunidad del resguardo indígena de San Lorenzo, Caldas.
Con este programa <i>socio-jurídico</i> se pretende que los estudiantes logren a través del “diálogo de Saberes” conocer y compartir practicas <i>socio-jurídicas</i> donde se entrelacen el cerecho, la ciencia política (se espera la vinculación de otras disciplinas) con el derecho ancestral “Ley de Origen, Derecho Mayor y Justicia Propia”; así mismo, resignificar procesos de aprendizaje, formación, y praxis <i>socio-jurídica</i> , en donde individuos y comunidades pertenecientes a “pueblos originarios” y diásporas étnicas pasen de ser objetos del conocimiento y piezas dentro de realidades conflictivas, a sujetos de reflexión y pensamiento que construyen soluciones y opciones para las situaciones adversas que su cotidianeidad, y la propia realidad colombiana les plantea; todo esto sin desconocer o abandonar sus propios saberes.	
20	Programa socio-jurídico defensa del consumidor y asuntos civiles (2014)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	45 usuarios del servicio.
Pretende fomentar la formación jurídica y profesional de los estudiantes como investigadores, asesores o litigantes con énfasis en el derecho de sociedades y derechos del consumidor de servicios y productos bancarios, de seguros, de servicios públicos y productos, y ofrecer a la comunidad asesorías jurídicas empresariales, societarias y, en general, a futuros empresarios vinculados al Parque del Emprendimiento de la Universidad de Antioquia.	

21	Consultorio III y IV: Atención a usuarios (2015)
Responsable	Departamento de Prácticas
Beneficiarios	190 estudiantes, versión 5.
<p>El diseño de esta práctica se hace a partir de reuniones con los profesores y el Comité de Carrera para implementarse en 2016, a partir de los documentos <i>Posibles escenarios de prácticas en la ejecución del pensum 06</i> (versión junio 2014) y <i>Escenarios de práctica 2015</i>. Se diseña la forma de atender las prácticas de manera conjunta, conformando equipos de trabajo con cuatro profesores expertos (civil, público, laboral y penal) que además de tramitar casos, fomentan la investigación formativa, las discusiones colectivas para solucionar casos, el trabajo colaborativo y las audiencias simuladas.</p>	
22	Curso optativo y prueba piloto de prácticas del programa de Ciencia Política en los programas de prácticas de Derecho (2015)
Responsable	Pregrado Ciencia Política
Beneficiarios	Estudiantes Derecho y Ciencia Políticas. Usuarios de los programas <i>socio-jurídicos</i> .
<p>Se fomentan espacios interdisciplinarios que articulan los saberes jurídicos y políticos, de un lado como escenario de <i>enseñanza-aprendizaje</i>, y de otro, permite, ofrecer soluciones integrales a los usuarios de los programas <i>socio-jurídicos</i>.</p>	
23	Documento de trabajo: Repensar las prácticas a partir de la idea del trabajo rizomático
Responsable	Jader Suaza Estrada - Departamento de Prácticas
Beneficiarios	Profesores Departamento de Prácticas.
<p>Propuesta de reflexión denominada <i>Hacia una razón (in)adecuada de vivir una nueva cultura de la educación y la práctica jurídica</i>, que se incluye en las discusiones que permiten iniciar un camino de transformación de las prácticas académicas, con una pregunta fundamental “¿Cómo pensar y ejercer la práctica del derecho hoy, y ante los contextos actuales?” (Suaza, 2015, p. 3). La propuesta pedagógica y metodológica se dirige a proponer: Alianzas no parametrales del pensar y la práctica, redes de trabajo por afinidad y experiencias de interés, nodos de solidez, organización y articulación.</p>	
24	Treinta y dos (32) Semilleros Investigativos – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Responsables	Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Beneficiarios	Durante 2016, participaron: 288 estudiantes de Derecho, 79 estudiantes de Ciencia Política, 102 egresados, 29 estudiantes de otros programas.
<p>Los semilleros investigativos son una estrategia extracurricular, interdisciplinaria y flexible. A diciembre de 2016, se contaba con 32 grupos en diversas áreas del conocimiento y la práctica jurídica. El trabajo en los semilleros permite la formación autónoma, integral y participativa de los estudiantes, a la vez que fomenta el trabajo en equipo y colaborativo, la toma de decisiones, la reflexión constante. Derivado de ello se realiza de manera anual el <i>Encuentro de Semilleros de la Facultad</i>, con sede en las diversas regiones y con ponencias elaboradas por los estudiantes. Igualmente, ha fomentado la investigación y la participación de los estudiantes en eventos nacionales e internacionales. El 30% de estudiantes matriculados a 2016 hace parte de un semillero.</p>	

Fuente: elaboración propia incluida en los cuadros SACES del Informe de Autoevaluación 2010-2015 del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia.

Reflexiones finales

Ahora bien, es necesario desmitificar las ideas y barreras sobre la investigación, desarrollo e innovación jurídica, lo que nos lleva a replantear lo que se considera como *dogmática jurídica*, la vigencia de sus principios y las tensiones que genera, reflejo de consideraciones que nos excluyen del panorama de la investigación, desarrollo e innovación: “las ciencias sociales han sido despreciadas y huérfanas, a tal punto de afirmar que estas ciencias no pueden crear nada nuevo, porque la sociedad difícilmente podrían cambiar o transformar la naturaleza humana o inventar un ser humanado diferente” (Molina, 2016, p. 2). Discursos frente a los cuales, se requiere de la formación de los futuros abogados en términos de fomentar la imaginación y la creatividad para brindar soluciones a los problemas jurídicos y *socio-jurídicos* que se enfrentan cotidianamente.

Es por ello, por lo que la transformación curricular adelantada por el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, en la que se propone entender el derecho como una construcción cultural y social en constante movimiento, sea presentada como innovadora incluyendo las actividades desarrolladas por los ejes académicos en la formación crítica de los estudiantes y la implementación de nuevas dinámicas en la *enseñanza-aprendizaje* del derecho en las prácticas académicas, como lo son la constitución de equipos de trabajo integrados por las diversas áreas, el surgimiento de nuevos programas *socio-jurídicos* y el establecimiento de alianzas y sinergias con otras instituciones, que dan cuenta de la flexibilidad, interdisciplinariedad y modelos pedagógicos que pretenden cambiar la formación de los nuevos abogados.

Los abogados requieren una alta adaptabilidad a los profusos cambios normativos que se viven en nuestro país, de allí, que hoy sea necesario impulsar desde el pregrado, la investigación, la autonomía y autorregulación de los aprendizajes como una actitud que le permitirá en un futuro, mantenerse actualizado y en consonancia con los cambios sociales, culturales y políticos, innovar en el campo jurídico, y aplicar dichas innovaciones en pos de transformar su localidad en busca de la justicia social, la igualdad material, la superación de la pobreza extrema, el mejoramiento de la calidad de vida y la transmisión del conocimiento a las comunidades.

Somos testigos del vertiginoso cambio tecnológico y de las comunicaciones que hace necesario redefinir la profesión del abogado, en términos de la forma en que gestionan los procesos, sus prácticas y el uso de redes sociales para potenciar y posicionarse en el mercado laboral, que hoy con aplicaciones, tales como: Google, Watson, Legálitas Ya y Legálitas hijos contra el acoso escolar y el *bullying* cibernético (Actualidad Legálitas, 2016), y Legal APPS, lanzada recientemente por el Ministerio de Justicia, que se presenta como las TIC al servicio del ciudadano, el acceso a la información y a las instituciones de manera directa y sin intermediarios,

lo que requiere “creatividad, nuevos modos de trabajar y soluciones ingeniosas no implementadas antes” (Oliva, 2015).

En pocas palabras, pasamos del uso del papel y los expedientes en físico, las grandes extensiones físicas dedicadas a los archivos, como es el caso del Consultorio Jurídico de la Universidad de Antioquia, que con el programa SIGAC, reduce el uso del papel y permite el manejo de expedientes en línea, con anotaciones por parte de estudiantes y profesores. La consulta en línea por parte de los usuarios. Adicionalmente, facilita el reparto de casos y asignación turnos de atención de usuarios, que hasta el año 2010, se hacía fijando listas en las carteleras de la Facultad, lo que es una evidencia de las transformaciones que introducen las nuevas tecnologías.

Otro de los cambios importantes, tiene que ver con la forma de relacionarse, hoy a nivel internacional, las empresas multinacionales y los organismos supraestatales, promueven la creación de grandes empresas legales, que ofrecen sus servicios en un mundo globalizado, de tal forma, que la idea de un abogado que trabaja de manera individual, requiere redefinirse en pos del trabajo colaborativo con colegas especialistas en diversos temas, de otros países e idiomas, incluso en otras disciplinas como la economía, el cálculo actuarial, la estadística, la contabilidad, la psicología, la comunicación, la ciencia política, entre otros, en la conformación de empresas de servicios legales que ofrezcan atención de manera integral a sus usuarios, en cualquier latitud del mundo.

Al hacer este ejercicio se constata que al interior de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se tiene una comprensión sobre la innovación del saber jurídico, que permite superar las dificultades anunciadas al inicio de este artículo sobre los aspectos a evaluar propuestos por el CNA: restrictivos y homogenizados, los cuales en algunos casos, generan un problema “técnico” al evaluar un programa como innovador, o aventurarse a no considerarlo como tal, a partir de criterios como antigüedad, la intangibilidad de algunos productos, las dificultades para establecer el número concreto de beneficiarios, la deficiente publicidad o información disponible, la existencia de experiencias similares en otros programas de derecho, de universidades de la ciudad o del país. Por consiguiente, urge el diseño de instrumentos de evaluación acordes con cada pregrado, que permita medir de manera objetiva según el área académica, contextualizada y particularizada.

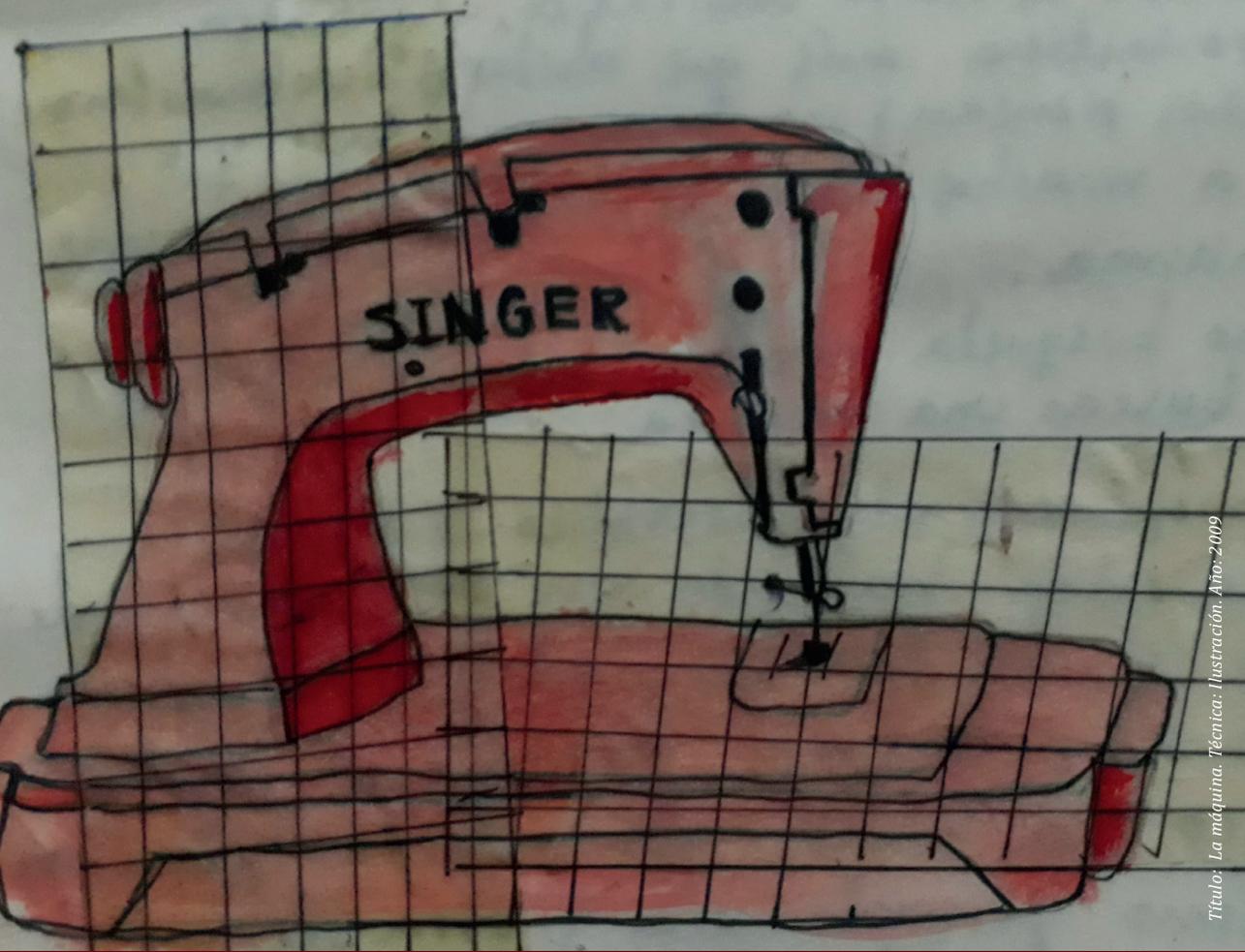
Finalmente, se hace necesario cuestionar la estructura *académico-administrativa*, que se dispone en la Universidad de Antioquia para atender la innovación, la transferencia del conocimiento y el emprendimiento, por lo tanto, al interior del pregrado de Derecho, se propone la definición de un protocolo de innovación, sus lineamientos, responsables y asignación de recursos, dirigido a: 1) gestionar, apoyar y divulgar las posibilidades de acceder a financiamiento, 2) difundir resultados de investigación jurídica y *socio-jurídica*, que oxigenen docencia y extensión, 3) visibilizar las iniciativas innovadoras de estudiantes, profesores y egresados

del pregrado de Derecho, 4) impulsar las iniciativas emprendedoras de sus estudiantes, egresados y empleados, 5) apoyar la transferencia del conocimiento hacia las instituciones y comunidades con las que se vincula, 6) visibilizar en el plan de estudios las materias con contenido explícito dirigido a la innovación y el emprendimiento en el ámbito jurídico, 7) establecer alianzas de cooperación con otras entidades públicas y privadas, 8) evaluar los impactos de sus actividades en la formación de estudiantes, relaciones con otras instituciones y extensión solidaria.

Referencias

- Actualidad Legálitas (2016). *La innovación jurídica al servicio de la sociedad es la nueva apuesta de Legálitas*. Recuperado de: <https://www.legalitas.com/actualidad/La-innovacion-juridica-al-servicio-de-la-sociedad>
- Colombia. Consejo Nacional de Acreditación—CNA— (2009) *Lineamientos para acreditación de alta calidad de programas de maestría y doctorado*. Recuperado de: <https://www.cna.gov.co>
- Colombia. Consejo Nacional de Acreditación—CNA— (2013) *Lineamientos para acreditación de programas de pregrado*. Recuperado de: https://www.cna.gov.co/1741/articles-186359_pregrado_2013.pdf
- Gil Botero, E. (2017). *Retos de la Justicia en el Posconflicto*. (Ponencia) Homenaje de Reconocimiento, Universidad de Antioquia, 2 de julio de 2017.
- González Sánchez, P. & Duque Quintero, S. (2016). Documento de trabajo: *Notas sobre apropiación social del conocimiento en Colombia I*. Recuperado de: http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/b47d0eb0-2d2f-41b8-8583-1ad8af649540/011_Apropiacion_social_conocimiento_Colombia_parte+I.pdf?MOD=AJPERES
- González Sánchez, P. & Duque Quintero, S. (2016). Documento de trabajo: *Notas sobre apropiación social del conocimiento en Colombia II*. Recuperado de: http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/c6b04c09-372c-4043-88a1-8b18d92b7e58/012_Apropiacion_social_conocimiento_Colombia_parte+II.pdf?MOD=AJPERES
- González Sánchez, P. & Franco Gómez, E. (2012) Áreas prioritarias de investigación —APIS— en el saber jurídico, un aporte para la discusión sobre la Innovación Jurídica. *Revista Estudios de Derecho*, 154, diciembre de 2012.
- Molina Betancur, C. M. (10/02/2016). *La innovación en las Facultades de Derecho*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/la-innovacion-en-las-facultades-de-derecho>
- Oliva León, R. (2015). *¿Serán Google y Watson los abogados del futuro?* Recuperado de: <http://www.juristasconfuturo.com/innovacion/imasdmasi-legal/>

- Parque del Emprendimiento (2017) <http://parquedelemprendimiento.com/>
- Restrepo Ospina, A. M. (2013). Innovación. Concepto y Retos en la Agenda Universitaria. *Revista Estudios de Derecho*, (156), diciembre de 2013.
- Restrepo Zea, J. H. (2012). *Políticas de Innovación para las Universidades Colombianas*. (Ponencia) II Encuentro académico sobre innovación e investigación en Derecho y Ciencias Políticas, 16 de noviembre de 2012.
- Ruta N (2011) *Plan de Ciencia Tecnología e Innovación de Medellín – 2010*. Recuperado de: http://rutanmedellin.org/images/programas/plan_cti/Documentos/Plan-de-CTi-de-Medellin.pdf
- Ruta N (2016) <http://www.rutanmedellin.org/>
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2016). *Informe de Autoevaluación con fines de reacreditación 2010-2015*. Recuperado de: <https://derecho.udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2017). *Informe Complementario al proceso de Autoevaluación con fines de reacreditación 2016*. Recuperado de: <https://derecho.udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2016). *Comité Técnico de Investigaciones*. Acta de Reunión 04 del 4 de mayo de 2016. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/0B5h-TbYs62FkY09zbFFJOFRRb2s/view>
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2017). *Boletín Electrónico Al Derecho*. Recuperado de: <http://boletinalderecho.blogspot.com.co/>
- Universidad de Antioquia. Vicerrectoría de Docencia (2013). *Metodología para la autoevaluación de programas de pregrado*. Recuperado de: <http://udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Vicerrectoría de Docencia (2016). *Manual de Indicadores Acreditación*. Recuperado de: <http://udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Vicerrectoría de Extensión (2017). *Gestión Tecnológica*. Recuperado de: <http://udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Vicerrectoría de Extensión (2017). *Innovación*. Recuperado de: <http://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/inicio/extension-UdeA/gestion-tecnologica>
- Villa, L. y Melo, J. (2015). *Panorama actual de la Innovación Social en Colombia*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Recuperado de: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6957/CTI_DP_Panorama_actual_de_la_innovacion_social.pdf?sequence=1
- Zapata Cortes, O. L. & Betancur Monsalve, M. C. (2012). *El Papel de la Universidad en las políticas públicas de emprendimiento e innovación*. Estudio de caso: participación de la Universidad de Antioquia en las políticas de emprendimiento e innovación del municipio de Medellín, 2004-2011 (Ponencia Avance Investigación) II Encuentro académico sobre innovación e investigación en Derecho y Ciencias Políticas, 16 de noviembre de 2012.



Título: La máquina. Técnica: Ilustración. Año: 2009

La paternidad tras la ruptura de pareja: transformaciones derivadas de los procesos de separación*

Carlos Arturo Montoya Ahmedt**

Resumen

Este artículo presenta una investigación sobre las transformaciones en la paternidad derivadas a partir de un proceso judicial o extrajudicial que regula las relaciones entre padres e hijos. La investigación es descriptiva y se realizó mediante un enfoque histórico-hermenéutico encaminado a examinar las percepciones de padres separados, cuyos resultados señalan tres factores que inciden en la paternidad: el padre, la madre y el Estado. La dinámica entre estos, permite discernir tres situaciones fácticas disímiles que puede afrontar un padre luego de una separación de pareja: una paternidad reconocida, una paternidad reconocida con limitaciones o una paternidad no reconocida. Algunos padres optan por implementar estrategias de resistencia a fin de mitigar, sortear o lidiar con posiciones arbitrarias que obstaculizan el desarrollo de su pretendida paternidad.

Palabras clave: paternidad; estrategias de resistencia; equidad de género; corresponsabilidad parental; el padre-madre; separación de pareja.

Fatherhood after couple break up: transformations arising from separation processes

Abstract

This article presents a research on the changes in fatherhood derived from a judicial or extrajudicial process that regulates relationships between parents and children. The research is descriptive and it was conducted through a *historical-hermeneutical* approach aimed at examining the separated parents' perceptions, whose results point to three factors that affect fatherhood: the father, the mother and the State. The dynamic among these allows discerning three disparate factual situations that a parent can face after a separation from a partner: a recognized fatherhood, a recognized fatherhood with limitations or unrecognized fatherhood. Some parents choose to implement resistance strategies to mitigate, circumvent or deal with arbitrary positions that hinder fatherhood development.

Key words: fatherhood; resistance strategies; equity; parental responsibility; the father-mother.

A paternidade após a separação de um casal: transformações derivadas dos processos de separação

Resumo

Este artigo apresenta uma pesquisa sobre as transformações na paternidade derivadas a partir de um processo judicial, ou extrajudicial, que regula as relações entre pais e filhos. A pesquisa é descritiva e se realizou por meio de um enfoque *histórico-hermenéutico* encaminhado a examinar as percepções de pais separados, cujos resultados destacam três fatores que incidem na paternidade: o pai, a mãe e o Estado. A dinâmica entre eles permite discernir três situações fácticas diferentes que pode afrontar um pai após uma separação de casal: uma paternidade reconhecida, uma paternidade reconhecida com limitações ou uma paternidade não reconhecida. Alguns pais optam por implementar estratégias de resistência a fim de mitigar, contornar ou lidar com posições arbitrarias que obstaculizam o desenvolvimento de sua pretendida paternidade.

Palavras-chave: paternidade; estratégias de resistência; equidade de gênero; corresponsabilidade parental; o pai - mãe; separação de casal.

* Artículo de investigación. Recoge los resultados del proyecto de investigación *La paternidad tras la ruptura de pareja: Transformaciones derivadas de los procesos de separación judicial y extrajudicial que regulan las relaciones parentofiliales*, realizada por el autor para optar al título de magister en Terapia Familiar y de Pareja en la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, Medellín.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Bolivariana, magister en Terapia Familiar y de pareja de la Universidad de Antioquia. Docente investigador Universidad San Buenaventura, sede Medellín, Colombia. Correo electrónico: carlos.montoya@usbmed.edu.co. ORCID: 0000-0001-9452-593X

Cómicitar este artículo: Montoya, C. A. (2017). La paternidad tras la ruptura de pareja: transformaciones derivadas de los procesos de separación. *Estudios de Derecho*, 74 (163), pp-pp. 213-242

DOI: 10.17533/udea.esde.n74v163a10

Fecha de recepción: 7 de diciembre de 2016 • Fecha de aceptación: 7 de noviembre de 2017

La paternidad tras la ruptura de pareja: transformaciones derivadas de los procesos de separación

Introducción

En resumen: no podemos ahorrarnos lo paternal, necesitamos lo maternal, pero en lo sucesivo tenemos que saber ser fraternales.

Edgar Morin

A lo largo del siglo XX, en Colombia, se gestaron diversas transformaciones en el orden social, económico y cultural entendidas como un *proceso de modernización del país*, que significó una revolución demográfica, educativa, laboral, económica, *político-jurídica, ético-religiosa* y de las telecomunicaciones (Echeverri, 1994; Rodríguez, 2004). Dicho proceso de modernización, ha concitado a su vez, una serie de transformaciones en las familias tanto en las maneras para su conformación como en las funciones ejercidas al interior de las mismas (Echeverry Angel, 2004). De hecho, a partir de un estudio a profundidad basado en encuestas nacionales en demografía y salud entre 1990 y 2010, con ocasión al incremento de las separaciones y sucesivas recomposiciones familiares, se ha mencionado que el país se encuentra *ad portas* de una *segunda transición demográfica*: el decrecimiento de la nupcialidad, el aumento en las uniones consensuadas y los nacimientos extramatrimoniales, la reorientación de valores en torno a la sexualidad, el matrimonio, la procreación y una fuerte tendencia a la individualización y secularización (Flórez & Sánchez, 2013).

En este mismo sentido, los anuarios estadísticos de la Superintendencia de Notariado y Registro correspondientes a los años 2009 al 2012⁷³, evidencian que en el país se han incrementado notoriamente los divorcios por mutuo acuerdo,

73 Los anuarios estadísticos se encuentran publicados en la página web de la Superintendencia de Notariado y Registro www.supernotariado.gov.co.

a excepción del 2013, año en que, a pesar de registrarse un leve decremento de divorcios con respecto al año inmediatamente anterior, el número de divorcios tramitados superó ampliamente la cantidad tramitada durante el año 2011.

De igual manera, se ha advertido la coexistencia de diversas tipologías familiares tales como la familia nuclear, la familia extensa, la familia compuesta, la familia monoparental y la unipersonal (Rodríguez, 2004). Sin embargo, la proliferación de separaciones de pareja y la reorganización a partir nuevas uniones sucesivas han suscitado otro tipo de comprensiones en torno a la organización familiar como es, por ejemplo, las familias nucleares poligenéticas en cuyo seno se encuentran la pareja, hijos comunes e hijos engendrados en relaciones anteriores (Jiménez et al., 2001), y las nuevas “geografías familiares” idea según la cual, una familia que en principio estuvo unida, luego de separados conforman una familia repartida en dos hogares (Brullet, Marí-Klose, Marí-Klose, & Maranzana, 2011)⁷⁴.

A la par de dicha reconfiguración estructural en múltiples tipologías familiares, la emergencia de movimientos feministas, el ingreso femenino al mercado laboral así como algunas reformas legislativas de inclusión femenina, parecieran confrontar las funciones familiares propias del modelo tradicional de familia, según el cual, las funciones paternas y maternas se encontraban otrora delimitadas al ámbito de lo público y lo privado respectivamente. Así las cosas, la mujer, ávida en incursionar en lo extradoméstico, ha alcanzado grandes logros en lo laboral, lo académico y en general, en lo público; por su parte, el hombre, hablando en el contexto familiar, se ha visto abocado a un fenómeno conocido como proceso de feminización del padre, es decir, un padre que en lugar de estar ausente, distante, frío y, en general, absorto en los asuntos de lo público, se ha venido tornado próximo, afectivo y participativo en el cuidado de los hijos (Alfonsa, 2001). Así, entonces, a raíz de algunos efectos de orden económico y laboral, en el marco de un declive sustancial al modelo patriarcal de familia, se sucedió el proceso de *domesticación* masculina, por el cual se entiende que el hombre se ha visto conminado a adentrarse paulatinamente en la dinámica *intra-doméstica*, instalándose en los estadios de la crianza, el cuidado y la educación de los hijos, otrora ajenos a sus atribuciones paternas (Pineda, 2010).

En consecuencia con lo anterior, algunas investigaciones han podido evidenciar una paulatina transformación de las representaciones sociales en torno a lo que significa ser padre. Presenciamos, entonces, aquello que se ha dado a conocer como el surgimiento de las nuevas masculinidades y las “paternidades emergentes” (Cascavita, 2012; Castillo & Morales, 2013; Pineda, 2010). Es por ello que, además de los padres tradicionales y en transición, se encuentran los padres en ruptura. De aquel padre *tradicional*, frío y distante de la prole, ocupado en los asuntos laborales

74 En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-523 (1992) consideró que cuando ha habido hijos en común, la unidad familiar debe subsistir aún cuando la pareja haya cesado la convivencia.

y en suma, en el oficio de lo público, se ha ido pasado a un padre en *ruptura* con la tradición, esto es, próximo a los hijos, ávido de afecto, con sinceras pretensiones y habilidades para el cuidado de la prole e interesado en asumir con pertenencia los oficios *intra-domésticos* (Puyana [comp.], 2003).

Ahora bien, habiéndose constituido un hogar en cuyo seno se albergaran hijos comunes, ante un eventual conflicto de pareja, se espera que, en virtud al mayor empoderamiento femenino y las nuevas producciones legislativas contentivas de mayor paridad entre hombres y mujeres, ambos progenitores se encuentren en el mismo plano de igualdad e interrelacionados, a partir de principios democráticos que soslayan la otrora unilateralidad e innegociabilidad, propios del modelo patriarcal de la familia. Según Rodríguez, esta situación ha dado lugar a que las relaciones de pareja se desarrollen en el marco de la negociación, la búsqueda de puntos o lugares intermedios, pues, ante la igualdad y la libertad que confieren la democratización de las relaciones familiares, ambos progenitores les asiste permanentemente la posibilidad de tomar la alternativa de marcharse (Rodríguez, 2001).

Así las cosas, ante el fenómeno de la ruptura de pareja, irrumpe la subsecuente redefinición de las relaciones *parento-filiales*. Desde el ordenamiento normativo, saltan a escena tres aspectos que deben ser resueltos ora por vía del mutuo acuerdo, ora por conducto de la imposición estatal, a saber: la asistencia económica de la prole, la definición de un progenitor custodio de los hijos y la reglamentación de un período de visitas para el progenitor “no custodio”.

En nuestra sociedad, se ha logrado identificar —lo cual se corrobora en esta investigación— que en la mayoría de los casos, las actuaciones judiciales y extrajudiciales en que se debaten los tres aspectos previamente aludidos, a raíz de la supervivencia de ciertos patrones de género predominantes propios del sistema tradicional familiar, el rol masculino es asociado directamente con la labor de proveeduría económica —cuota alimentaria— y el rol femenino es relacionado con las labores de cuidado y crianza de la prole —custodia— (Castillo & Morales, 2013; Pineda Duque, 2010). Se tiende en demasía a asignar de manera mecánica e irreflexiva la cuota alimentaria al padre progenitor en tanto que, la custodia y el cuidado personal de los hijos, es preponderantemente asignada en cabeza de la madre, en ocasiones incluso, sin analizar previamente la inconveniencia que tales efectos representa (Pineda Duque, 2010). Situación que a la postre, ha resultado en una sobrecarga de funciones en cabeza de la madre, a expensas de unas funciones familiares perdidas por el varón (Pachón, 2007).

En razón de lo anterior, han surgido movimientos sociales que propugnan por el reconocimiento de unas paternidades emergentes en frontal contradicción a un sistema administrativo y judicial del Estado, que aún patrocina patrones e imaginarios sociales arraigados en el otrora modelo patriarcal de familia, los

cuales generan tratamientos discriminatorios y sexistas en contra de los intereses propios de la paternidad (Cascavita, 2012).

Bajo este panorama, en mi condición de abogado litigante en asuntos de familia, por la experiencia profesional ante los tribunales de justicia en materia de familia, comisarías de familia, procuradurías delegadas para la defensa de la infancia, la adolescencia y la familia, defensorías de familia, y frente al siguiente interrogante: ¿Cuáles son las transformaciones de la paternidad en el marco de una separación de pareja? se trazó como objetivo principal de esta investigación: *Caracterizar las percepciones de padres separados respecto a las transformaciones en su paternidad, a partir de la ocurrencia de un proceso judicial o extrajudicial que haya regulado las relaciones paterno-filiales*. Por lo cual, a sabiendas de los tres aspectos esenciales abordados en un proceso de separación, cuando hay hijos en común, se efectuó una exploración de dichas percepciones en los ámbitos del cuidado personal de los hijos, la asistencia económica familiar y el vínculo afectivo *paterno-filial*, antes y después de la separación.

Esta investigación ha sido pertinente en la medida que las investigaciones realizadas con anterioridad han hecho énfasis en los derechos vulnerados de los padres cuando son sometidos a veredictos judiciales y extrajudiciales, que lesionan las relaciones con sus hijos e hijas, pero no han indagado por las transformaciones que se generan en virtud del proceso de separación respecto a dicha paternidad. Conocer la diversidad de percepciones de los padres sobre el ejercicio de sus roles y sus relaciones con la prole, permite un acercamiento a una realidad que en su dinamismo puede desconocer los marcos jurídicos vigentes, e impulsa nuevos retos para el trabajo de aquellos profesionales dedicados a trabajar por la infancia, la adolescencia y la familia.

Metodología

Con el propósito de alcanzar los objetivos propuestos y resolver el interrogante formulado acerca de las percepciones paternas al cabo de una separación de pareja, el ejercicio investigativo se orientó bajo un enfoque cualitativo como quiera que se pretendió comprender prácticas socioculturales de manera inductiva. En este sentido, esta perspectiva comprensiva y descriptiva ameritó un abordaje *histórico-hermenéutico*, toda vez que examinar las percepciones en torno a la paternidad representaba escudriñar un proceso histórico atravesado por dinámicas sociales, económicas y culturales.

La hermenéutica surgió como un enfoque exclusivo de análisis e interpretación de textos. Con la influencia de filósofos como Friedrich Wilhelm Schleiermacher y Wilhelm Dilthey se resquebrajó la tradición textual de la hermenéutica, que pasó a focalizarse

en la interpretación y comprensión de la conducta humana. Posteriormente, algunos pensadores tales como Hans-George Gadamer, Jürgen Habermas, Martín Heidegger y Paul Ricoeur, concibieron la hermenéutica como proceso recíproco, de diálogo activo donde el lenguaje sirve como hilo conductor (Anderson, 1999).

Teniendo en cuenta que las percepciones provenientes de experiencias captadas a través de los sentidos, van configurando continuamente todo un andamiaje referencial de interpretación y comprensión, se consideró apropiado apelar a la elaboración teórica aportada por Vargas Melgarejo (1994), quien pretendiendo precisar un concepto de percepción más antropológico que psicológico, sostiene que esta no consiste en un proceso lineal de *estímulo-respuesta* sobre un sujeto pasivo, sino una constante interacción entre individuo y sociedad. Así mismo, sostiene que en lugar de considerar que la percepción clasifica la realidad a través de “códigos”, en su lugar propone entenderlo como “estructuras significantes” toda vez que la clasificación de experiencias sensoriales, y la organización del entorno percibido, es un proceso cambiante no solo de las propias experiencias, sino de las estructuras perceptuales, pues, la percepción al ser entendida como relativa de acuerdo con un momento histórico particular “tiene ubicación espacial y temporal, depende de las circunstancias cambiantes y de la adquisición de experiencias novedosas que incorporen otros elementos a las estructuras perceptuales previas, modificándolas y adecuándolas a las condiciones” (Vargas, 1994. p. 50).

Desde luego, entonces, bajo esta óptica, las percepciones de padres separados estarán sujetas no a un proceso *cognitivo-sensorial* de reconocimiento para la elaboración de juicios, sino a un proceso donde tanto sujeto como sociedad tienen una participación activa en la constitución de las mismas. Teniendo en cuenta que la investigación estuvo orientada para dar cuenta de las transformaciones o permanencias a través del tiempo, sobre esas percepciones, a partir de los procesos de separación, se efectuó un estudio diacrónico mediante la construcción de relatos de vida.

Debido a la naturaleza del estudio propuesto se recurrió a un muestreo intencionado mediante una caracterización previa de los participantes que permitió una selección deliberada de padres cuyos hijos no excedieran la mayoría de edad (18 años), que mínimamente hubiere transcurrido un periodo de tiempo (6 meses) con posterioridad a la sentencia, decisión o acuerdo de separación, suficiente como para consolidar una nueva dinámica relacional, y que los padres participantes tuvieran arraigo en el Valle de Aburrá o en sectores circundantes. De acuerdo con lo planeado inicialmente, pese a que no consistió una tarea fácil, se logró cumplir con el cometido de reunir doce (12) voces masculinas, padres todos, que dieran cuenta mediante entrevistas semiestructuradas sobre sus experiencias en torno al desarrollo de su paternidad. En la tabla N°1 se indica una caracterización en cuanto a la edad de los participantes, edad de sus hijos, forma de constitución familiar, tipo de intervención estatal para la separación de pareja, proveniencia, entre otros aspectos.

Tabla 1 Caracterización de padres participantes en la investigación según edad, nivel de estudios, conformación familiar, forma de separación, número de hijos y edades de éstos, si es un padre asociado a la Fundación Padres por siempre y la procedencia.

Código	Edad padre	Nivel de estudios	Conformación familiar	Forma de separación	Número de hijos (edad)			Asociado		Procedencia
					Niño (s)	Niña (s)	Adolescente(s) M F	Sí	No	
P1-NR	49	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia.	1(10)			X		Antioquia
P2-R	48	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia. Luego divorcio.	1(7)			X		Córdoba
P3-NR	51	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia.		2(7 y 9)		X		Bogotá
P4-NR	25	Bachiller	Unión marital de hecho	Acuerdo en comisaría de familia.	1(2)			X		Antioquia
P5-RL	46	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia. Luego divorcio		1(9)			X	Antioquia
P6-R	49	Bachiller	Matrimonio	Divorcio notarial por acuerdos			2(16 y 17)		X	Antioquia
P7-R	30	Profesional	Matrimonio	Divorcio notarial por acuerdos		1(5)			X	Antioquia
P8-NR	44	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia. Luego divorcio	1(5)			X		Antioquia
P9-NR	38	Profesional	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia.		1(7)		X		Bogotá
P10-RL	30	Técnico	Matrimonio	Acuerdo en comisaría de familia.		1(2)			X	Antioquia
P11-NR	62	Profesional	Unión marital de hecho	Acuerdo en comisaría de familia.		1(10)	1(14)		X	Antioquia
P12-RL	28	Técnico	Unión marital de hecho	Acuerdo en comisaría de familia.		1(9)			X	Antioquia

Previo consentimiento de los participantes y con el fin de facilitar el análisis de la información recolectada, cada entrevista fue grabada en medio digital, transcrita en procesador de textos (Word) y codificada en el software informático Atlas.ti. Una vez transcrita, cada entrevista fue sometida a un análisis intratextual que permitió identificar y clasificar unos descriptores de análisis. Posteriormente, se efectuó un análisis intertextual, para que se elaboró una matriz de análisis intertextual que permitió identificar tendencias, variaciones y constantes, de acuerdo con las categorías planteadas. Una vez cualificados los datos, fueron contrastados con la teoría.

Habiendo comenzado a analizar las entrevistas a padres separados, que permitieran una aproximación estas percepciones paternas, se evidenció cuán importante resulta a la hora de conferir o denegar un lugar al padre en la relación con sus hijos e hijas, la injerencia de la madre, del Estado —en calidad de garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes— y la posición y disposición del padre mismo.

Así, pues, para dar cuenta de los hallazgos, fue preciso retomar dos aportes de B. This (1982), por un lado, la relevante actuación materna a la hora de conferir, o no, un lugar de “reconocimiento” a la figura paterna (This, 1982, p. 222), y por otro, no menos importante, la actuación de la institucionalidad mediante un sistema de “reglas perjudiciales” impuestas bajo un supuesto “bienestar” de la prole, pueden dar lugar a un “padre eliminado” (This, 1982, p. 257). Ahora bien, en cuanto a lo que se refiere a la disposición propiamente del padre para ejercer su paternidad, fue preciso igualmente retomar lo señalado por B. Jiménez y otros (2001) retomando a B. This, conforme a lo cual el “deseo de ser padre”, tanto para el padre genitor, como para el padre social —quién asume la paternidad sin tener lazos consanguinidad—, se materializa por medio del acto subjetivo de “la adopción” del hijo(a), cuyo acto le permite propiamente “convertirse en padre” (Jiménez, Barragán, & Sepúlveda, 2001, p. 38).

Mediante el análisis de los datos recolectados a lo largo de la investigación, se identificaron tres tipos de tendencias que permiten comprender las percepciones que tienen los padres posteriores a un proceso de separación: La paternidad reconocida, la paternidad reconocida con limitaciones y la paternidad no reconocida. Es de resaltar que los padres que se perciben reconocidos en su paternidad expresan su satisfacción, mientras que los reconocidos con limitaciones y los no reconocidos han asumido mecanismos de resistencia para sortear las nuevas situaciones. Al respecto ver en anexo Tabla N° 2.

Tabla 2 Identificación por código según la posición asumida por el padre, la madre y el Estado frente a la paternidad

	PADRE	MADRE	ESTADO	TENDENCIA	CÓDIGO
Posición asumida frente a la paternidad	Adopta	Reconoce	Reconoce	Paternidad reconocida	P-R
	Adopta	Reconoce	No reconoce	Paternidad reconocida con limitaciones	P-RL
	Adopta	No reconoce	Reconoce	Paternidad reconocida con limitaciones	P-RL
	Adopta	No reconoce	No reconoce	Paternidad no reconocida	P-NR

Antecedentes investigativos

Los estudios sobre *paternidad* paulatinamente han sido objeto de interés de las ciencias sociales. En Colombia se han adelantado varias investigaciones que permiten comprender los diversos cambios y transformaciones sociales en la manera de asumir, en términos generales, la paternidad. La más representativa de estas, data del año 2003, efectuada conjuntamente en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga y Cartagena, con la participación de varias universidades y bajo la coordinación de Yolanda Puyana. En ella se desarrolló un planteamiento en torno a la coexistencia de varias acepciones sobre lo que significa ser padre en nuestro país, y se describió el hallazgo de tres tendencias no lineales en torno a la paternidad. En primer lugar, enuncia el hallazgo una *paternidad tradicional*, entendida como aquella en la que el padre asume el rol de proveedor familiar, generalmente es ajeno a las manifestaciones de afecto, se distingue por su poca y muy escasa participación en los oficios domésticos, y por la absoluta concentración de la actividad laboral lo que le permite el ejercicio del mando y la toma de decisiones de manera inconsulta. En segundo lugar, se encuentran en las diferentes ciudades una *paternidad en transición*, denotándola como aquella que está influida por las nuevas corrientes del pensamiento que invitan a compartir la proveeduría en el hogar y el ejercicio de la autoridad con la madre, procurando castigos menos violentos; se trata de padres a los cuales en cierta manera se les demanda ser cariñosos, comunicativos y participantes en los oficios domésticos. Participación doméstica, por demás, que es asumida en términos de “ayuda o colaboración” a los oficios de la madre asumiendo que tales oficios le pertenecen a ella. Finalmente, la investigación dilucida la *paternidad en ruptura*, comprendida como aquella que es ejercida bajo un esquema de relaciones horizontales entre los miembros de la familia. Se trata de un padre dispuesto a forjar acuerdos en franca negociación con miras a definir normas y límites respecto al ejercicio de la autoridad, la proveeduría y el trabajo doméstico. Es una paternidad, entonces, que se encuentra atravesada

por la proveeduría conjunta del hogar o cooproveeduría, las manifestaciones de cariño y afectividad en general y la participación en las labores domésticas, no con una naturaleza colaborativa, sino de corresponsabilidad (Puyana (comp.), 2003).

Sobre este aspecto vale la pena recoger los apuntes señalados por Alfonso Rodríguez (2001), socióloga española y terapeuta familiar, quien desde una perspectiva sociológica de la familia y en combinación con su experiencia derivada del ejercicio profesional como terapeuta, planteó una reflexión en torno a las nuevas realidades familiares secundadas por la igualdad y una democratización que han significado el crepúsculo de la familia patriarcal o tradicional. De este planteamiento se derivan aportes interesantes para los cometidos de esta investigación, en el entendido que si, por un lado, con estas nuevas dinámicas familiares se advierte un ocaso del padre, de manera sincrónica se evidencia un “renacer de la paternidad”: un nuevo padre caracterizado por su proximidad, vinculación emocional y participación con los hijos, un padre que ha optado por trabajar menos y disfrutar más con su familia. En otras palabras, menciona la autora, asistimos a lo que hoy se ha dado llamar *feminización del padre*.

Ahora bien, existen algunas investigaciones que han planteado una manera más específica de comprender el fenómeno de la paternidad, esto es, una paternidad ubicada con posterioridad al hecho mismo de la ocurrencia de una ruptura parental. Esta situación ha sugerido una variación en la forma de asumirse el rol paterno, han surgido padres comprometidos con el cuidado de sus hijos, que no están dispuestos a conformarse con asumir su paternidad bastándose en la mera función de proveeduría y distanciamiento físico respecto de sus hijos, sino que han emergido padres afectuosos que, no obstante, la separación o ruptura de la pareja, quieren continuar participando en la formación, crianza y cuidado de la prole.

En este orden, en el año 2010, el economista y profesor Pineda Duque (2010), en un estudio sobre masculinidades y economía de cuidado basado en una revisión de evidencias de campo de trabajos anteriores, señalaba que las transformaciones socioeconómicas y los cambios culturales inciden indefectiblemente sobre la comprensión de lo que significa ser hombre y ser mujer en una sociedad cambiante, lo que ha desencadenado un proceso paulatino de readaptación tanto del uno como del otro, en un nuevo contexto social. Justamente bajo este nuevo contexto social, señala el autor, el hombre es impulsado a desempeñar prácticas que anteriormente pertenecían a las mujeres, dando lugar a un proceso de “*domesticación masculina*” promoviendo cambios de identidad para los hombres. Al presentarse una separación o ruptura parental habiendo hijos de por medio, continúa el autor, en la mayoría de los procesos de conciliación extrajudicial en Colombia —influida generalmente por patrones e imaginarios de género predominantes en la sociedad—, la custodia y el cuidado de los hijos se impone preferiblemente en cabeza de las madres adjudicándoles, por tanto, mayores responsabilidades respecto al cuidado del hogar, en tanto que la cuota alimentaria recae sobre los padres. En con-

secuencia, mediante esta forma de intervención estatal en la resolución de conflictos en materia de familia donde prevalecen modelos tradicionales, se disminuye la calidad de vida en los hogares femeninos en cuyo seno han quedado la custodia y cuidado de los hijos, notándose una inequidad social por razón del género; esto debido a que la mujer en la sociedad es inducida a participar en el mercado laboral con los problemas de inserción precaria y la consecuente reducción de tiempo para la economía de cuidado. Concluye el autor que, frente a los masivos y graves problemas de conciliación en familia que acentúan la inequidad de género, es preciso superar la prevalencia de “modelos tradicionales” basados en la división sexual del trabajo para implementar “modelos de cooperación y respeto mutuo” basados en salidas igualitarias de conflictos familiares que son “ganadoras para todos”. Toda vez que, por un lado, representan avances para la equidad de género, y por el otro, representan una oportunidad para los hombres de participar en el trabajo de cuidado de alto contenido afectivo. En otras palabras, el cambio de actitud, prácticas y comportamientos de los hombres en sus identidades masculinas, permiten fundamentar la sostenibilidad de los procesos de empoderamiento de la mujer para una mayor equidad de género.

Para el año 2012, Lady Cascavita luego de emprender una investigación sobre los nuevos discursos de paternidad, explicitó el surgimiento de unas paternidades emergentes evidenciables a través de los discursos masculinos que reclaman justicia social e igualdad de manera mancomunada. De esta manera, señala que es a partir de la conformación de grupos de padres separados de sus hijos que reivindican el reconocimiento del derecho a participar activamente en el proceso de crianza y cuidado de sus hijos, que se revela la emergencia de unas nuevas formas de paternidad con características disímiles al papel del padre *tradicional*: padre lejano, proveedor y dominante. Por el contrario, explicitan una nueva forma de paternidad con alto contenido efectivo y pretensiones de participación activa, permanente y paritaria en las labores de crianza y cuidado de la prole. Así, entonces, precisa que aquellos hombres, luego de entablarse un proceso judicial de separación entre padres o de asignación de custodia de sus hijos, al encontrarse con un sistema judicial adverso a sus aspiraciones paternas que privilegia la custodia de los hijos a favor de las madres y en su defecto, les impone unas relaciones foráneas a través de un régimen de visitas, deciden organizarse en asociaciones de padres a efectos de hacer más visible su oposición a un sistema judicial anclado en un esquema tradicional, que desestima unas paternidades emergentes que anuncian una nueva forma de asumir una paternidad sensible, intuitiva, afectiva, próxima y participativa en la crianza y el cuidado personal de los hijos, en oposición al llano criterio de proveeduría y visitas foráneas. Recaba la necesidad de elaborar políticas públicas de igualdad social entre hombres y mujeres que permitan mediar las relaciones parentales en las prácticas jurídicas (Cascavita, 2012).

Con posterioridad, Jennifer Castillo y Helena Morales (2013) en el marco de una investigación sobre los aspectos *socio-jurídicos* de la separación de los padres

y su impacto en niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Barranquilla, exponen que a pesar de los avances logrados en la actualidad, en materia de equidad de género y de que existen instrumentos normativos en Colombia que reconocen la igualdad y la corresponsabilidad entre padres y madres respecto de sus hijos, las actuales prácticas judiciales en materia de familia, al relacionarse al padre con el ámbito de lo económico y a la madre con el mundo de lo doméstico, el cuidado y la crianza de los mismos; propician una discriminación en razón del sexo al excluir a los hombres del cuidado personal de sus hijos, condenándolos a ser padres de alimentos (proveeduría) y de visitas. Convalidando de esta manera una concepción de paternidad aferrada a una lógica *tradicional* y suscitando así una nueva forma de violencia. Manifiestan además que esta situación representa una desventaja social en contra de las mujeres en la medida que el cuidado de los hijos se les asigna con exclusividad, obligándolas a desempeñar empleos de poca responsabilidad y en desmedro de su tiempo libre, en razón de ocuparlo en los gajes de la crianza y cuidado. Bajo este panorama, las investigadoras concluyen que la implementación de la *custodia compartida* entre progenitores podría representar un avance en el reparto equitativo de las responsabilidades y tareas domésticas, a la par que dicha medida podría influir en un proceso de transformación cultural que redundaría en mayor igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Es importante destacar que la investigación de Castillo y Morales va en una dirección similar a la que aquí presentamos, no obstante, en esta se enfatiza en la paternidad.

En España, a través de una investigación en la que se entrevistó un total de 521 adolescentes, se pretendió explorar el papel del padre no residente en el hogar después de una separación de pareja, como proveedor de cuidados, apoyo económico y educativo. El estudio refleja que las nuevas dinámicas familiares, desarrolladas generalmente en un contexto delimitado por derechos individuales y libertades de la pareja promotores del declive de un modelo tradicional de familia, han generado nuevos retos sociales y oportunidades familiares, encaminadas a la consecución de un acertado tránsito de la familia tradicional a un modelo asistido por relaciones familiares democráticas. En otras palabras, esta investigación precisa que los cambios sociales en las relaciones familiares representan, por un lado, una oportunidad para ajustar un equitativo reparto de funciones entre padres separados, y por el otro, constituyen un reto social con miras a lograr el mejoramiento de habilidades de negociación basados en relaciones solidarias parentales. Esta investigación hace un interesante aporte al concluir que estos cambios presentados en el sistema familiar han impulsado unas nuevas “geografías familiares” que implican varias residencias. Sobre este respecto, precisa la diferencia entre hogar y familia al diferenciar un “hogar monoparental”, en el cual los hijos pueden pertenecer sin ningún problema a una “familia biparental repartida en dos hogares” (nueva geografía familiar), de la “familia monoparental” donde el otro padre se encuentra distante o alejado. Señala además que un padre no residente, no significa necesariamente un padre ausente. De esta manera, la investigación relaciona la paternidad no residente preocupada por la crianza y educación

de sus hijos, con el surgimiento de nuevas formas de paternidad responsable más acorde con la equidad de género, en la medida que no se limitan exclusivamente a cubrir los deberes de índole económico sino también a satisfacer un vínculo afectivo con los hijos. Se trata, entonces, de un proceso lento pero constante de redefinición de la paternidad, el cual, según las autoras, debe ser fortalecido a través de políticas sociales que impulsen la responsabilidad solidaria parental (Brullet Tenas et al., 2011).

Para el año 2013 la jurista chilena Marcela Acuña San Martín, con ocasión a la expedición de la Ley 20.680 del 20 de junio del mismo año —Ley de Corresponsabilidad Parental— y en el marco de una investigación de la Universidad de Talca (Chile), habida cuenta de la novísima incorporación del principio de corresponsabilidad parental al estatuto familiar chileno, adelantó un trabajo cuyo objetivo fue el estudio de la corresponsabilidad parental en las relaciones personales *paterno-filiales*. Es preciso señalar que este trabajo es importante para la investigación pretendida toda vez que en la República Chilena, antes de expedirse la Ley de Corresponsabilidad Parental previamente citada, la asignación de la custodia o el cuidado personal de los hijos luego de la separación de sus padres, se hacía de manera muy similar a la que hoy tiene lugar en Colombia, máxime si se tiene en cuenta que el Código Civil Colombiano fue influido ampliamente por el Código Civil Chileno o Código de Don Andrés Bello. En otras palabras, en Chile, antes del arribo de la Ley 20.680 (2013), a la hora de asignar la custodia o el cuidado personal de los hijos, se prefería ostensiblemente radicarla en cabeza de la madre. La doctora Acuña San Martín menciona, que la incorporación del principio de corresponsabilidad parental en el derecho positivo chileno implica un verdadero cambio de mentalidad que parte de un esquema *tradicional* a uno basado en la participación “*activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos*” (art. 224, Ley 20.680 de legislación chilena). Así las cosas, precisa la autora que cuando ambos padres conviven juntos la corresponsabilidad parental se desarrolla de manera implícita, y que de la misma manera aun cuando se presente una eventual separación o ruptura de la pareja, la corresponsabilidad parental debe persistir, mediante la implementación de acuerdos expresos que regulen una responsabilidad activa, equitativa y permanente en atención al interés superior de los niños y adolescentes (Acuña, 2013).

En Chile, a partir del año 2013 y antes de la expedición de la Ley de Corresponsabilidad Parental, se inició una investigación orientada a abordar la comprensión de las vivencias de padres comprometidos con su paternidad acerca del distanciamiento físico y emocional de sus hijos luego de un proceso de separación. Con dicho fin se entrevistaron particularmente padres cuya separación de pareja no hubiera tenido lugar por vulneración de derechos del grupo familiar, sin importar el rango etario o si se encontraban con una pareja actual y nuevos hijos. La investigación arrojó que los padres, al verse alejados involuntariamente de sus hijos luego de un proceso judicial de separación, tenían sentimientos de dolor, frustración e impotencia al no poder ejercer su paternidad sensible, afectiva y próxima, afectando

no solo la relación con sus hijos, sino además el rendimiento en las actividades laborales. De la misma manera, se dedujo que los padres entrevistados coincidían en expresar una percepción de injusticia y erróneas decisiones proferidas por los despachos judiciales en asuntos de familia, quienes al resolver los procesos de custodia de sus hijos en un claro favorecimiento a las madres, propiciaban una discriminación contra los padres basada en características biológicas, desconociendo flagrantemente el derecho de igualdad ante la ley (González, Muñoz, & Zicavo, 2014). Hallazgo similar al encontrado en la investigación que aquí presentamos, sin embargo, como se analizará más adelante, en esta se avanzó en la caracterización de los diversos cambios en el ejercicio de la paternidad.

Para los cometidos de esta investigación, resulta bastante orientador apelar a la metodología desarrollada en el trabajo investigativo denominado *El olvido por lo infantil en la ficción jurídica del niño* (Carmona, 2011), cuyo desarrollo planteó promover una comprensión del fenómeno infantil en Colombia, a la luz del discurso jurídico y práctica judicial que paradójicamente, según da cuenta la investigación, afecta la protección infantil. La metodología de este trabajo incluyó una lectura cuidadosa de los textos legislativos más representativos del discurso jurídico sobre la infancia, indagando particularmente por el contenido oculto detrás de las “máscaras discursivas”. Esta investigación advierte que el niño, debido a su especial condición de vulnerabilidad, al ideal cultural de su “inocencia” y a través de una concepción jurídica de niño como “sujeto de derechos” emanado del estatuto contemporáneo de infancia y adolescencia, se genera un desenlace paradójico en los jueces a la hora de decidir qué es lo que verdaderamente conviene al niño y lo que no, donde las necesidades de los niños son asumidas como obligaciones, “convirtiendo la doctrina de los derechos en un tipo de tiranía que no deja lugar a la dimensión de los deberes y de las responsabilidades” (Carmona, 2011:24). Así las cosas, plantea un nuevo reto o tarea al discurso jurídico, pensar las posibles vías para introducir algo de subjetividad del niño tanto en normas como en los procesos desarrollados a partir de las mismas.

Una vez llegado a este punto, a modo de conclusión para este estado de la cuestión, cabe mencionar que la *paternidad*, en general, y específicamente la paternidad en circunstancias posteriores a una separación de pareja, ha sido un tema explorado más en otros países que en Colombia. Las más recientes investigaciones han coincidido en señalar la emergencia de unas nuevas formas de paternidad que contrastan con el otrora modelo tradicional de paternidad dominante, esto es, una paternidad distante y autoritaria. Si bien el énfasis de estas investigaciones ha sido enfocado en mostrar unas paternidades emergentes, en razón a dichas indagaciones sobre tales nuevas formas de paternidad, se ha evidenciado que tanto en los fallos judiciales como las conciliaciones extrajudiciales que definen asuntos de custodia y cuidado personal de los hijos, en casos de separación parental, se coartan de alguna manera dichas paternidades, llegándose incluso a cuestionar

tanto la precariedad de la legislación, como la insuficiencia de las mismas decisiones judiciales y conciliaciones extrajudiciales.

Estas investigaciones han advertido, por demás, que el alcance de las paternidades emergentes caracterizadas por el afecto y el deseo de participar en el proceso de crianza y cuidado de los hijos, a pesar de existir actualmente en Colombia una legislación que consagra una responsabilidad parental igualitaria⁷⁵, se han visto impedidas por la persistencia de ciertas ideas tradicionales que aún subsisten en la sociedad y permean las instituciones estatales encargadas de dirimir conflictos en materia de familia, en detrimento de la equidad de género, tanto para el padre como para la madre. Investigaciones adelantadas en otras latitudes y contextos *socio-jurídicos* sobre este particular fenómeno, han suscitado otras aproximaciones a la problemática proponiendo nuevas formas de comprenderlo.

En este sentido, con el fin auscultar las transformaciones a las cuales se encuentre abocado el ejercicio de la paternidad, fue conveniente, entonces, ahondar sobre los efectos propiciados a raíz de los procedimientos de separación parental a fin de detectar situaciones que merezcan la intervención social o estatal en procura de mayor equidad. Por lo cual, en el contexto de la separación conyugal o marital, se hace meritorio indagar sobre las incidencias de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que regulan las relaciones *parento-filiales* en el ejercicio de la paternidad, a través de un análisis que permita cotejar el ejercicio de la paternidad en el *antes* y el *después* de un trámite de separación parental. Lo más novedoso de la investigación aquí presentada, y que no está tratado en las investigaciones revisadas, es el análisis de la paternidad después de procedimientos judiciales y extrajudiciales a partir de tres componentes implicados: El Estado, la madre y el padre, con tres categorías: el cuidado personal de los hijos, la asistencia económica familiar y el vínculo afectivo *paterno-filial*, y que se tuvo en consideración el antes y el después de la intervención estatal.

Discusión

En este estudio, se pudo constatar, pese a que no fue uno de los objetivos trazados desde su inicio, que efectivamente, tal y como lo señala la investigación sobre

75 La legislación colombiana consagra ampliamente una responsabilidad parental igualitaria en postulados constitucionales y legales que proclaman la igualdad de derechos y deberes de la pareja (Art. 42 Constitución Nacional) y la prohibición de discriminación en razón del sexo (Art. 13 Constitución Nacional); que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos “toca de consuno a los padres” (Art. 253 Código Civil); que en los procesos de divorcio y separación el juez podrá dejar a los hijos al cuidado de “ambos” padres (Art. 598 Código General del Proceso); que la responsabilidad parental es “compartida y solidaria” (Art. 14 Código de Infancia y Adolescencia) y que los hijos tienen derecho a que sus progenitores asuman directa y oportunamente la custodia y el cuidado “en forma permanente y solidaria” (Art. 23 Código de Infancia y Adolescencia).

maternidad y paternidad en Colombia, esta última ha venido haciendo un tránsito desde una postura eminentemente tradicional, pasando por un momento de transición, en dirección hacia una postura de ruptura con la tradición (Puyana, 2003). Es decir, paulatinamente la paternidad ha venido evidenciando una serie de transformaciones en torno a las tradicionales funciones paternas, las actividades domésticas, la toma de decisiones, el ejercicio de la autoridad, las expresiones afectivas, la proveeduría del hogar, entre otros aspectos. En la investigación que aquí se presenta, pudo detectarse que hay padres en proceso transicional que pueden evidenciar ciertas resistencias o contradicciones respecto a unas prácticas innovadoras y a unas prácticas tradicionales, tales como una tímida manifestación de afecto a los hijos, una vocación de “colaboración” en las actividades del hogar y, en especial, una asunción exclusiva o cuando menos preponderante de la carga económica familiar con cierto atisbo “colaborativo” por parte de su consorte.

En este mismo sentido, y en mayor grado, en esta investigación se evidenció una *paternidad en ruptura*, según la cual, la mayoría de los progenitores asumen una horizontalización de las relaciones de pareja, es decir, una disposición para asumir de forma consensuada las normas para el ejercicio de la autoridad, la proveeduría económica familiar, el trabajo doméstico, la crianza y el afecto para los hijos, no desde un punto de vista colaborativo sino desde una perspectiva de corresponsabilidad. Así, las cosas, esta investigación convalida igualmente la emergencia de unas nuevas formas de paternidad o paternidades emergentes que reivindican el derecho de hacerse cargo de sus hijos, al igual que el derecho de sus hijos a tener un padre, propugnan por una relación afectiva, continua y significativa, entre padre e hijos luego de un proceso de separación de pareja (Cascavita, 2012).

En términos generales, las percepciones de este grupo de padres tienden a enmarcarse en la noción de la “relación pura” sugerida por Giddens (1995), según la cual las relaciones de pareja deben estar orientadas a través de una absoluta democratización, es decir, a través la consolidación de “relaciones libres e iguales” entre la pareja, donde la libertad del más fuerte queda restringida. Este modelo democrático, propuesto por el autor sugiere pues el establecimiento de escenarios de deliberación, diálogo, equilibrio negociado, de *escucha-habla* y *habla-escucha*, en una frase, la consideración del “mejor argumento” para la toma de decisiones mediante una “comunicación abierta y libre”. Este razonamiento, entonces, abre la puerta para que el trabajo doméstico, la proveeduría económica familiar, la crianza, el cuidado de los hijos, y en general, para que todo aquello que implique la toma de decisiones, se haga con fundamentos razonados, proscribiendo las decisiones amañadas, pensamientos arraigados en la tradición o lo que es igual, decisiones ancladas en “pensamientos enfermos”.

A través de esta investigación, tal y como lo ha observado la literatura existente, se advirtió también que las prácticas administrativas de conciliación prejudicial entre parejas que se han separado, tienden a estar en contravía con esta tendencia a la democratización, al asignar de manera automática y con asidua preponder-

ancia a las madres la custodia y el cuidado personal de los hijos en el curso de un proceso de separación de pareja, propiciando con ello una sobrecarga de responsabilidades en la mujer, que acentúa prácticas administrativas y judiciales que rayan con la inequidad de género, basadas en “modelos tradicionales” de la familia (Pineda Duque, 2010), que a la par configuran una desventaja social tanto para la madre, como una discriminación para el padre (Castillo & Morales, 2013).

Las percepciones paternales recolectadas a lo largo de la investigación, además de ilustrar las pretensiones de los padres de lograr una mayor democratización en el tratamiento y en el desempeño de padres y madres, detallaron situaciones de desigualdad, desfavorecimiento, discriminación, lo que les genera sentimientos de impotencia y frustración debido a un tratamiento sexista por parte de las entidades del Estado. Esta situación fue similarmente señalada en la investigación adelantada en Chile en torno a las vivencias de padres separados, de cuyos datos se logró evidenciar sentimientos de impotencia paterna frente a las decisiones injustas, discriminatorias e inequitativas proferidas por las autoridades judiciales al regular las relaciones *parento-filiales* (González et al., 2014).

Los resultados de la investigación que aquí se presentan sugieren la necesidad de transformar la comprensión y el abordaje jurídico de los conflictos de pareja respecto de los hijos, en un marco de la corresponsabilidad parental, principio consagrado en la legislación colombiana vigente. Por lo cual, a su vez, es necesaria una transformación en la terminología implementada en el abordaje jurídico pues, la misma refleja la actual concepción de inequidad en las relaciones *parento-filiales*. Lo anterior, confirma lo planteado por la investigadora Acuña San Martín (2013), jurista chilena, quien afirma que para efectos de asegurar el principio de corresponsabilidad parental, se precisa sustituir los acostumbrados términos de guarda, custodia y régimen de visitas, para dar lugar a nuevas figuras jurídicas tales como la “custodia compartida”, la “relación directa y regular” entre el progenitor no custodio y sus hijos, entre otros.

Cuidado personal de los hijos

Los hallazgos permitieron evidenciar en la percepción de los padres una tendencia a participar activamente en los asuntos domésticos, esto es, en el aseo del hogar, la culinaria, el arreglo de ropa, el vestuario, la educación, el cuidado y la crianza de los hijos. Esta situación contrasta con la investigación de Viveros (2001), conforme la cual la carga global de la crianza de la prole, pese a configurarse la emergencia de una nueva paternidad más cercana y afectiva, continúa teniendo una relación asimétrica de distribución entre padres y madres. Por el contrario, a través de este estudio, al igual que otras investigaciones, ha permitido ratificar el denominado “proceso de domesticación masculina” evidenciado por Pineda (2010).

El ocaso del patriarcado ha dado inicio a otro tipo de paternidad. El proceso paulatino de domesticación masculina ha concitado una mutación del progenitor masculino que en esta investigación se describe como un padre maternal, un *padre-materno*, un padre cuidador o según prefiere mencionarlo Badinter (1994), se desempeña como una “madre masculina” o un “padre/madre” producto de un proceso de androgenización originario de un “hombre blando”, un “hombre reconciliado” con su emotividad, sensibilidad, afectividad, en una palabra, con su femineidad. Se trata de un hombre, o mejor, de un padre, por un lado, apto para la crianza y el cuidado personal de los hijos o “padre/madre”, y por el otro, apto para la educación, inculcación de valores y respeto por la autoridad, eso es, el “padre/mentor”.

En la investigación, salió a relucir el hecho de que esta nueva forma de paternidad, afectiva y próxima, comienza a emerger desde mucho antes del nacimiento de los hijos, aun desde cuando el hijo(a) es una mera expectativa; cuando la madre está en embarazo, el padre se entenece, se preocupa y desarrolla capacidades para la crianza, en suma, comienza a tornarse maternal. Asimismo, lo ha evidenciado la literatura al referir que, en la medida que el padre esté dispuesto, puede ser invadido tempranamente por su femineidad, situación que se acentúa con el hecho mismo del nacimiento del hijo, lo que es indicativo de que tanto hombres y mujeres tienen condiciones de igualdad frente a la crianza (Badinter, 1994).

Se encontraron padres que, según sus testimonios, han aprendido a prodigar afecto y cuidado a sus hijos; casos en los que el padre antes de la separación compartía con la madre la atención y el cuidado de los hijos, y que después de la separación continúa ocupándose de ellos; otros en los que recibe la custodia de los hijos como resultado de un acto de renuncia de la madre en asumirla.

Para discutir el tema del instinto materno, se relataron situaciones en las cuales la madre —conspicua ciudadana, inteligente y en ocasiones con altos niveles de formación profesional—, luego de un tortuoso proceso de separación, asumiendo un comportamiento característico del “idiota moral” ilustrado por Bilbeny (1993), por cuanto instrumentaliza a sus hijos a fin de proferir a toda costa daño sistemático a su expareja, sin consideración al detrimento en la frágil integridad física y mental que pueda representar para los hijos. Lo anterior, permite comprender y corroborar que aquella idea del “instinto maternal” y la idea de que el cuidado de los hijos le corresponde fundamentalmente a la madre, no es más que un mito y que el amor maternal es un sentimiento, no exclusivo de la madre, el cual puede existir o no existir, darse y asimismo desaparecer (Badinter, 1991).

Bajo este panorama, la investigación arrojó que una vez ha acontecido la ruptura de la pareja, si bien algunos padres pueden continuar ejerciendo como activos cuidadores de sus hijos, otros padres, debido a la falta de aquiescencia estatal o de una disposición personal de la madre, son apartados de ese ámbito

del cuidado personal de los hijos en el cual se habían desempeñado con decidida asiduidad durante la convivencia de la pareja. En estas condiciones, dichos padres son despojados de su condición “reconciliada” con su feminidad (Badinter, 1994), al verse apartados de su responsabilidad cuidadora de los hijos luego del proceso de separación, y bien sea de manera total o parcial, son arrojados al ostracismo parental.

Asistencia alimentaria de los hijos

Resulta interesante destacar que, como ya lo evidenciaba Vega y Smith-Castro (2009), las investigaciones sobre asistencia alimentaria de los hijos en el marco de un proceso de separación de pareja son muy escasas y están orientadas a evaluar la efectividad de la ley en función de satisfacer sus objetivos, soslayando la identificación de factores psicosociales de los padres no custodios de sus hijos, tales como la condición socioeconómica, las relaciones *paterno-filiales*, las relaciones parentales, la estabilidad emocional del mismo, entre otros, al momento de establecer una cuota alimentaria.

La presente investigación logró visibilizar la incertidumbre del padre no custodio respecto a la destinación de los dineros otorgados a la madre con fines de satisfacción de alimentos, de esta manera se corrobora la información suministrada por Wallerstein y Blakeslee (1989), quienes aseguraron incluso que dicha incertidumbre da lugar a incumplimiento en el pago de la cuota alimentaria.

Una de las tendencias identificadas en la investigación consistió en que, al ventilarse el asunto de la separación de pareja ante un funcionario estatal, se presenta en ellos una frecuente asociación de la figura paterna con la función proveedora de los hijos y un régimen hartó precario de visitas. Esta situación permite confirmar los hallazgos presentados por Vega (2005), quien refirió que luego de la separación de pareja, la relación entre el padre no custodio y sus correspondientes hijos se define por estos funcionarios preponderantemente en términos económicos, con la correspondiente insatisfacción del padre, debido al poco tiempo que pueden compartir con los hijos como resultado de una creencia en una capacidad natural de la madre para criar a los hijos.

Así las cosas, también en este estudio se logró detectar que, a raíz de la separación, algunos padres pueden experimentar cierto alivio económico luego de efectuarse los acuerdos legales en materia de sostenimiento de los hijos, debido a que la cuota alimentaria establecida puede ser inferior al aporte económico proporcionado durante la convivencia. No obstante, la tendencia es a que los padres consideren que las cuotas de alimentos exceden sus posibilidades para conservar un bienestar personal, obligándolos a importantes sacrificios. A pesar de que ese padre generalmente coin-

cide ser el progenitor no custodio y, por tanto, el titular de la obligación alimentaria, la práctica judicial y extrajudicial que define la relación económica *parento-filial* tiende a hacer una distribución equitativa respecto a la carga económica derivada del sostenimiento de los hijos. Sin embargo, teniendo en cuenta la sobrecarga que implica la custodia y el cuidado personal de los hijos, apelando al criterio formulado por la Corte Constitucional (2003), es necesario que entre la pareja que se separa y tiene hijos en común se establezcan distintas “intensidades” en el cumplimiento de su obligación alimentaria. En otras palabras, es necesario distinguir entre una cuota alimentaria mayor o menor, según las posibilidades y recursos personales, a fin de evitar la sobrecarga de un progenitor a costa del otro, garantizando en todo caso unas relaciones *parento-filiales* atravesadas por criterios de equidad.

Relación afectiva *paterno-filial*

La investigación pudo dar cuenta de percepciones paternas orientadas a realizar una diferenciación en cuanto a lo que significa la terminación de la relación de pareja, frente a la pretensión de continuidad en la custodia y relación de afectiva con los hijos. Así, las cosas, la percepción de estos padres entrevistados según la cual los hijos pueden tener una habitación, un menaje doméstico y un tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, se corresponde con el planteamiento de las “nuevas geografías familiares” donde los hijos de padres separados pueden pertenecer a una familia separada en dos hogares (Brullet Tenas et al., 2011). Además, alguna literatura señala la necesaria y sana diferenciación que debe mediar entre la separación de la pareja y la relación *parento-filial*, pues, los padres son quienes se separan entre sí, pero los hijos no deben ser separados de sus progenitores (Castells, 2012).

La arraigada praxis judicial y extrajudicial consistente en privilegiar la custodia exclusiva de los hijos en cabeza de las madres, conduce indefectiblemente a una sobrecarga en la mujer respecto a las responsabilidades parentales. En este sentido, Wallerstein (2001) encontró que esta práctica recurrente propicia una falta de correspondencia entre la cuota alimentaria y el costo de crianza de los hijos, por su parte, Pineda (2010) consideró tales prerrogativas como la configuración de rasgos de inequidad de género que recargan injustificadamente a la madre.

Adicionalmente, en los hallazgos se destacó una serie de actuaciones perpetradas por la madre encaminadas a desfigurar, malograr o desaparecer la figura paterna de la vida de los hijos. Algunos padres, al verse distanciados de su descendencia, refirieron sentirse borrados e impotentes ante las actuaciones de su expareja como de la gestión del Estado en el manejo del conflicto familiar. La literatura existente ha encontrado igualmente esta serie de actuaciones sistemáticas de desprestigio parental denominándolas con el nombre de “alienación parental”, a lo

largo de las cuales, el progenitor alienante se va constituyendo como el progenitor aceptado y el progenitor alienado se va diluyendo como un progenitor rechazado (Bolaños, 2005). Este intento de borramiento paterno fue igualmente referido por Zicavo (2008) quien prefiere describirla como un “proceso de la padrectomía” o extirpación del rol paterno consistente en un alejamiento forzado de los hijos.

Entre los hallazgos se destacan las estrategias paternas empleadas para eludir las actuaciones de la madre y del Estado, ante las cuales se sienten impotentes debido a una relación de dominación que los coloca en una situación de ostracismo afectivo *paterno-filial*. Tanto las actuaciones de la madre como las de algunos funcionarios estatales, quienes al estar imbuidos en los postulados del modelo tradicional de familia, desconociendo su calidad de garantes del interés superior de niños, niñas y adolescentes, logran obstaculizar el ejercicio de la paternidad provocando que el padre recurra a acciones estratégicas de resistencia a fin de confrontar los efectos de dominación desplegados por aquellos. Se encontró, por ejemplo, que algunos padres no custodios para compartir mayor tiempo con sus hijos, decidían acudir al centro educativo para entregarles una lonchera en el horario de descanso, otros debían aguardar en un semáforo el paso de la ruta escolar para entregar un saludo matutino, acompañado de un refrigerio, otros expresaban que aprovechaban las llamadas de confirmación de citas con EPS para enterarse de las mismas y allí mismo aprovechar el instante para ver a sus hijos, otros con mayores restricciones expresaron que debían conformarse con compartir con sus hijos a través las rejillas de las unidades residenciales cerradas o regalarles un celular, que a la postre resultaba por “extraviarse”, entre otras estrategias. Esta situación descrita pudo ser comprendida a la luz de la teoría de las relaciones de poder formulada por Foucault (1988), conforme la cual no hay relaciones de poder sin resistencia y por tanto, toda relación de poder implica, al menos en teoría, una estrategia de enfrentamiento o de hacerle el quite a dicho poder.

Los padres entrevistados al rechazar el régimen de visitas 2x13, no necesariamente plantean una reclamación de la custodia exclusiva de los hijos, sino que más bien, coinciden con la pretensión de una custodia paritaria, esto es, un régimen relacional igualitario entre los progenitores (una custodia alternada) o al menos, un régimen de visitas no tan restrictivo. En este sentido, la reclamación paterna estriba en poder gozar de mayor tiempo con sus hijos de tal forma que puedan continuar participando en el ámbito académico, cultural, religioso, recreativo, deportivo y orientador de los mismos como lo hacían antes de la separación de pareja. Así, entonces, algunos de ellos, en el marco de la igualdad ante la ley, reivindican el derecho a tener el mismo tiempo compartido con sus hijos. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dispuesto que el ejercicio del derecho de visita debe estar encauzado a cultivar el afecto, la unidad y la solidez de las relaciones familiares, por lo cual, exhorta a las autoridades a velar cuidadosa y responsablemente al momento de fijar un régimen de visitas, pues, “*de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o*

su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil" (Corte Constitucional, 1992).

En este sentido, las reivindicaciones paternas en torno a mayor tiempo compartido con sus hijos y los cuestionamientos frente a las prácticas judiciales y extrajudiciales destinadas a zanjar los conflictos familiares de separación de pareja, conducen a plantear la necesidad de manejar cada caso de acuerdo con su particularidad; es decir, habrán eventos en los cuales para un padre será suficiente aplicar un régimen de visitas 2x13, otros en los cuales se requiera un régimen de visitas más extenso y aquellos donde se pueda dar lugar a una custodia alternada entre cada progenitor; pues, según advierte Geertz (1994), el derecho es una forma de otorgar un sentido particular, que incumben a personas particulares, en situaciones particulares, en lugares particulares.

Sobre este tema de las relaciones *parento-filiales* posruptura de pareja, en atención al artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia el cual dispone que la responsabilidad parental es compartida y solidaria entre ambos progenitores, la Corte Constitucional ha conceptualizado recientemente que aunque los progenitores se encuentren separados, inclusive, si uno de estos se encuentra privado de la patria potestad, o haya dado lugar a una causal de anulación matrimonial, subsiste indefectiblemente el deber de asumir de manera compartida y solidaria las responsabilidades parentales (Corte Constitucional, 2015).

Finalmente, esta investigación ha visibilizado una capacidad resiliente familiar para alcanzar un *bien-estar*; tanto para la pareja como para los hijos, cuando la ruptura se conduce de manera concertada, observando el interés de todos pero en particular el de los hijos. De igual manera, se evidencia la utilidad que puede representar el acompañamiento de un mediador, consejero, terapeuta o abogado familiar, que permita en los acuerdos postseparación un reconocimiento paterno, materno y filial que la familia *per se*, en determinados casos, no le sea posible visibilizar. Esta situación fue igualmente advertida en una investigación sobre capacidades parentales ante la adversidad familiar, según la cual, a pesar que las competencias resilientes familiares constituyen una fuente creativa en lo individual y lo colectivo para encarar la adversidad, en ocasiones requiere, para su despliegue amplio y efectivo, el uso de oportunidades sociales que la fortalezcan (Patricia & Elsy, 2012).

Conclusiones

En esta investigación se analizaron las percepciones de padres que han vivido un proceso judicial o extrajudicial de separación de pareja, en cuanto a las transformaciones referidas al cuidado personal de los hijos, la asistencia económica familiar y la relación afectiva *paterno-filial*. Esta investigación permitió evidenciar que el ejercicio de la paternidad, en condiciones de separación de pareja, incide tanto la

posición asumida por el padre, como la posición de la madre y la de funcionarios estatales, bien sea para facilitar u obstaculizar dicho desempeño. En este sentido, en el marco de un proceso de separación de pareja, el padre puede encontrarse en una de tres posibles situaciones fácticas disímiles: una *paternidad reconocida*, una *paternidad reconocida con limitaciones* y una *paternidad no reconocida*. En los dos últimos casos, la postura de los padres puede ser de aceptación a los límites antepuestos o la de construir alternativas estratégicas de resistencia frente a los mismos.

Estas categorías emergentes en la investigación dependerán de la posición asumida por el padre, la madre y la entidad estatal llamada a conocer el trámite de separación o de regulación de las relaciones *parento-filiales* posruptura. Así, pues, cuando la madre y el ente estatal, representado por funcionarios públicos con atribuciones legales para dirimir la situación familiar, atienden el deseo paterno y obran de conformidad confiriendo un lugar al padre, habrá como resultado un *padre reconocido* que podrá ejercer sin contratiempos su paternidad. En tales casos, las transformaciones emanadas de la separación de pareja no afectan el ejercicio de la paternidad, pues esta, a pesar de la ruptura y las afectaciones emocionales que pudieran experimentar los progenitores, encuentra continuidad y afirmación. Sin embargo, cuando ya sea por conducto de una madre opositora a un libre ejercicio de la paternidad debido a un conflicto de pareja aún no resuelto, o de unos funcionarios estatales obnubilados por sesgos basados en preconceptos tradicionalistas con tendencia a la discriminación en razón del género, y que, por consiguiente, establecen límites al ejercicio paterno que impiden asumir plenamente el desarrollo de la paternidad, como lo hacía antes de la separación, o que establecen obstáculos tan severos al ejercicio paterno que deniegan el desarrollo de la paternidad; en estos casos, habrá como resultado un padre *reconocido con limitaciones* o un padre *no reconocido*, en su respectivo orden. Desde luego, pues, que cuando el padre ha sido restringido o impedido en el ejercicio de la paternidad, la postura del padre puede ser, o bien de tolerancia frente a las restricciones impuestas, o de implementación de diversas estrategias de resistencia para lidiar contra lo que considera una ausencia de equidad, o una postura franca tendiente a borrar o desvirtuar su lugar en las vidas de sus hijos. Por lo cual, cuando hay oposición de la madre o sesgos obstinados por parte de funcionarios estatales, estos padres separados, limitados o impedidos en el ejercicio de la paternidad, se perciben en un estado de impotencia, castración, borramiento o abandono estatal, a tal punto que no tienen más opción que optar por implementar estrategias de resistencia para poder compartir con sus hijos o abrazar con resignada tolerancia el distanciamiento de sus hijos.

Habida cuenta de lo anterior, tanto los funcionarios estatales como la multiplicidad de profesionales que trabajan con parejas y familias habrán de tener presente que la comprensión del concepto de maternidad, como de paternidad, se encuentran

desprovistos de fórmulas o nociones estáticas y sempiternas. En consecuencia, que la determinación de una regulación de relaciones *parento-filiales* en medio de un proceso de separación de pareja, habrán de atender a situaciones fácticas particulares, sujetos particulares y soluciones particulares para cada caso en concreto. Por lo cual, se hace imprescindible romper con la usanza tradicional de aplicar el mismo modelo de solución para todas las familias conflictuadas debido a una separación de pareja.

Ameritará, por tanto, un verdadero trabajo reflexivo para determinar equitativamente unas condiciones de cuidado personal, asistencia económica y relación afectiva de los hijos con sus progenitores. En este sentido, lejos del ideal de equidad y justicia social se encuentra la aplicación automática de la fórmula 2x13 para definir el régimen de visitas al progenitor no custodio, o aquel pensamiento tradicional según el cual la madre, en todo caso, es por derecho propio la titular inobjetable de la custodia de los hijos o que, a falta de esta, por encima del padre, lo será la abuela materna.

Lo anterior, no quiere desconocer que existen padres tradicionales que pueden sentirse satisfechos solo con asumir una cuota alimentaria para el sostenimiento de los hijos, a veces mayor o a veces menor, de la aportada antes de la separación, y que no se preocupan por mantener estrechos lazos afectivos con sus hijos. Estos padres tradicionales podrían resentir sobre el monto de la cuota alimentaria; sin embargo, asumen sin oposición la regulación tradicional de visitas 2x13 asignadas por funcionarios estatales, y aún algunas veces ni cumplen con dicha reglamentación. Esta situación, al igual que otras investigaciones, ha sido evidenciada en el presente estudio como también conocida en el ejercicio profesional como abogado de familia.

Desde luego, pues, habrá padres para quienes un régimen de visitas 2x13 podría ser suficiente o incluso, representarle una pesada carga de sobrellevar (*paternidad lato sensu*). Sin embargo, hay que reconocer que habrá padres para quienes la aplicación de esta misma fórmula de regulación afectivo *paterno-filial* resulta siendo una lacerante condena al ostracismo afectivo respecto de sus hijos (*paternidad estricto sensu*). Sin lugar a dudas, ello confirma que, en nuestros días, el nuevo padre es una realidad que transita entre nosotros, a veces de manera imperceptible. Se trata de padres masculinos, pero al mismo tiempo, altamente afectivos con sus hijos. Este nuevo *padre-madre* reconoce que ha logrado desarrollar habilidades para el cuidado y crianza de su prole; en estos menesteres, considera que su desempeño es tan idóneo como el de una madre y que el amor, el cuidado y el afecto, por tanto, no distinguen de géneros, no hacen acepción de personas, no tienen preferencias por la una o por el otro, son verdaderamente democráticos. Tanto hombres como mujeres los necesitan, e igualmente se encuentran en igualdad de condiciones para suministrarlos a otros.

En un país en cuyo seno sobreabundan las separaciones de pareja, los abogados de familia, terapeutas familiares, consejeros de familia, y en general todo

profesional llamado a encarar en su ordinario desempeño laboral situaciones de ruptura de pareja, habrán de comprender que, en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la unidad familiar no significa indisolubilidad de las parejas sino el deber ineludible de los progenitores frente a sus hijos, que les conmina a favorecer el desarrollo integral de su personalidad, pues, el interés de estos —de los hijos—, siempre habrá de prevalecer antes que el de aquellos (Corte Constitucional, 1992; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 1989). Aspectos que sugieren, por tanto, la necesidad de comprender unas nuevas geografías familiares.

Lo anterior hace referencia a la necesidad de reaprender las nuevas acepciones sobre la maternidad, la paternidad, la separación de pareja y la unidad familiar en nuestro actual momento histórico. Por lo cual, no se trata tanto de promover la creación de nuevas normas jurídicas o la modificación de las ya existentes, toda vez que la Constitución Política⁷⁶, el ordenamiento interno⁷⁷ y varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad⁷⁸, consagran la igualdad de derechos entre la pareja, la responsabilidad compartida y solidaria de los progenitores, y la corresponsabilidad parental permanente de los padres para el desarrollo integral de sus hijos. Instrumentos normativos suficientes para que tanto los funcionarios públicos, como los profesionales de asistencia a familiar, puedan atender cada caso como un asunto particular, es decir, conforme a las situaciones que entrañan para cada quien, el ejercicio de la paternidad y la maternidad, pero sobre todo, agotando ingentes esfuerzos a fin de promover en su gestión profesional la satisfacción del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

76 La Constitución Política de 1991 estatuye “*las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja*”. (Art. 42 inc. 3°)

77 El Código de Infancia y Adolescencia consagra que la responsabilidad parental incluye “*la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de sus derechos*” (Art. 14) y que los hijos “*tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente la custodia para su desarrollo integral*” (Art. 23).

78 La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991) consagra que los “*Estados partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*” (Art. 18). Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (aprobada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981) la cual dispone “*el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de los hijos*” (Art. 5° Lit. b). Entre otros instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 23 N°4) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 17 N° 4), normativas en las cuales se consagra la igualdad de derechos y responsabilidades entre la pareja respecto de los hijos, aún con posterioridad a la separación de los mismos.

El conflicto de pareja razonablemente conducido, bien sea por la pareja misma o por intermedio de un profesional, puede asegurar a los hijos tanto una paternidad como una maternidad reconocida y participativa. En otras palabras, una nueva geografía familiar que permita la continuidad de la unidad familiar. Sin embargo, cuando los conflictos de pareja afectan las relaciones con los hijos, se hace necesaria la intervención de un tercero que oriente el proceso de separación, de tal manera que la animadversión entre la pareja no interfiera en la relación entre padres e hijos. Es aquí donde el terapeuta familiar y de pareja está llamado a ocupar un lugar preeminente en la sociedad, allanando el camino hacia un cuidado personal, una asistencia económica familiar y una relación afectiva *parento-filial*, ceñida a los requerimientos legales que propugnan por el desarrollo integral de los hijos y una convivencia social incluyente y equitativa.

Las investigaciones adelantadas hasta el momento han hecho énfasis en los derechos de los padres, que son vulnerados con ocasión a veredictos judiciales y extrajudiciales que lesionan sus relaciones con los hijos(as), pero no han indagado sobre las transformaciones en la paternidad generadas en virtud al proceso de separación. Conocer la diversidad de percepciones paternas sobre el ejercicio de sus roles y relaciones con la prole, ha permitido un acercamiento a una realidad desconocida por la generalidad de la práctica judicial y extrajudicial vigente. Sin embargo, de la investigación surgen otros interrogantes que pueden ser abordados en posteriores estudios, tales como, indagar sobre las percepciones de los funcionarios oficiales frente a las funciones parentales y, las percepciones de los hijos sobre la paternidad y maternidad, luego de un proceso de separación o las experiencias de éstos en casos de custodia alternada.

El conocimiento generado fruto de la investigación, ha permitido avanzar en la comprensión de las diferentes percepciones de padres involucrados en un proceso judicial o extrajudicial de separación, respecto a los cambios que han debido afrontar en sus relaciones, respecto de sus hijos e hijas, y sobre cómo han desplegado estrategias de resistencia para lidiar con las decisiones judiciales y extrajudiciales que regulan sus relaciones *parento-filiales*. Los resultados obtenidos podrán servir a modo de derrotero, tanto en las terapias de familias separadas o en riesgo de separación, como en terapias de pareja en conflicto, de tal forma que permitan comprender no solo el tratamiento jurídico conferido a estos casos, sino estar al tanto de posibles situaciones donde el terapeuta pueda orientar hacia narrativas alternas a las sugeridas —o impuestas— por la vía judicial o extrajudicial, superando el enfrascamiento egoísta perseguido por los progenitores quienes pretenden, a toda costa, simplemente dejar de cohabitar sin reflexionar sobre el interés superior de los hijos. Además, este conocimiento permitirá generar mayores condiciones de *rapport* entre los consultantes y el equipo terapéutico.

Referencias

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte*, 2, 21–59.
- Anderson, H. (1999). *Conversación, lenguaje y posibilidades*. Buenos Aires: Amorrortu, Ed.
- Badinter, E. (1991). *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*. Barcelona: (P. I. S.A., Ed.) (1991st ed.).
- Badinter, E. (1994). *XY, la identidad masculina*. Santa Fe de Bogotá: Grupo Editorial Norma, Ed.
- Bilbeny, N. (1993). *El idiota moral: la banalidad del mal en el siglo XX*. Barcelona: Anagrama, Ed.
- Bolaños, I. (2005). Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial: Del juzgado a la mediación. *Trabajo Social Hoy*, 105–123.
- Brullet Tenas, C., Marí-Klose, M., Marí-Klose, P., & Maranzana, L. (2011). Geografías de la paternidad no residente: ¿ausente o vinculado? *Documents d'anàlisi geogràfica*, 57(1), 83–103. Recuperado de: <http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2056/servlet/articulo?codigo=3623591&info=resumen&idioma=SPA>
- Carmona Hernandez, D. (2011). El olvido por lo infantil en la ficción jurídica del niño. *Afectio Societatis*, N° 14 juni.
- Cascavita, L. M. (2012). Paternidades emergentes como contrapúblico de las prácticas jurídicas institucionalizadas. *Aletheia Revista Electrónica de Desarrollo Humano, Educativo Y Social Contemporaneo*, 4 (N° 1 enero - junio), 63–86.
- Castells, P. (2012). *Los padres no se divorcian de sus hijos*. Madrid: Aguilar, Ed.
- Castillo, J., & Morales, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia de sus hijos. *Educación Y Humanismo*, 15 (24), 107–121.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-156 (2003).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-727 (2015).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-523 (1992).
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Colombia, Sentencia 031 (Febrero 13 de 1989), magistrado ponente José Alejandro Bonivento Fernández.
- Echeverri Angel, L. (1994). Tendencias o rupturas de la familia colombiana Una mirada retrospectiva y prospectiva. *Maguaré*, 10, 105–121.
- Echeverry Angel, L. (2004). La familia en Colombia transformaciones y prospectiva. *Cuadernos Del CES*, 6.
- Flórez, C. E., & Sánchez, L. M. (2013). *Fecundidad y familia en Colombia: ¿hacia una segunda transición demográfica?* (Vol. 9).

- Foucault, M. (1988). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, 03 (julio-septiembre), 03-20.
- Geertz, C. (1994). *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. (Paidós, Ed.) *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona. <http://doi.org/10.1007/s13398-014-0173-7.2>
- Giddens, A. (1995). *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*. Recuperado de: <http://books.google.com.mx/books?id=CQrn6AiGjrEC>
- González, P., Muñoz, A., & Zicavo, N. (2014). Vivencias masculinas ante el alejamiento forzado de los hijos. *Ciencias Psicológicas*, (1), 43-54.
- Jiménez, B., Barragán, A. M., & Sepúlveda, A. (2001). *Los tuyos, los míos y los nuestros*. Medellín: Fundación para el Bienestar Humano, Ed.
- Pachón, X. (2007). La familia en Colombia a lo largo del siglo XX. *Familias, Cambios y Estrategias*, 145-159.
- Patricia, G. E., & Elsy, D. de la O. (2012). Las Competencias Parentales en contextos de desplazamiento forzado. *Psicología Desde El Caribe*, 29(2), 456-482. Recuperado de: <https://login.ezproxy.net.ucf.edu/login?auth=shibb&url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edssci&AN=edssci.S0123.417X2012000200009&site=eds-live&scope=site>
- Pineda Duque, A. J. (2010). Familia postmoderna popular, masculinidades y economía del cuidado. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 2, 51-78.
- Puyana, Y. (2003). Cambios y permanencias en la paternidad y la maternidad. In Almudena Editores (Ed.), *Padres y madres en cinco ciudades colombianas* (pp. 45-79). Bogotá.
- Rodríguez, A. (2001). La familia post-moderna: distancia y compromiso. *Redes: Revista de Psicoterapia Relacional E Intervenciones Sociales*, (8 Dicie), 103-116.
- Rodriguez, P. (2004). La familia en Colombia. In *La familia en iberoamérica 1550-1980* (pp. 246-286). Bogotá: Universidad Externadol de Colombia.
- This, B. (1982). *El padre: Acto de nacimiento*. Barcelona: (Paidós, Ed.).
- Vargas Melgarejo, L. M. (1994). Sobre el concepto de percepción. *Alteridades*, 4(8), 47-53.
- Vega, I. (2005). Paternidad y divorcio: una aproximación desde las vivencias de 5 padres costarricenses. *Psicología Social y Problemas Sociales*, 5, 549-557.
- Vega, I., & Smith-Castro, V. (2009). Correlatos y predictores del cumplimiento de pago de la pensión alimentaria en padres divorciados o separados. *Revista Interamericana de Psicología*, 43(2), 395-404.
- Viveros Vigoya, M., Fuller, N., & Olavaría, J. (2001). Masculinidades: Diversidades regionales y cambios generacionales en Colombia. In U. N. de Colombia & CES (Eds.), *Hombres e identidades de género: investigaciones desde América Latina* (p. 152). Bogotá.

- Wallerstein, J. (2001). *El inesperado legado del divorcio*. Buenos Aires: Atlantida, Ed.
- Wallerstein, J., & Blakeslee, S. (1989). *Second Chances*. Nueva York: (H. Mifflin, Ed.) (Reprint (1)).
- Zicavo Martinez, N. (2008). La alienación parental y el proceso de la padrectomía. *Revista Cubana de Psicología, Numero esp*, pp. 57-62.

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o

no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

Criterios generales:

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).

- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, pág. 3).

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, pág. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, pág. 3).

Los textos legales (ley, decreto, resolución, etc.) y religiosos (Biblia, Corán, etc.) citados en la obra, así como las referencias a comunicaciones personales o entrevistas, se citan en el texto pero no se incluyen en la lista final de referencias bibliográficas.

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

Libro:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo De Revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Sentencias nacionales:

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

Sentencias internacionales:

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Derechos de reproducción:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Revista Estudios de Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia
<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>
<https://twitter.com/RevistaEDerecho>
<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>
Edificio de Extensión, Oficina 401
Teléfono: (57-4) 2195855
Medellín-Colombia



International subscription

Name _____

Identification _____

Country _____

City _____

Address _____

Telephone number _____

Postal code _____

Email _____

Intermediary bank

Citibank New York.

111 Wall street New York,
N.Y. 10103

ABA: 021000089

Swift: Citius 33

Paying bank

Bancolombia Colombia

Bank Count Citibank of New York:
36006658

Swift: Colocobm

CHIPS UID: CH005211

Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Cl. 70 #52-72. Edificio de Extensión, Oficina 401

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Suscripción nacional

Nombre _____
Documento _____
Departamento _____
Dirección _____
Teléfono _____
Ciudad _____
Correo electrónico _____

Fecha de la suscripción _____

Firma del suscriptor _____

Consignación N.º _____

Efectivo _____

Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA **1053-722-9522**

A nombre de la Universidad de Antioquia

* Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón
al correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Cl. 70 #52-72. Edificio de Extensión, Oficina 401

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho



Imprenta
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co
Impreso en mayo de 2018