

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Amaya Querejazu Escobari

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

Año LXXVI- segunda época.
julio - diciembre 2019
No. 168

Directora

Amaya Querejazu Escobari

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.
Mónica 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 Vásquez Santamaría	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 Parcero	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

Robinson Sánchez Tamayo, adscrito a la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Correo electrónico: r.sanchez48@uniandes.edu.co

Andrés Felipe Díaz Arana, profesor titular en la Universidad de La Sabana, Colombia. Correo electrónico: af.diaz226@uniandes.edu.co

Antoine Perret, investigador en American University, Washington, D.C., Estados Unidos. Correo electrónico: antoine.perret@gmail.com

Antonio Blanc Altemir, profesor en la Universitat de Lleida, España. Correo electrónico: blanc@dpub.udl.cat

Cándido González Pérez, adscrito a la Universidad de Guadalajara, México. Correo electrónico: candido195913@yahoo.com.mx

Carlos Teijo García, profesor en la Universidad de Santiago de Compostela, España. Correo electrónico: carlos.teijo@usc.es

Donovan Adrián Hernández Castellanos, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: donovan.ahc@gmail.com

Roman Zhukov, adscrito a State Academic University for Humanities, Moscow, Russian Federation. Correo electrónico: jun.zhu@university-of-law.in.net

Dr. Brent Edwards Jr., adscrito a la Universidad de Hawái en Mānoa, Estados Unidos. Correo electrónico: donalde@hawaii.edu

Ricardo Vargas Mesa, adscrito a la Universidad Nacional de Bogotá, Colombia. Correo electrónico: rivarme@gmail.com

Aída Kemelmajer de Carlucci, profesora en la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: aidakemelmajer@carlucci.com.ar

Eduardo Demetrio Crespo, profesor en la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Correo electrónico: Eduardo.Demetrio@uclm.es

Francisco Gulino, adscrito a la Universidad Nacional del Mar del Plata, Argentina. Correo electrónico: fj_gulino@yahoo.com.ar

Gregorio Jorge Larroca, adscrito a la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: glarrocc@htomail.com

Israel Covarrubias, adscrito a la Universidad Autónoma de Queretaro, México. Correo electrónico: icovarrubias76@hotmail.com

Luis Antonio Muñoz Hernández, adscrito a la Universidad Libre, Colombia. Correo electrónico: luismunoz24@msn.com

Iván Alexander Mahecha Bustos, adscrito a la Universidad del Rosario, Colombia. Correo electrónico: imahecha@gmail.com

Jaime Arancibia Mattar, adscrito a la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl

Jesús Rivero Casas, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: jesus.rivero.ca@gmail.com

Catalina García Vizcaíno, adscrito a la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: cgvizcaino@fibertel.com.ar

Joan Rué i Domingo, adscrito a la Universitat Autònoma de Barcelona, España. Correo electrónico: joan.rue@uab.cat

María Antonia Muñoz, adscrita a la Universidad Nacional del Mar del Plata, Argentina. Correo electrónico: mariaantoniamunoz@gmail.com

Luz Elena Machaen López, adscrita a la Universidad de Guadalajara, México. Correo electrónico: luz.machaen@gmail.com

Carlos Ernesto Noguera Ramírez, adscrito a la Universidad Pedagógica

Nacional, Colombia. Correo electrónico: cnoquera@pedagogica.edu.co
Leticia Heras Góme, adscrita a la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Correo electrónico: herasleticia@yahoo.com.mx
José Eduardo Rodríguez Martínez, profesor en la Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Correo electrónico: jrodriguez2@hotmail.com
Martín Loo Gutiérrez, adscrito a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: martin.loo@pucv.cl
Jorge Iván Rincón Córdoba, Director de Posgrados de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia. Correo electrónico: jorge.rincon@uexternado.edu.co
María Cecilia Zapata, investigadora asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica –CONICET-, Argentina y del Instituto de Investigación Gino Germani, Argentina. Correo electrónico: ceciliazapata@gmail.com
Maxim Molchanov, adscrito a Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine. Correo electrónico: max.moore@ubogazici.in
Mónica Rocío Mazariegos Rodas, adscrita a la Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Correo electrónico: monicamazariegos@yahoo.com
Rafael Grasa Hernandez, adscrito a la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Correo electrónico: Rafael.Grasa@uab.cat
Rosa María Mirón Lince, adscrita a la Universidad Nacional Autónoma de México, México. Correo electrónico: rmiron2@yahoo.com
William Godnick, profesor en William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies, Estados Unidos. Correo electrónico: william.h.godnick.civ@ndu.edu
Vizney Leonardo Bustamante Sierra, adscrito a la Universidad Católica de Manizales, Colombia. Correo electrónico: vilebu36@yahoo.es
Víctor Manuel Gómez Campo, adscrito a la Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Correo electrónico: vmgomez@unal.edu.co
Jaime Andres Ararat Herrera, adscrito a la Universidad de Córdoba, Colombia. Correo electrónico: jararat1@eafit.edu.co

Asistente editorial:	Santiago Carmona Cardona
Auxiliar:	Paula Andrea Chaverra Madrid
Edición y Revisión de textos	Marcela Gómez Toro
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Jorge Alberto Cossio Acevedo
Diseño y diagramación Universidad de Antioquia	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta
Impresión www.trazosvisuales.com +573128072015	Trazos Visuales

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

- Dialnet
- Zenodo
- Web Of Science
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- 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.edu



El contenido de esta revista está amparado bajo licencia de Creative Commons:
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

ISSN-L: 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Portadas y separatas:

Realizadas en 2019 con estudiantes de básica primaria de la Institución Educativa Ramón Múnera Lopera, Medellín.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: calle 70 No. 52-72, oficina 404, edificio de Extensión

Teléfono: (574) 219 58 55

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Índice

Reformar la regulación de la seguridad privada en Colombia. Obstáculos y retos

Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez 11-42

Flexibilizar la gestión administrativa del Estado colombiano en tiempos de globalización

José Ignacio González Buitrago 43-71

A propósito de la “fundamentalidad” del derecho a la vivienda.

La experiencia Argentina

José Sebastián Kurlat Aimar 73-93

Dogmática penal y neurociencias

Tomás Hernando Hernández Jiménez 95-121

La transferencia de los derechos de pesca en la Unión Europea, España y Chile

Maximiliano Astorga Beltrán 123-141

E.L.I.S.A, sexo, drogas, rock and roll.

Construcciones *farmacopornográficas* del cuerpo abyecto en la ciudad de Medellín (1984 - 1989)

Daniela Gómez Giraldo 143-165

Politización y profanación de los dispositivos jurídicos neoliberales.

El caso del derecho a la consulta previa en Colombia

Julián Trujillo Guerrero 167-195

Actualidad de la regionalización chilena

Benoît Delooz 197-220

Sección temática:

“Naturalizar” la ideología neoliberal: educar en el *habitus* capitalista

Enrique Javier Díez Gutiérrez 221-239

Revisión normativa sobre el papel del municipio en la educación superior de Medellín

Gustavo Adolfo García Arango 241-272

Análisis de la Inserción Laboral y la Empleabilidad de los Egresados. ¿Condición de Calidad o imposición que distorsiona los sistemas de medición de calidad de la Educación Superior?

Elvigia Cardona Zuleta, Andrea Montoya Giraldo 273-296

Formación política y emprendimiento en la Universidad de Antioquia: *una problematización política de la razón neoliberal*

Jenny Alejandra Henao Carmona 297-325

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho.. 326

¿Qué es para ti la educación?



Para mi que es ser educado es hacerle silencio a la profesora en clase

Autor: Isabela Correa Moreno

Reformar la regulación de la seguridad privada en Colombia.

Obstáculos y retos*

Ingrid Estibaliz Sánchez Díez**

Resumen

Este trabajo, a través de un análisis jurídico de carácter doctrinal y hermenéutico, pretende aportar una propuesta que sirva de sustento a las labores de confección de un nuevo marco normativo para el sector de la seguridad privada en Colombia.

Las recomendaciones se formulan tomando en consideración, además de las fortalezas y deficiencias de la regulación vigente, las razones por las que, a pesar del consenso en el reconocimiento de esa necesidad, en Colombia no se ha aprobado una nueva ley de seguridad privada hasta el momento y las cuestiones respecto a las cuales el legislador debe reflexionar y adoptar una decisión previa al inicio de los trabajos para lograr la confección de una regulación sistematizada y coherente.

Palabras Clave: inversión extranjera; modificación legislativa; naturaleza; prevención; seguridad privada.

The reform of private security law in Colombia.

Obstacles and challenges

Abstract

The main aim of the research carried out in this paper is to provide a proposal in order to scaffold the reforms that must be done in order to give a new legal frame for the private security realm in Colombia.

The suggestions given take into account the positive and negative features of current law. A careful assessment about the reasons that have impeded the seal of approval to a new private security law despite the consensus in its necessity is also there. Moreover, the paper considers the main aspects that must be pondered by the legislator in order to create a coherent and systematized regulation.

Keywords: foreign investment; legal reform; prevention; private security.

Reformar a regulamentação da segurança privada na Colômbia.

Obstáculos e desafios

Resumo

Este artigo visa fornecer, por meio de uma análise jurídica de caráter doutrinal e hermenêutica, uma proposta útil para apoiar o trabalho de confecção de um novo quadro normativo para o setor da segurança privada na Colômbia. As recomendações são formuladas levando em consideração, além das fortalezas e deficiências da regulamentação vigente, as razões pelas quais na Colômbia, apesar do consenso no reconhecimento dessa necessidade, ainda não foi aprovada uma nova lei de segurança privada até agora e as questões sobre as quais o legislador deve refletir e adotar uma decisão prévia ao início dos trabalhos para conseguir a confecção de uma regulamentação sistematizada e coerente.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro; modificação legislativa; natureza; prevenção; segurança privada.

* Artículo de reflexión. Este artículo forma parte del estudio desarrollado durante la estancia de investigación postdoctoral en la Universidad de Antioquia. Un análisis normativo del sector de la seguridad privada en Colombia del que hemos obtenido las reflexiones con las que se ha confeccionado el presente trabajo.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, Miembro titular de FLACSO-España, España. De febrero a noviembre de 2018 realizó una estancia de investigación en la Universidad de Antioquia, tutorizada por el profesor Pablo Emilio Angarita Cañas, quien ha propiciado la adscripción al Grupo interdisciplinario de investigación sobre Conflictos, Violencias y Seguridad Humana, INER, de la Universidad de Antioquia (clasificado en Colciencias categoría A1). Correo electrónico: sigrid@usal.es. ORCID: 0000-0003-3114-6179

Cómo citar este artículo: Sánchez Díez, I. E. (2019). Reformar la regulación de la seguridad privada en Colombia.



Obstáculos y retos. *Estudios de Derecho*, 76 (168), pp-pp. 11-42
DOI: 10.17533/udea.esde.v76n168a01

Fecha de recepción: 13/11/2018 Fecha de aprobación: 04/02/2019

Reformar la regulación de la seguridad privada en Colombia.

Obstáculos y retos¹

Introducción

Durante la segunda década del presente siglo, hemos sido testigos de cómo distintos organismos internacionales han prestado atención al ámbito privado de la seguridad desde diferentes perspectivas. Se han interesado por analizar el fenómeno de la expansión del mercado de la seguridad privada y se han propuesto identificar las consecuencias que pueden derivarse de ello.

Las ópticas con las que enfocan los servicios privados de seguridad van desde la explícita preocupación que expresaba el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2013, p.150) acerca de la posibilidad de que determinados servicios de seguridad privada muten hacia la configuración de auténticos ejércitos privados, hasta el velado temor evidenciado por instituciones como el Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF) y el Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNLIREC) cuando, estimando que muchos Estados no disponen de un marco legal capaz de hacer frente a las conductas inadecuadas de las empresas del sector, ofrecen guías legislativas para orientarles sobre la regulación de la seguridad privada (DCAF, 2016) o encargan el análisis de repuestas jurídicas con el objeto de contribuir a las labores del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para una posible Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada (UNLIREC, 2011).

En Colombia, se reaviva el debate acerca de la regulación del sector a raíz de dos circunstancias que coinciden en el año 2016:

1 Este artículo de reflexión forma parte del estudio desarrollado durante la estancia de investigación postdoctoral en la Universidad de Antioquia. Un análisis normativo del sector de la seguridad privada en Colombia del que hemos obtenido las reflexiones con las que se ha confeccionado el presente trabajo.

El archivo de la propuesta de reforma del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, con mayores posibilidades de ser aprobada entre todas aquellas que habían sido tramitadas hasta ese momento por el Congreso de la República.²

La inclusión de varias referencias a la necesidad de reformar la regulación del sector de la vigilancia y la seguridad privada en el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.³

El interés internacional e interno para lograr un marco normativo que garantice una dimensión privada de la seguridad defensora de los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos y en todo el territorio, contrarrestando la desconfianza de quienes estiman que se trata de una actividad potencialmente dañina, nos empuja a afrontar el análisis de la regulación vigente en Colombia con la finalidad de identificar los motivos vinculados a la propia arquitectura normativa que harían aconsejable su reforma.

De este modo, en el contexto de la estancia de investigación postdoctoral en la Universidad de Antioquia, afrontamos el estudio de la regulación que rige el sector de la seguridad privada en Colombia indagando acerca del modo en el que se elaboran estas normas y quiénes son sus autores, los elementos que definen el ámbito de la seguridad privada en Colombia y el papel que se atribuye al órgano de control público de la actividad (la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada).

Las conclusiones obtenidas del análisis hermenéutico de normas y jurisprudencia nos llevan a estimar que hay argumentos que justifican la asunción de la labor de confección de un nuevo diseño normativo para la seguridad privada en Colombia.

Siendo el principal (por estructural), que el marco jurídico actual lo constituye una amalgama de disposiciones normativas que se enmiendan y se corrigen sin respeto a la jerarquía normativa, configurando un complejo compendio en el que en las mismas disposiciones se mezclan artículos que establecen criterios y conceptos generales con otros que recogen la regulación detallada de elementos accesorios, estimamos que el mecanismo que mayores disfunciones introduce

2 Estamos haciendo referencia al Proyecto de Ley 195/2016 C, por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones. Texto que logró un importante consenso en el Senado y vio abortada su gestación cuando quedaban escasos trámites para su aprobación.

3 Apartado 3.4 del punto 3 denominado “Fin del conflicto”. El texto del Acuerdo se refiere al sector de la vigilancia y la seguridad privada en el apartado dedicado a las garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres.

en el sistema -y, por lo tanto, en el funcionamiento del sector- es que aspectos esenciales de la regulación estén contenidos en disposiciones que no son leyes ni reglamentos, sino resoluciones de un órgano perteneciente a la rama ejecutiva del poder público (la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada) que carece de capacidad normativa.

El mero hecho de que disposiciones esenciales para la configuración del sistema sancionador no se incluyan -o apenas aparezcan esbozadas- en la norma de mayor rango (el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada) y que se incorporen a la regulación a través de la vigente Resolución 2946 de 2010 (disposición elaborada y emitida por la Superintendencia) ya justificaría por sí solo la confección de una nueva ley, puesto que -como nos recuerda Santofimio Gamboa (2017) citando a la Corte Constitucional- las conductas sancionables “no solo deben estar descritas en una norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”⁴ (p.474).

Como consecuencia de los resultados obtenidos del citado análisis jurídico, estimamos que el sector de la seguridad privada en Colombia está regulado por un corpus legal con falencias y carencias que dificultan la garantía de la seguridad jurídica.

El país no se ha dotado de una norma emanada del poder legislativo que defina el marco jurídico de la actividad y establezca los conceptos básicos. Lo que, unido a la necesidad de actualización de una norma emitida en un contexto socio político que ha evolucionado profundamente -tanto o más que la innovación tecnológica que está transformando estos servicios-, así como a la imprescindible adecuación a la compleja realidad presente del país, justifica la pertinencia de acometer los trabajos de elaboración de una nueva regulación para el sector.

Y es en el contexto de la colaboración con la tarea del legislador donde queremos situar la aportación de este trabajo; preguntándonos acerca de las razones por las que en Colombia no se ha aprobado una nueva ley de seguridad privada pretendiendo encontrar las respuestas que orienten al regulador en la adopción de las estrategias precisas para la superación de los obstáculos identificados. Nuestro objetivo incluye, asimismo, establecer cuáles son los retos que el análisis normativo nos ha llevado a considerar que el legislador debe afrontar de forma prioritaria para la elaboración de una arquitectura jurídica caracterizada por la coherencia interna y con capacidad para contribuir al adecuado funcionamiento del sector.

De este modo, proponemos una ruta cuyo arranque será la identificación y análisis de los motivos que han impedido la promulgación de una ley de seguri-

4 Reflexión inserta en el capítulo dedicado al procedimiento administrativo sancionador en el que analiza la Sentencia de la Corte Constitucional C 125 de 2003.

dad privada para, alertando al legislador de que habrá primero de superar unos obstáculos mantenidos durante más de dos décadas, ofrecerle una guía cimentada en las tres materias esenciales acerca de las cuales debería adoptar una decisión (determinación de la naturaleza, enfoque preventivo o disuasorio y lucha contra la informalidad). Definición de postura que será determinante para la configuración de aspectos tan relevantes como el modelo normativo, la relación con la seguridad pública, las actividades y servicios considerados propios del sector, la formación que deben recibir sus operadores y para la consecución de un sector reputado y profesional.

El trabajo realizado en estas investigaciones tiene un carácter esencialmente doctrinal y hermenéutico. El conocimiento obtenido y las conclusiones a las que se ha llegado son consecuencia de la labor de estudio, análisis e interpretación de las normas y la jurisprudencia que regulan las materias objeto de atención del trabajo, así como la aproximación, consideración e incorporación de las reflexiones realizadas por otros juristas.

Sin embargo, para la elaboración del estudio contenido en este artículo hemos considerado necesario introducir la visión de profesionales del sector que no es posible localizar en soportes documentales con el preceptivo rigor académico.

Así, sin ánimo de ser exhaustivos -y conscientes de la imposibilidad de que un trabajo de las características del que presentamos tenga la capacidad de transmitir el pensamiento mayoritario de todos los que están implicados en la configuración, gestión y provisión de la seguridad privada en Colombia-, hemos recabado las opiniones -que estimamos representativas- de funcionarios técnicos que han desempeñado el cargo de Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada en distintos momentos, de los miembros del asociacionismo gremial, del ámbito empresarial y de la formación del sector, de docentes e investigadores universitarios y de participantes en el proceso legislativo.

Creemos necesario en este punto advertir que, aunque para el análisis normativo del sector (aquel del que se derivan las conclusiones justificantes de la necesidad de reformar la regulación de la seguridad privada en Colombia) se ha recurrido a la técnica del estudio comparado. En este artículo consideramos preciso eludir en lo posible las referencias a la legislación española (escogida por las conexiones jurídicas de carácter histórico existente entre ambos países y la evolución paralela que las actividades, objeto de estudio, han seguido en ellos)⁵.

5 La selección de la normativa española como referente legislativo internacional se realizó, además de por las razones expuestas y por la calidad legislativa que se le reconoce (Torrente Robles, 2016), por las conclusiones extraídas de la aproximación a las regulaciones que podemos encontrar en otros países de América Latina y el Caribe. Especialmente en lo que se refiere a Centro América y a los países fronterizos del subcontinente Colombia es un referente en esta materia. Como bien advierte el informe efectuado por UNLIREC (2011) son pocos los países que en la fecha del análisis habían implantado mecanismos y medidas regulatorias integrales y adecuadas, siendo Colombia de los

La configuración sociopolítica y jurídica de Colombia en la actualidad determina una realidad securitaria tan específica que obliga a una reflexión de origen que debe realizarse exclusivamente en clave nacional.

Analizar cuáles son los obstáculos que ha interpuesto la evolución histórica y la interacción de los actores nacionales sin la interferencia de estimar factores que pueden haber sido protagonistas en otros países del entorno geográfico o cultural, y animar al legislador a que busque respuestas propias y acordes a las características y necesidades actuales del país, es la que estimamos puede ser la orientación adecuada de este trabajo.

1. Los obstáculos

En los más de 20 años que han transcurrido desde que fue aprobado el Decreto Ley 356 de 1994, el vigente Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, se han presentado distintos proyectos de ley con el objeto de dotar al sector de una regulación elaborada en el seno del poder legislativo con capacidad para superar las lagunas y deficiencias identificadas en el marco normativo vigente, incluyendo para ello las aportaciones de los profesionales. Ninguno de ellos ha sido aprobado.

Esta imposibilidad genera la curiosidad del observador, que se pregunta acerca de qué es lo que la motiva.

Al averiguarlo vamos a interrogarnos acerca de cuáles son las razones por las que Colombia no ha dotado al sector de la seguridad privada de una regulación que contribuya a su adecuación a la vigente situación del país, a su actualización operativa y técnica y a su modernización profesional.

1. 1. Hipótesis que surgen de una aproximación inicial.

- **La vinculación de la seguridad con la rama ejecutiva del Estado.**

Podríamos caer en la tentación de simplificar y achacar las causas a una concepción de la seguridad que la vincularía esencialmente a la rama ejecutiva. Una visión que consigue asentarse hasta el punto de convencer al legislativo de la necesidad de delegar su misión de dibujar el marco normativo de todo lo que atañe a la seguridad en manos del ejecutivo.

escasos que obtiene una valoración positiva con respecto a la evaluación de la adecuación de los contenidos de su normativa a los principios que propugna la entidad en la mayoría de los aspectos analizados.

No faltan los indicios de que esto podría ser así. Al acudir a las leyes habilitantes⁶, tanto a la promulgada en 1989 como a la dictada en 1993, observamos que no solo se faculta al Presidente de la República, correspondiente para expedir el estatuto de vigilancia privada y el estatuto de vigilancia y seguridad privada respectivamente, sino que en ellas también se le capacita para reformar los estatutos y el régimen de prestaciones del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (en la Ley 66 de 1989) y para regular sobre armas, municiones y explosivos (en el caso de la ley 61 de 1993). En ambas normas, la regulación de la vigilancia y la seguridad privada está incluida en un conjunto, cuyos elementos tienen en común que afectan a la competencia estatal de procurar seguridad.

Podríamos sugerir que tales delegaciones evidencian al menos la tendencia a considerar la seguridad (y su regulación) un asunto propio de la rama ejecutiva del poder público.

Defender esta hipótesis exige enfrentar un estudio relativo a la evolución de la concepción de la seguridad en Colombia con el fin de determinar si se asume una idea de seguridad con un carácter netamente atractivo que pretenda la incorporación de los distintos ámbitos de la seguridad a la órbita de la seguridad pública y de las competencias del ejecutivo⁷. Y, a su vez, un acercamiento al modo en el que en este país se articula la relación entre la rama ejecutiva y la legislativa del poder público para -guiados por las reflexiones de Urrego Ortiz y Quinche Ramírez (2008, p.64)- tratar de dilucidar si la atribución a la rama ejecutiva de la capacidad de dictar normas con rango de ley de manera repetida sobre una misma materia la cual supone concederle el poder de decisión total respecto a su configuración.

No siendo estos los objetos del actual trabajo, sí encontramos argumentos que, sin entrar a profundizar en la cuestión, nos llevan a cuestionar la validez del supuesto de partida.

Si bien es cierto que en 1993 el Congreso delega en el Presidente de la República la facultad de dictar el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada⁸, así como otra serie de cuestiones que conectan con el núcleo esencial de la seguridad⁹, el

6 Aquellas por las que -en virtud de lo dispuesto en el artículo 150.10 de la Constitución Política, y en palabras de Urrego Ortiz y Quinche Ramírez (2008, p. 57)- "el Congreso, titular de la facultad legislativa, se despoje de ella para habilitar al Presidente de la República" a expedir normas con fuerza de ley cuando, como nos recuerda Libardo Rodríguez (2017, p. 52), "la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje".

7 En una línea de investigación semejante a la desarrollada por la autora en su trabajo dedicado a la evolución de la concepción de la seguridad en España ("Sánchez Díez", 2016, p. 286).

8 A través de la Ley 61, de 12 de agosto de 1993, por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada.

9 Tales como la creación del órgano que controla el ámbito de la seguridad privada, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Ley 62, de 12 de agosto de 1993, por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea

contexto político y sociológico podía justificar la cesión de la función legislativa por las razones de necesidad y urgencia que exige esta fórmula. Es decir, el Congreso no renuncia a su facultad en relación con la seguridad por considerarse discapacitado para tratar esta materia, sino porque la situación de violencia y proliferación de grupos armados de carácter ilegal, que afectaban a la consecución y mantenimiento del monopolio de la fuerza por parte del Estado, hacía necesaria la emisión urgente de una norma con capacidad de ordenar y regular el sector de la seguridad privada¹⁰.

En el contexto descrito, esta regulación debía tener por objeto aprovechar las capacidades de los operadores privados cuya actuación se sujeta a la Constitución y a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y, a su vez, proscribir los servicios irregulares constituidos con finalidades consideradas ilegítimas por la arquitectura normativa colombiana.

La premura con la que la norma era solicitada resultaba incompatible con los plazos que se manejan en el Congreso, y más en un tiempo en el que los senadores y congresistas estaban entregados a la ardua tarea de desarrollar lo establecido en la Constitución Política aprobada en 1991¹¹.

El Congreso delegó en el ejecutivo la emisión de la regulación de la seguridad privada (y de otras materias securitarias) por razones de necesidad (la preceptiva erradicación de los grupos armados de autodefensa y ataque constituidos al margen o en los límites de la ley) y de urgencia (en un momento en el que se requería una respuesta rápida que el legislativo no estaba en disposición de ofrecer).

Con posterioridad han sido varias las oportunidades en las que, impulsados por distintos senadores, se han presentado proyectos de ley destinados a modificar y actualizar el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada. Lo que demuestra la voluntad del Congreso de la República de desempeñar su función legislativa, también en lo que concierne al ámbito de la seguridad asumido por operadores privados.

un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

10 A la situación de violencia que describe González González (2014, p. 379 y 396) en la Colombia de la década de los años ochenta y principios de los años noventa hay que añadir que a la sombra de las actividades legítimas de seguridad privada comenzaron a surgir prácticas que vincularon a determinados servicios con el paramilitarismo y se usaron algunas empresas como fachada para la creación de lo que más tarde se denominaron las autodefensas (algunas de las cuales surgieron con la finalidad de constituirse como organizaciones vecinales de autoprotección que fueron pervertidas y manipuladas por los intereses del narcotráfico). En las entrevistas realizadas a los profesionales se refirieron a estas circunstancias Iván Mauricio Gaitán Gómez (comunicación personal, 9 de mayo, 2017), Andrés Macías Tolosa (comunicación personal, 11 de mayo, 2017), Sandra Carvajal Villamizar (comunicación personal, 5 de junio, 2017), Agustín Jiménez Cuello (comunicación personal, 6 de junio, 2017), el Mayor (r) Germán Duarte Vargas (comunicación personal, 21 de junio, 2017), el Coronel (r) Luis Enrique La Rotta Bautista (comunicación personal, 21 de julio, 2017).

11 Como señala Sarabia Better (2003, p. 108), el poder legislativo se fijó como prioridad la aprobación de una reforma política que diera desarrollo a las recientes normas constitucionales.

- **La polarización política y la dificultad de llegar a acuerdos en el legislativo.**

Ninguno de los textos presentados¹² ha logrado ser aprobado y entrar en vigor. El último de los intentos realizados hasta la fecha, el Proyecto de Ley 195/2016C, vio abortada su gestación cuando quedaban escasos pasos para la culminación de su tramitación.

El texto tuvo un largo recorrido que se inició en 2014 de la mano del Senador Óscar Mauricio Lizcano Arango (representante del Partido de la U) y concluyó con su archivo el 7 de junio de 2016. Para esa fecha el documento había sido intensamente modificado y era el resultado de un amplio consenso en la consecución del cuál habían sido protagonistas representantes de partidos tan alejados ideológicamente como el Partido Conservador Colombiano, el Partido de la U, el Polo Democrático y el Partido Liberal.¹³

La segunda de las hipótesis a las que había recurrido el observador externo, la fuerte polarización política que haría imposible llegar a un acuerdo acerca de las líneas maestras que habrían de definir el marco de la seguridad privada, no encuentra sustento ante la evidencia de que, al menos en este último caso, los miembros del poder legislativo sí consiguieron elaborar un texto que contaba con el apoyo de la mayoría del Senado.

- **La consideración de la seguridad privada como factor generador de riesgo.**

A las dos consideraciones anteriores podemos añadir la preocupación que todavía se trasluce en la sociedad colombiana por fenómenos protagonizados por individuos o empresas que han desvirtuado la actividad, incrementando la ya existente desconfianza de ciertos sectores hacia la seguridad privada.

Son notorias las advertencias acerca de la seguridad privada que encontramos en documentos internacionales (PNUD, 2013, p.150), así como en trabajos de investigación (Angarita, 2010, p.337). En éstos se evidencia el temor de que determinados servicios de seguridad privada muten hasta la configuración de auténticos ejércitos privados. Servicios tales como los denominados especiales y comunitarios que, contenidos en los capítulos V y VI del Título II del Estatuto de

12 Ni el tramitado en 2008 con el título de Proyecto de Ley 188/Senado, ni el presentado por los senadores Juan Lozano Ramírez y Carlos Emiro Barriga en 2013, ni el denominado Proyecto de Ley 195/2016C, por citar algunos de los últimos y más representativos ejemplos.

13 Suscribieron el acuerdo los senadores Nidia Marcela Osorio Salgado del Partido Conservador Colombiano, Oscar Mauricio Lizcano Arango, del Partido de la U, Iván Cepeda Castro del Polo Democrático, Juan Manuel Galán Pachón y Luis Fernando Velasco Chaves, ambos del Partido Liberal. (Prensa S. Mauricio Lizcano, 2015, recuperado de <http://www.senado.gov.co/historia/item/22397-aprobados-en-primer-debate-proyectos-que-regulan-seguridad-privada-y-prohiben-cigarrillos-electronicos-a-menores>)

Vigilancia y Seguridad Privada, son desarrollados por el Decreto 2974 de 16 de diciembre de 1997. Modalidades de la actividad que alertaron a quienes, desde muy temprano, advirtieron acerca de la posibilidad de que la regulación de éstas facultara a los ciudadanos a organizarse en grupos armados. Algo que, según el representante de la Comisión Colombiana de Juristas, solo conseguiría involucrar a más civiles en el conflicto armado e incidiría en la proliferación de grupos paramilitares¹⁴.

Lo llamativo es que, respecto a la preocupación y el temor, lo que cabría esperar no sería precisamente la inactividad legislativa, sino un esfuerzo conducente a consensuar una nueva norma que, superando las falencias y desactualizaciones advertidas en la vigente, definiera adecuadamente el marco normativo de la actividad reduciendo los ámbitos de indefinición y los márgenes de desarrollo de actividades no deseadas.

Tal era uno de los propósitos principales de los senadores que lideraron el acuerdo de 2015; confeccionar un Estatuto que fijara los límites que no se deben traspasar para evitar el uso abusivo de las funciones atribuidas (Jiménez, 2017).

Siendo que entrega, en espacios físicos determinados, el control de armas a personas que no pertenecen a la función pública y que otorga la capacidad de ejercer actividades preventivas y disuasorias de carácter securitario a quienes no cuentan con la consideración de autoridad, los miembros del legislativo que participaron en la elaboración y tramitación del Proyecto de Ley 195/2016C entendieron la necesidad de regular el sector de la seguridad privada con base en el respeto y garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, a pesar del acuerdo entre los sectores mayoritarios que controlan el legislativo, el proyecto no llegó a ser aprobado como Ley.

Para determinar por qué el Proyecto de Ley 195/2016C fue finalmente archivado y las razones por las que Colombia no cuenta con una nueva ley de seguridad privada, vamos a acudir a una fuente especialmente calificada; los profesionales y estudiosos del sector.

1.2 Razones que se aducen desde el ámbito profesional

Julio Cesar Vásquez (2017), quien desempeñó el cargo de Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada en el período de 1998-2002, nos ofrece una lista de 5 motivos, casi todos los cuales han sido alegados por alguno de los demás consultados.

14 Es en estos términos en los que se expresa el aludido al intervenir en el proceso que resuelve sobre la demanda de inconstitucionalidad acerca de la que se pronuncia la sentencia C 572 de 1997.

1. La primera razón a la que alude es a la inestabilidad de los funcionarios que asumen la responsabilidad de Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada. Lo que, a su entender, se traduce en una falta notable de iniciativa técnica en la génesis y el impulso de la propuesta de una nueva regulación.

Aunque la iniciativa legislativa no precisa de la implicación de la entidad de control para el desarrollo de una propuesta, entendemos que la tarea de elaboración y generación de consensos puede verse dificultada por la interinidad del máximo responsable técnico en la materia.¹⁵

El ejemplo más claro de que este factor puede influir en la agilidad y eficiencia de los trámites legislativos lo tenemos en lo ocurrido durante el año 2017; Carlos Mayorga dejó el cargo en febrero de 2017 habiendo presentado un borrador de proyecto de Decreto Ley para la modificación del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada vía Fast Track¹⁶. Cerrada la vía de tramitación de esta materia a través de este procedimiento, en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional 160 de 2017¹⁷, el nuevo Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada -Fernando Martínez Bravo- enfrenta, tras su toma de posesión en abril de 2017, el encargo del ejecutivo de proponer un nuevo texto para el impulso de la modificación a través de una ley ordinaria.

Obviamente, que hubiera sido la misma persona -con una visión y proyecto asentado durante su ejercicio previo- la que estuviera al frente de la entidad hubiera contribuido a que el encargo fuera cumplido con mayor celeridad y eficacia.

2. La segunda de las causas la sitúa en las dos ramas del poder del Estado a las que hemos venido aludiendo: considera que, por una parte, los distintos gobiernos no han tenido un auténtico interés por propiciar y facilitar la actualización legislativa en este campo y que, por otra, en ocasiones los proyectos han sido presentados por senadores cuya intención principal era la de acercarse electoralmente al sector, personalizando sus propuestas hasta el punto de hacer difícil la adhesión de otros congresistas.

15 Repasando la lista de personas que han desempeñado el cargo en los últimos 20 años (desde 1998 hasta 2017), advertimos que únicamente el señor Vásquez ejerció su responsabilidad por un período cercano a los cinco, siendo lo más común que los Superintendentes lo hayan sido por plazos no superiores a los dos años. Así, el Sr. Felipe Muñoz Gómez ejerció la responsabilidad desde 2006 a enero de 2009, el Sr. Felipe Murgueitio Sicard desde diciembre de 2009 a agosto de 2012, D. Fernando Lozano Moreno de marzo de 2013 a septiembre de 2014 y D. Carlos Alfonso Mayorga Prieto de mayo de 2015 a febrero de 2017.

16 Puesto que consideraba que la inclusión de algunas referencias relativas al sector de la seguridad privada en el punto 3.4 de los Acuerdos de la Habana permitía que la reforma del Estatuto fuera acogida por el trámite especial que establece el acto legislativo 01 de 2016.

17 Sentencia C 160/17, Bogotá D.C., 9 de marzo de 2017.

Destaca que las fechas de presentación de los proyectos impulsados por el Gobierno con frecuencia han sido cercanas a los períodos electorales¹⁸ o que su presentación ha coincidido con la tramitación de otros proyectos de ley muy importantes para el ejecutivo (en los que parecía tener un mayor interés).

3. En tercer lugar, alude a la dispersión gremial del sector y a la existencia de intereses enfrentados en el seno de este.

El Sr. Vásquez (2017), quién al dejar su responsabilidad al frente de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada fue durante casi 5 años vicepresidente para el Sector de Seguridad Privada en FENALCO (Federación Nacional de Comerciantes), estima que, actualmente, no hay unidad de acción en el sector para trabajar sobre una propuesta legislativa que incluya los grandes temas que preocupan a los profesionales.

Por su parte, representantes gremiales como el Sr. Medina (2017) y el Mayor Duarte (2017) citan también -aunque inciden menos en la cuestión- la vigencia de intereses difícilmente conciliables y la lucha por la prevalencia de cada ámbito del sector sobre los demás que lo integran. Ambos se refieren expresamente a lo determinante que resulta el tamaño y el ámbito de protección en el que se desempeñan las empresas para definir cuáles son sus retos y problemas principales.¹⁹

Incluso desde el ámbito académico, Julio Cesar González (2017), analizando las causas por las que se llegó al archivo del Proyecto 195/2016C, se lamenta de que, por parte del sector, fue más evidente la voluntad de defensa de intereses puntuales que la de aportar efectivamente al desarrollo y evolución de la seguridad privada.

4. En último lugar hemos puesto el asunto recurrente, la causa citada por todos los entrevistados, aquella que se ha esgrimido en prensa y por parte

18 Avalaría esta teoría la afirmación del Superintendente Martínez Bravo respecto al compromiso del Gobierno de Juan Manuel Santos de aprobar un nuevo Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, a través de una ley ordinaria, antes del final del período legislativo en curso (comunicación personal, 6 de julio, 2017). Toda vez que las elecciones legislativas se celebraron el 11 de marzo de 2018, el proyecto no contaba con más de 7 meses para su tramitación y aprobación. Plazo que se evidenció como insuficiente al constituirse el Congreso de la República el 20 de julio de 2018 sin que Colombia se hubiera dotado de una nueva Ley de seguridad privada.

19 Así, según ANDEVIP, las empresas pequeñas (aquellas que disponen de hasta 300 vigilantes) se dedican especialmente a desempeñar labores de vigilancia en el ámbito residencial, las medianas (hasta 2.000 hombres) se centran en el ámbito comercial, educativo y del sector servicios (como seguridad de acceso en aeropuertos) y las grandes se orientan a los ámbitos financiero, industrial y empresarial de carácter multinacional. De este modo, las empresas grandes son las que requieren un respaldo financiero de mayor volumen al estar sometidas a un régimen de pagos diferido y a la necesidad de realizar fuertes inversiones en equipamiento y soluciones técnicas innovadoras que son requeridas por las características de sus clientes, mientras las pequeñas y medianas, más asentadas en el recurso humano, aunque no requieran tanta financiación son más vulnerables a los avatares del mercado y su capacidad de obtener financiación es muy limitada (Medina Ovalle, comunicación personal, 20 de junio, 2017).

de los cauces oficiales, como razón última del archivo del Proyecto de Ley 195/2016C: la controversia respecto a la admisibilidad de la presencia de inversión extranjera en la seguridad privada colombiana.

Tras referirnos brevemente a las tres primeras, vamos a dedicar un apartado específico al análisis del problema de la inversión extranjera para tratar de comprender por qué es tan determinante para lograr, incluso, el archivo de un proyecto a las puertas de su aprobación.

- **La adecuación de admitir la presencia y la inversión extranjera en el sector de la seguridad privada en Colombia.**

Esta ha sido una de las principales razones que se recogen en los artículos publicados en la prensa de Colombia para justificar el archivo de un proyecto de ley que estaba próximo a finalizar su tramitación y ser aprobado²⁰.

El Gobierno, con el Ministro de Defensa y el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada como agentes directamente implicados en la materia, se opuso al proyecto por considerar que el texto, tal como se aprobó en el Senado, discriminaba la inversión extranjera y violaba los derechos adquiridos de los inversores ya asentados en Colombia²¹.

Lo paradójico es que se esgrime este argumento mientras la regulación vigente, el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada aprobado en 1994, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C123/11 establecen que los socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada deberán ser personas naturales de nacionalidad colombiana²² y se limita la participación de los socios o capital extranjero que se hubieran constituido en el sector antes de la entrada en vigor del Decreto 356, al indicarse en éste que no podrán aumentar su participación²³. Lo que, indirectamente, dificultaría notablemente la entrada y permanencia de la inversión extranjera en el sector.

20 (2016, 04 de junio). El controvertido proyecto para regular la vigilancia y seguridad privada. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/ley-de-vigilancia-seria-hundida-en-congreso/476324>.

(2016, 07 de junio). Cámara archiva proyecto de ley para regular vigilancia privada. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16613633>.

(2016, 07 de junio). Se hundió proyecto de ley que buscaba regular la seguridad privada en Colombia. *El País.com.co*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/colombia/se-hundio-proyecto-de-ley-que-buscaba-regular-la-seguridad-privada-en.html>.

21 Carlos Mayorga, quién desempeñaba el cargo de Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada en la fecha de archivo del proyecto, se expresa en este sentido, aunque afirma que no es éste el único tema que desaconsejaba la aprobación (comunicación personal, 3 de mayo, 2017).

22 Artículo 12 del Decreto Ley 356, de 11 de febrero de 1994, por el cuál se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

23 Parágrafo del artículo 12 del Decreto Ley 356, de 11 de febrero de 1994, por el cuál se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Sin embargo, tal y como señalan desde ANDEVIP (Medina Ovalle, 2017), en la actualidad hay en Colombia unas 950 empresas de vigilancia y seguridad privada, de las cuales, sólo las 4 que tienen carácter multinacional²⁴ concentran el 45% de la facturación.

Lo cual es posible a causa de que la redacción de la norma no prohíbe expresamente la aportación de capitales extranjeros y que la citada sentencia de la Corte Constitucional tampoco se pronuncia claramente sobre ellos, sino que se refiere exclusivamente al artículo 12 del Estatuto en el que se prescribe que los socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada deben ser personas naturales y de nacionalidad colombiana.

El Proyecto de Ley 195/2016C se propuso clarificar la cuestión, y zanjar el debate, introduciendo un artículo 4 en el que conforme se establecía que “bajo ningún tipo societario se permitirá la inversión de capitales extranjeros en el sector de la vigilancia y seguridad privada”.

A pesar de lo taxativo de la redacción no eliminaba completamente la posibilidad de la participación de capital extranjero en el sector: la prohibición se circunscribía a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad humana, a los de capacitación y entrenamiento y a la fabricación, comercialización, instalación y arrendamiento de armas de cualquier tipo.

Lo que significa que sí hubiera sido permitido en las actividades propias de la vigilancia electrónica, el transporte de valores, las actividades de blindaje y arrendamiento de elementos blindados, las actividades de fabricación, importación, comercialización, instalación o arrendamiento de equipos destinados a la vigilancia y seguridad privada (siempre que no pudieran ser considerados como armas) y la consultoría, asesoría y estudios en vigilancia y seguridad privada.

Obviamente no se trataba de una buena noticia para las empresas participadas por capital extranjero²⁵. El proyecto limitaba su cooperación en el mercado y lo hacía negándoles la posibilidad de asumir servicios propios de la vigilancia y seguridad humana en un sector caracterizado por desempeñarse principalmente en ese ambiente²⁶.

24 Prosegur Vigilancia y Seguridad Privada, G4s Secure Solutions Colombia S.A., Securitas Colombia S.A. y la empresa de transporte de valores Brinks de Colombia S.A.

http://www.fedeseuridad.org/sitio/fedeseuridad/c_asociadas.html

25 Debemos señalar que esta disposición únicamente afectaría a las empresas con socios o capital extranjero constituidas durante la vigencia del Estatuto de 1994. El párrafo que incorpora el artículo 4 establecía que serían respetados los derechos adquiridos de las personas jurídicas con socio o capital extranjero antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 356 de 1994.

26 Según la información aportada por ANDEVIP (Medina Ovalle, comunicación personal, 20 de junio, 2017): el 70% de las empresas que se dedica a la seguridad privada en Colombia desempeñan sus funciones en el ámbito de la vigilancia de base humana.

Además, la oportunidad de adaptarse a los ámbitos permitidos, reorientando su oferta a la vigilancia electrónica, el transporte de valores, el blindaje, la facilitación de equipos o la realización de consultorías, asesorías y estudios, debería realizarse en un plazo de tiempo muy limitado. El párrafo del artículo 11 -dedicado a la vigencia de la licencia de funcionamiento- establecía que las empresas con socios o capital extranjero que en la actualidad cuenten con licencia para las actividades que la nueva norma les proscribía no podrían renovar su licencia para dichas actividades (lo que, teniendo en cuenta que la norma vigente las otorga por un plazo máximo de 5 años, hubiera significado que, en ningún caso, dispondrían de más de ese tiempo para la adaptación).

Aparentemente se trata de un problema económico vinculado al proteccionismo del eslabón nacional de la cadena.

Sin embargo, el argumento principal que se esgrime para negar la posibilidad es de carácter jurídico.

Consultado acerca de cómo se había llegado a la conclusión de que el sector debería estar regulado con base en un sistema dual (en el que se diferencia entre actividades y esto constituye el criterio esencial para permitir o no la inversión extranjera) Agustín Jiménez Cuello (2017) -aludiendo a los trabajos de consecución del acuerdo- se refiere, expresamente, a la defensa de la empresa nacional sin aportar argumentos que justifiquen la discriminación entre los dos grupos de actividades. Sí insiste, sin entrar en detalles, en que la determinación de que hay servicios que deben ser prestados por empresas nacionales en exclusiva tiene anclaje jurisprudencial.

Está haciendo referencia a la sentencia C 123/11 de la Corte Constitucional.

- **El aspecto jurídico.**

La revisión de la sentencia nos sirve de introducción para afrontar el auténtico problema que constituye la base jurídica del asunto de la admisibilidad de la inversión y participación extranjera en el sector de la seguridad privada; la naturaleza que se atribuye a la actividad.

Aunque, como ya hemos advertido, la sentencia C 123/11 no se refiere expresamente al tema de la inversión extranjera, sino que se centra en el análisis de la constitucionalidad de los artículos del Decreto 356 de 2014 que exigen la nacionalidad colombiana a personas naturales que se constituyan como socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada con base en la vulneración del principio de igualdad, los argumentos que aporta para declarar la exequibilidad de los citados artículos, son a los que, desde su dictamen, recurren los defensores de la imposibilidad de aceptar la inversión extranjera en el sector.

La propia Corte Constitucional, en el inicio del análisis, se centra en la naturaleza que se atribuye a la seguridad (con carácter general). Al igual que hace en

sentencias precedentes²⁷, recurre a los artículos 2 y 365 de la Constitución Política de 1991 para determinar que la seguridad es un servicio público y que, como tal, su prestación podrá ser encomendada a los particulares, reservándose en manos del Estado la regulación, el control y la vigilancia de dicho servicio.

Por lo tanto, insiste nuevamente en la consideración de la seguridad privada como parte integrante de la única seguridad que se concibe en Colombia. Es decir, como seguridad pública cuya prestación recae en el actor privado por delegación del Estado y que se diferencia de la que presta éste a través de sus operadores públicos por las limitaciones funcionales y materiales a las que está sometida y por su finalidad eminentemente disuasoria²⁸.

En el punto 8 del apartado correspondiente a las Consideraciones y Fundamentos, la Corte destaca que el ejercicio de los servicios de seguridad privada está ligado a la utilización de la fuerza, lo que involucra elevadas dosis de riesgo social. La propia sentencia circunscribe el conjunto de actividades propias del sector que considera arriesgadas: se refiere expresamente a aquellas que impliquen el manejo de armas de fuego y herramientas securitarias con capacidad de afectar a la vida o la integridad física y a la capacitación y entrenamiento, ya que vincula la formación en seguridad privada al adiestramiento en el uso de esas armas y herramientas²⁹.

Hasta este momento, lo que hace la sentencia es limitarse a señalar los riesgos que pueden derivarse del simple manejo y uso de estos elementos, sin entrar a considerar que una parte importante de los servicios y modalidades de prestación que contempla el Decreto, no implica su participación.

En el siguiente apartado, el punto 9, donde argumenta con base en la naturaleza de la seguridad privada, su conclusión estima que supone la prestación de un servicio público que guarda estrecha relación con la garantía del orden público

27 C 572/97 y C 199/01, que cita la propia sentencia en su primera página.

28 Delimitación entre los ámbitos competenciales de los actores privados y de la fuerza pública que la jurisprudencia, limitándose a prescribir que los primeros no asumirán funciones reservadas en exclusiva a la segunda, en los artículos 73 y 74.2 del Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, o en el artículo 40.3 de la Resolución 2946 de 29 de abril de 2010 por la cual se modifica el Régimen de Control, Inspección y Vigilancia en la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

La finalidad disuasoria de los servicios de seguridad privada la hayamos en lugar preeminente de los textos normativos colombianos; está recogida en los artículos que definen las acciones y servicios de vigilancia y seguridad privada, determinando que serán actividades tendentes a prevenir, disminuir y disuadir las amenazas que puedan afectar al objeto de protección (artículos 2, 73 y 74 del Decreto 356, de 11 de febrero de 1994, por el que se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, artículos 1 y 2 del Decreto 2187, de 12 de octubre de 2001, por el cual se reglamenta el Estatuto de Vigilancia y Seguridad privada y los numerales 3, 4, 8 y 10 del artículo 40 de la Resolución 2946, de 29 de abril, de 2010).

29 Apartado 8.3 del punto VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Sentencia C123/11. Bogotá, D.C., 1º de marzo de 2011.

al que define como “condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos”.³⁰

Lo que lleva, en el punto 10, a finalizar su exposición defendiendo que el tratamiento diferencial está justificado por la necesidad de protección del orden público³¹ y la seguridad ciudadana³², determinando que los límites que se establecen a la participación extranjera en la seguridad privada obedecen a la capacidad de esta actividad de generar riesgo social y comprometer el orden público.³³

A nuestro entender, la Corte sustenta su decisión con base en dos pilares de diferente calado. Por un lado, evidencia su desconfianza hacia la posibilidad misma de que los particulares tengan acceso al manejo de elementos con evidente potencial dañino, sin presumir que su formación, capacitación y pundonor profesional va a reducir al mínimo los posibles riesgos (presunción que sí se aplica a los miembros de la Fuerza Pública a los que se entiende debidamente formados en valores y aptitudes técnicas)³⁴.

30 La propia sentencia nos remite en esta cita literal a la Sentencia C1053 de 2003. Apartado 9, primer párrafo final, del punto VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Sentencia C123/11. Bogotá, D.C., 1º de marzo de 2011.

31 La propia Corte Constitucional nos remite a su jurisprudencia cuando define el orden público como “las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad” (Sentencia SU-476/97. Bogotá, D.C., 25 de septiembre de 1997) y las “condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos” (Sentencia C1053/03. Bogotá, D.C., 11 de noviembre de 2003).

Consideramos relevante la aportación teniendo en cuenta que las normas no se han detenido en la delimitación conceptual y que el término “orden público” ha generado controversia en Colombia. Tal y como señala León Valencia en el prólogo del libro *Seguridad y Justicia* en tiempos de paz; el concepto fue adoptado en 1963 (a raíz del discurso de Alberto Lleras Camargo en el Teatro Patria) como una noción genérica destinada a delimitar la función Policial (control del orden público) con el objeto de que evitar la participación de la fuerza pública en la actividad política. Posteriormente las expresiones análogas a “problemas de orden público” fueron utilizadas para referirse a los incidentes vinculados a la insurgencia y el conflicto armado, llegando a incluir las actividades propias de la protesta social (Ávila & Londoño, 2017, p. 20 y 21).

32 En relación con lo anterior cabe destacar la introducción del término “seguridad ciudadana” en el texto de la sentencia. Su delimitación y distinción conceptual respecto del término orden público resulta complicada, aunque la sentencia al incluir ambas en relación coordinada parece señalar que se refieren a realidades diferentes (pues no tendría sentido que usara dos expresiones con el mismo significado de forma consecutiva en una misma frase). Según las sentencias constitucionales citadas, la atribución -en el artículo 218 de la Constitución Política de 1991- a la Policía Nacional del “mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” deberemos identificarla con la misión del mantenimiento del orden público, mientras la seguridad ciudadana conectaría con la protección de personas y bienes a la que se refiere la Constitución en su artículo 2. En este sentido se expresa Rincón Morera (2018, p. 92) al interpretar lo que significó la aprobación de la Constitución Política de 1991. Según este autor se “hizo necesario el diseño de una serie de políticas públicas que tuvieran en cuenta la necesidad de soluciones particularizadas y la conceptualización de la seguridad no únicamente en términos del orden público, sino también en correspondencia con la seguridad de la ciudadanía”.

33 Apartado 10 – Conclusión- del punto VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. Sentencia C123/11. Bogotá, D.C., 1º de marzo de 2011.

34 Con carácter general se asume que los integrantes de las Fuerzas Públicas de los estados democráticos y de derecho son actores con una identidad corporativa muy marcada, que pertenecen a cuerpos fuertemente jerarquizados y en los que adquieren especial importancia los valores y elementos simbólicos. Además, están sujetos a un régimen

Siendo relevante, para este factor no tiene transcendencia, en principio, la nacionalidad de los socios de la empresa o la procedencia del capital que la sostiene. Más bien entronca con los lógicos cuestionamientos acerca de la efectividad de los planes educativos y los entrenamientos exigidos al personal, así como con la responsabilidad del empresario en la adecuada selección y la garantía de unas condiciones de trabajo dignas y ajustadas a las exigencias de atención, respuesta y reflejos que implica la seguridad privada.³⁵

En el otro factor, se aproxima al asunto de la determinación de la naturaleza de la seguridad privada, insertándola de lleno en el núcleo esencial de la seguridad al estimar que estos servicios guardan estrecha relación con la garantía de las “condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos”.

Como no será difícil advertir, el proyecto de ley archivado en 2016 se basa literalmente en esta sentencia cuando, atendiendo a lo dispuesto en el punto 8 de la misma, proscribía la asunción por parte de empresas participadas con capital extranjero de las actividades de vigilancia y seguridad humana (que pueden implicar el manejo de armas y otros elementos potencialmente dañinos como los canidos) y de la formación y la capacitación en seguridad privada. A su vez, va más allá que la sentencia y segrega un conjunto de actividades que sí estima aptas para ser asumidas por empresas que no sean puramente nacionales.

Atendiendo al razonamiento de la Corte Constitucional, esta diferenciación solo sería posible si estimamos que dichas actividades no están estrechamente relacionadas con el que hemos denominado núcleo esencial de la seguridad, que no participan esencialmente en la garantía de las condiciones que permiten el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a todos los ciudadanos.

Es este el punto que creemos determinante en esta materia: Colombia, a través de sus normas y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶ no reconoce a la seguridad privada una naturaleza distinta de la pública; no asume que, además de la provisión del servicio público por parte de actores privados, puede suponer una actividad económica que produce bienes de consumo destinados a la eliminación o mitigación de riesgos generados por el desempeño de una actividad concreta,

especial que supone en la práctica la limitación de algunos de sus derechos y libertades, y sus procesos formativos se caracterizan, también, por implicar un aprendizaje en actitudes y valores (Vanaclocha Bellver, 2009, p. 46).

35 Materias a las que el legislador se ha enfrentado de forma específica y parcial con la elaboración y aprobación de la Ley 1920, de 12 de julio de 2018, por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del vigilante.

36 Acudimos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional porque es la que, en un número estimable de sentencias (C 572 de 1997, C 199 de 2001, C 760 de 2002, C 995 de 2004 y C 123 de 2011), establece que la seguridad privada es considerada parte integrante de la seguridad pública y porque, como nos recuerda Gil Barrera (2017, p. 31), en Colombia la jurisprudencia es considerada fuente vinculante de derecho.

pero que no tienen incidencia directa en la garantía de la seguridad común. De igual forma, al catalogar la seguridad como servicio público, no establece que precisamente ese núcleo esencial al que hemos hecho referencia -la garantía del pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales- no puede ser considerada sino como una función propia del Estado, una potestad derivada de la soberanía, que implica ejercicio de autoridad y que, por lo tanto, es indelegable y debe ser asumida en exclusiva por parte de la Fuerza Pública.

La Corte Constitucional no reflexiona, como sí hace Ridaura Martínez (2015), acerca de la distinción entre los conceptos de servicio público y de función propia del Estado. No advierte, por lo tanto, que la noción de servicio público implica “la asunción de una actividad del sector privado por parte del público, en atención a su consideración de servicio esencial” (Ridaura, 2015, p.30), y que -como indica Martín Rebollo (1982) -, al referirse exclusivamente a ella, estaría asumiendo que la seguridad (al ser considerada un servicio público) es un tipo de actividad originariamente prestado por la iniciativa privada que se sujeta al Derecho Público mediante la técnica del Servicio público. No toma en consideración que aquellos ámbitos que implican una función de soberanía que queda reservada en exclusiva a la Administración pública -y que son, por lo tanto, indelegables- constituyen funciones propias del Estado.

Llama la atención el hecho de que, a pesar de no haberse realizado este esfuerzo de delimitación conceptual y de atribución de las categorías adecuadas en función de su respectiva naturaleza, la Corte Constitucional sí parece querer defender un grupo de funciones específicas y exclusivas del Estado al dejar claro en la sentencia C 525 de 1995 que solo podrán ser desempeñadas por la Fuerza Pública y que no serán, en ningún caso, asumidas por los operadores privados.

Esto se explica por medio del manejo de posiciones de raíz italiana que, como nos recuerda Montaña Plata (2002), conciben los servicios públicos como concreta expresión de las obligaciones que la Constitución impone al poder estatal, de tal forma que, por distinta vía, la resolución de la Corte Constitucional colombiana determina que la delegación que estima posible tiene un alcance limitado.

Para enfrentar la cuestión proponemos el ejemplo de cómo ha sido resuelta en Europa una controversia muy semejante.

En este caso ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha determinado que la excepción prevista en el apartado 1 del artículo 46 de la Constitución Europea, “que autoriza a los Estados miembros a mantener regímenes especiales para los extranjeros, que estén justificados por razones de seguridad pública” (Ridaura, 2015, p.63) no es aplicable a las normas generales sobre empresas de seguridad privada.

El caso se planteó con respecto a España por la presencia en la Ley de Seguridad Privada³⁷ y en el Reglamento de Seguridad Privada³⁸ de disposiciones encaminadas a otorgar las concesiones de licencias de funcionamiento a las empresas de nacionalidad española y las habilitaciones para trabajar como personal de seguridad privada únicamente a los nacionales españoles. Similar fue el caso de Italia que, a semejanza de España, justificaba la exigencia de la nacionalidad italiana en la comprensión de la seguridad privada como ejercicio de poder público.

No lo entiende así el Tribunal al fallar reiteradamente que “las actividades de seguridad privada no participan directa y específicamente en el ejercicio del poder público” (Ridaura, 2015, p.63) al tiempo que señala que “en las misiones de vigilancia y protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas, las empresas y el personal de seguridad no están investidos de poderes coercitivos” (Ridaura, 2015, p.64).

Por lo tanto, desde una perspectiva netamente jurídica, la proscripción de la participación extranjera en el sector solo sería defendible si se atribuye a la seguridad privada una naturaleza según la cual debe ser considerada exclusivamente como parte esencial del núcleo de la seguridad pública, lo cual, además de llevarnos al cuestionamiento acerca de si es posible la delegación en operadores privados de funciones propias de la soberanía estatal, implicaría una regulación coherente que obligaría considerar si todas las actividades actualmente encomendadas a los operados privados inciden de manera esencial en la seguridad pública y a definir adecuadamente la relación entre operadores públicos y privados, así como las competencias y la formación de estos últimos.

- ***El aspecto económico.***

Aunque no sea este el ámbito de especialización de la autora, no podemos dejar pasar por alto la dimensión económica de esta cuestión, puesto que es en esta donde encontramos los más firmes argumentos en contra de la participación extranjera.

Puesta de manifiesto por los representantes gremiales, conecta con una eventual necesidad de protección de la empresa nacional basada en la afectación que a la leal competencia puede suponer la admisión de actores que van a desempeñarse en el mercado en desigualdad de condiciones.³⁹

37 Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada.

38 Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre.

39 El Sr. Medina Ovalle (comunicación personal, 20 de junio, 2017), representante de ANDEVIP, estima que las empresas multinacionales tienen la capacidad de introducir fuertes distorsiones al poder ofrecer, en calidad de valor agregado, elementos que para ellos tienen muy bajo coste (cita expresamente la posibilidad de las multinacionales de aportar tecnología procedente de sus matrices que ha sido retirada allí y que no tienen sino una repercusión exclusivamente positiva en sus balances contables).

Por su parte, El Mayor (r) Germán Duarte (comunicación personal, 21 de junio, 2017) alude al tamaño del mercado (al que considera pequeño) para señalar que la inversión extranjera no debe permitirse siempre y cuando se pre-

Por su parte, la Sra. Borredá (Directora General de la editorial propietaria de las cabeceras Seguritecnia y Segurilatam) (comunicación personal, 22 de noviembre, 2016), argumentando con base en el caso español, advierte del peligro que para el sector puede suponer la cooptación y preeminencia por parte de fondos de inversión genéricos no controlados por especialistas en el ámbito de la seguridad. Estima que éstos persiguen exclusivamente rendimientos económicos y no priman la excelencia en la prestación de los servicios. Lo que puede traducirse en una pérdida de calidad que llegue a afectar negativamente a la reputación del sector.

En este mismo plano económico se advierte la necesidad de acudir a la perspectiva que ofrecen los Tratados de Libre Comercio que tiene suscritos Colombia⁴⁰, y concretamente, a revisar en éstos los acuerdos de reciprocidad a los que se han llegado con las respectivas contrapartes. Si en estos países que han llegado a un acuerdo comercial con Colombia, se permite que haya inversión extranjera en el sector de la seguridad privada.

Independientemente del resultado que ofreciera el estudio propuesto, lo cierto es que Colombia cuenta con la opción de blindar en sus tratados de libre comercio a un determinado sector por considerarlo de interés relevante para la nación. Podría hacerlo con la seguridad privada.

Sin embargo, opinamos, no podría anclar firmemente su decisión en la argumentación jurídica tradicionalmente utilizada. Puesto que, como hemos desarrollado en el apartado anterior, la estimamos cuestionable.

Debería acudir a argumentos económicos y, al parecer, los aquí expuestos no serían compatibles con la política general de un ejecutivo interesado en fomentar y facilitar la recepción de capitales e inversiones extranjeras.⁴¹

2. LOS RETOS.

Elementos que deben ser tenidos en consideración para la configuración de un nuevo marco regulador

tenda preservar el carácter democrático del sector. Estima que la libre entrada de capital extranjero propiciaría una concentración empresarial que impediría crecer a las empresas colombianas que ya no gozan de un gran tamaño, lo que supondría -en su opinión- hacerles competir en situación de desigualdad.

40 Advertida por el Sr. Juan Carlos Medina Ovalle (Director Ejecutivo ANDEVIP) (comunicación personal, 20 de junio, 2017).

41 Al menos así lo indica la postura del gobierno de Juan Manuel Santos que, cuando un proyecto de ley que incluía una delimitada prohibición estaba próximo a ser aprobado, actuó para impedirlo; motivado, entre otras razones, porque este cierre sectorial contradecía su política económica de captación de inversiones extranjeras.

Nuestra propuesta sugiere que el legislador, una vez adoptadas las posturas y tomadas las decisiones precisas para superar los obstáculos identificados, se defina respecto a aquellas materias o elementos consustanciales a la finalidad de emitir una ley generalista, reguladora del total de materias que configuran el sector, y dotada de coherencia y sistemática a lo largo de todos sus títulos.

El legislador debe reflexionar acerca de la propia concepción de la seguridad privada (de su naturaleza), así como la importancia que tiene el modo según el cual se entiende el papel preventivo que se le atribuye, además de atender a las advertencias de los profesionales con respecto a aquello que debe ser enfrentado para lograr la consecución de un sector fuerte y saneado: la lucha contra la informalidad y el intrusismo profesional. (Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada desde abril de 2017). Privada de mayo de 2015 a febrero de 2017) y cios a los

- ***La prevención en el ámbito de la seguridad privada.***

La regulación vigente insiste en el papel preventivo que las actividades y servicios de seguridad privada deben desempeñar. Pretende el promotor de la norma que esta prevención suponga un aporte efectivo a la seguridad general de la población.

Por nuestra parte, estimamos que las capacidades que reconoce a los operadores privados limitan su margen de actuación a la atención de los efectos de las amenazas y no a sus causas, lo que determina que su papel no sea realmente preventivo, sino que se desempeñe como un mero elemento disuasorio de la comisión de delitos e infracciones.

La normativa que actualmente rige al sector identifica la prevención con la disuasión y la obstaculización del delito o la conducta asocial, olvidando las enseñanzas que nos aporta la ciencia criminológica cuando nos advierte que prevenir el delito es algo más, y también algo distinto, que dificultar su comisión. Ignorando que la prevención no puede desligarse de la génesis del fenómeno criminal y que reclama una intervención positiva que neutralice sus causas. Causas que la intervención de la seguridad privada, a través de la disuasión y obstaculización del delito, deja intactas (García-Pablos de Molina, 2005).

La argumentación precedente nos lleva a cuestionar la posibilidad de que la seguridad privada, tal y como actualmente está configurada, pueda contribuir efectivamente a la seguridad colectiva.

Como recuerda el Profesor García- Pablos (2014); la seguridad privada no persigue la protección de intereses colectivos y, si bien la adopción de ciertas medidas en determinados espacios puede producir un impacto preventivo general -un efecto disuasorio general-, no podemos descartar que lo que generen sea un mero desplazamiento del riesgo.

Citándolo textualmente: “Quizás solo cabe por tanto aspirar a que procure una prevención intensa en el orden clientelar y al menos difusa respecto a los demás ciudadanos” (García-Pablos de Molina, 2014, p.150).

El legislador debe, por lo tanto, cuestionarse si puede utilizar la seguridad privada como elemento coadyuvante en los planes de consecución de mayores niveles de seguridad colectiva. Atribuirle un propósito preventivo implicaría dotar a los operadores privados de facultades que les permitieran colaborar con la Fuerza Pública al menos en la identificación y focalización de las causas de la generación del fenómeno criminal que se pretende combatir. Esto implicaría contar con personal del ámbito privado (con cargos y figuras profesionales específicos y dentro de los cuerpos de mando intermedio y dirección) debidamente formado y capacitado para entablar un tipo de relación con los agentes públicos que vaya más allá del mero suministro acrítico de información.

Pero también tiene la opción de contentarse con otorgarle una misión meramente disuasoria asumiendo, por supuesto, que la contribución de la seguridad privada se limitará a incrementar en alguna medida la seguridad colectiva de los habitantes de la zona o territorio específico en el que esté ubicado el bien o los bienes objeto de su protección, teniendo en cuenta que los potenciales riesgos que se evitan en aquella pueden desplazarse a otras en las que la seguridad privada no tenga presencia, lo que, obviamente, empeoraría sus índices de seguridad.

- ***La naturaleza de la seguridad privada y su relación con la seguridad pública.***

La reflexión anterior nos lleva a un punto al que, estimamos, el legislador debe prestar especial atención: la naturaleza que se atribuye al sector de la seguridad privada.

Y ello debido a la trascendencia que esta determinación tiene tanto para la configuración del modelo normativo del sector como para la definición de la relación que ha de establecerse entre la dimensión pública y la dimensión privada de la seguridad.

Asignar a la seguridad privada una naturaleza exclusivamente privada o considerarla parte integrante de la seguridad pública es lo que va a determinar (si se pretende que el marco regulador sea coherente) cuál será la contribución del sector a incrementar los índices de seguridad de todos los ciudadanos y, por lo tanto, cómo debe articularse su relación con la Fuerza Pública. También definir el marco de actividades que podrá asumir y cuáles le estarán vedadas, el ámbito de actuación en el que podrán desempeñar sus funciones y el perfil básico que habrán de tener los profesionales de la seguridad privada (lo que, a su vez, determinará cuál será la formación y capacitación que deben recibir).

Sin expresarlo de este modo, algunos de los entrevistados han señalado esta necesidad de determinación al referir que el sector es mal entendido por parte de algunos colectivos que aún lo confunden con el ámbito público, identificándolo con la seguridad nacional.⁴² Mientras otros, por su parte, destacan la dimensión exclusivamente privada de la actividad, refiriendo la transcendencia creciente que la seguridad empresarial tiene para el sector, y señalan que la misión de ésta consiste básicamente en proveer al empresario de recursos securitarios que aseguren el éxito de su operación económica, la continuidad del negocio o la minimización de las pérdidas⁴³.

No nos atreveríamos a sugerir al legislador colombiano cuál es la opción más adecuada para el país en la actualidad, puesto que esto exige la profundización en la situación de la seguridad global de Colombia, el estudio de la evolución del concepto de seguridad –entendida de manera integral- y la elección de un modelo de sector con efectiva capacidad para contribuir positivamente a la seguridad pública (con carácter genérico) que deberá ser adecuadamente adaptado a las condiciones del país. Pero sí insistimos en que esta ha de ser la cuestión primaria y prioritaria acerca de la que ha de adoptar una posición si su objetivo es emitir una regulación con coherencia interna y otorgar una finalidad bien definida al operador privado dentro de la concepción de la seguridad de todos los ciudadanos.

- ***El tratamiento de la informalidad y la lucha contra el intrusismo en el sector.***

La propia Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada reconoce la existencia de los graves problemas de informalidad⁴⁴ que denuncian los profesionales⁴⁵.

Por lo tanto, la definición de un nuevo marco normativo con el que lograr una adecuada configuración de la vigilancia y la seguridad privada en Colombia exige la articulación de efectivos mecanismos de lucha contra estas realidades.

Consideramos que la fórmula adecuada para enfrentar esta problemática desde el ámbito legislativo exige la combinación de tres tipos de estrategias:

-
- 42 Carvajal Villamizar, Gerente general y Country President de Securitas Colombia (comunicación personal, 5 de junio, 2017).
Mayorga Prieto (comunicación personal, 3 de mayo, 2017), aunque si comparte la interpretación de la Corte Constitucional que considera la seguridad es un servicio público que determina que la seguridad privada sólo será el resultado de la delegación estatal de ese servicio en manos de los particulares, defiende que pertenece a una órbita diferente a la seguridad y la defensa nacional.
- 43 Mayor (r) Duarte Vargas, Representante de ADESEC. Gerente de ASEPROTECO (comunicación personal, 21 de junio, 2017).
- 44 Entidad que estima que el porcentaje de incidencia está en torno a un 15%. Su máximo responsable reconoce que no se disponen de cifras precisas, lo cual prevé solventar estableciendo convenios para efectuar cruces de información con instituciones como la Cámara de Comercio de Bogotá (Martínez Bravo, comunicación personal, 6 de julio, 2017).
- 45 Medina Ovalle (comunicación personal, 20 de junio, 2017), Director Ejecutivo de ANDEVIP, muestra su preocupación acerca de este particular al considerar la ilegalidad y el intrusismo profesional como problemas que constituyen un reto para el sector. Esta asociación estima que el volumen de empresas que prestan este tipo de servicios sin cumplir con lo dispuesto en la normativa vigente puede estar, incluso, entorno al 50%.

- La primera, consistente en la adecuada delimitación del ámbito competencial. Lo que se logrará a través de la inclusión en la ley de definiciones claras que contribuyan a la seguridad jurídica y a evitar espacios de sombra en los que se puedan desarrollar la actividad y oferta de profesionales que no estén habilitados o autorizados para ejercer estas labores⁴⁶.
- La segunda, de carácter reactivo, que supone que sean concebidas como infracciones -que llevarán aparejada su correspondiente sanción- las conductas de empresas, trabajadores o usuarios que oferten, ejerzan o contraten actividades de seguridad privada sin cumplir con los requisitos exigidos en la ley⁴⁷.
- Y una última, e imprescindible para lograr los objetivos de la segunda, destinada a orientar prioritariamente los trabajos del órgano de control en esta dirección, así como a fortalecer la competencia de este para asumir esta misión⁴⁸.

Estimamos que la paulatina superación de esta problemática es esencial no solo desde un punto de vista estrictamente económico. La consecución de un sector empresarial de la seguridad privada cuya profesionalidad y garantía en la ejecución de la oferta que realiza no se vean empañadas por la afectación que a estos valores puede producir el intrusismo (por la posibilidad de que actúen en este mercado prestadores de servicios no debidamente capacitados) no solo aporta a la protección económica y reputacional de las empresas, sino que contribuye a la consolidación de un sector efectivamente capacitado para reportar a la seguridad común los beneficios que de él se esperan.

Respondidos los interrogantes que estos retos plantean, y adoptadas las decisiones básicas tomando en consideración las particularidades y especificidades nacionales, será el momento de aproximarse a las soluciones legislativas que países con los que se pueda establecer una conexión histórica, socioeconómica, geopo-

46 Una adecuada delimitación conceptual que, además de violaciones legales, impediría que en normas relativas a otros ámbitos incluyeran disposiciones cuyo desarrollo podría entrar en conflicto con las competencias reconocidas a las empresas de vigilancia y seguridad privada.

Así, sería improbable la generación de controversias como la generada por el Proyecto de Ley 131 de 2016 Cámara, relativo a la propiedad horizontal. Este proyecto incluye una disposición (la 50 B) que la asociación ANDEVIP estima que puede invadir las competencias exclusivas que la normativa actual otorga a los vigilantes de seguridad respecto a la guardia y protección de conjuntos residenciales y sus moradores. Consideran que la regulación del servicio de conserjería que propone el proyecto implicaría por parte de los conserjes la asunción de funciones propias de la seguridad privada sin el correspondiente sometimiento a su regulación (Oscar Sánchez León, 2017).

47 Esta labor ha sido asumida por el legislador al introducir en el Proyecto de Ley 195/2016 C artículos como el 108 (sanciones por contratación de servicios ilegales) o el 110 (medidas en contra de prestadores ilegales de los servicios).

48 Van en esta dirección las propuestas que incluye el Proyecto de Ley 195/2016 C consistentes en la creación de un Registro Único destinado a mejorar las facultades de control de la Superintendencia y la asunción por parte de ésta de las funciones de policial judicial (86.13).

lítica o de cultura jurídica⁴⁹ han articulado para regular los diferentes aspectos que condicionan la configuración y el funcionamiento de su seguridad privada. Establecidas las bases más adecuadas a la realidad de Colombia, el análisis de las normas foráneas permitirá identificar cuáles de los recursos que proponen son coherentes con las líneas básicas trazadas por el legislador colombiano y pueden contribuir al establecimiento de un sector bien definido y con capacidad para cumplir con los objetivos que se le hayan atribuido.

Conclusiones

Una vez advertidas las carencias y disfunciones que pueden tener su origen en la legislación vigente, identificados los motivos que justifican el propósito de modificación de la normativa, señalados los factores de controversia que pueden impedir alcanzar un acuerdo y definidos los retos que deberá afrontar la elaboración de una nueva regulación para el sector de la seguridad privada en Colombia, animamos al legislador a no olvidar la relevancia que, para el adecuado funcionamiento de un sector tiene la configuración de un marco legal estructurado y coherente permita al menos evitar que sea la propia regulación la que genere o contribuya a las disfunciones que la práctica irá evidenciando.

Una arquitectura jurídica cimentada sobre una ley que diseñe y defina un modelo adecuado a la naturaleza atribuida a la actividad⁵⁰ y desarrollada por un reglamento que detalle los aspectos concretos del marco general establecido en la misma, que configure los elementos que necesita el sector para actuar de modo efectivo y que constituya una entidad jerarquizada que, de modo claro y preciso, regule el sector desde lo general a lo concreto.

49 Estimamos que no resultará sencillo encontrar esos nexos en la región. El informe que Fedesarrollo y Fedeseguridad dedican a la seguridad privada destaca en su aproximación al sector en América Latina que es difícil realizar una caracterización a causa de las discrepancias que se dan respecto al tamaño de los mercados, el número de empresas constituidas, la participación en producto interior bruto y, sobre todo, a causa de las enormes bolsas de informalidad (Fedesarrollo, 2018, pág. 15). Sin embargo, si que será posible tomar como referencia disposiciones adoptadas por las legislaciones vecinas que desarrollan en mayor medida apartados como el relativo a la obtención y registro de las licencias (y entre los que destacan las normativas de Costa Rica, el Salvador o Guatemala) y, con carácter genérico, los ordenamientos dedicados a la seguridad privada en Perú, Costa Rica, Guatemala, Bolivia y Uruguay que se destacan -junto con el Colombia- por contener los esfuerzos legislativos más acordes a lo contenido en el Proyecto de Convención sobre las Empresas Militares y de Seguridad Privada impulsado por las Naciones Unidas (UNLIREC, 2011).

50 Y que habrá de incluir necesariamente la determinación del papel que habrá de cumplir con respecto a la seguridad pública, así como el tipo de relación que mantendrá con sus operadores, las definiciones que aclaren términos esenciales, la fijación del ámbito material y la finalidad, la delimitación de las actividades consideradas propias, el catálogo de los principios rectores, la regulación del órgano de control, la definición de los actores y de las profesiones de seguridad privada (figuras y categorías profesionales y funciones), los requisitos de accesos a la profesión y la formación requerida, la descripción de los tipos de servicios, instrumentos, medios y medidas de seguridad admitidos, las medidas de control de la actividad, el diseño del sistema de capacitación y el régimen disciplinario y sancionador.

Una legislación que configure un modelo normativo acorde con la concepción de seguridad asumida por Colombia y que permita, a través de la coherencia de todas sus disposiciones, la consecución de un sector profesional reputado con capacidad efectiva para contribuir a la seguridad común de todos los ciudadanos y coadyuvar al desarrollo económico de la nación.

Referencias

- Angarita Cañas, P. E. (2010). *Seguridad y Derechos Humanos. Las políticas de seguridad en Colombia, 2002-2008*. (Tesis inédita de doctorado en Derecho), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.
- Ávila, A. & Londoño, J. E. (2017). *Seguridad y Justicia en tiempos de paz*. Bogotá: Debate Penguin Random House Grupo Editorial.
- García-Pablos de Molina, A. (2005). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García- Pablos de Molina, A. (2014). El proceso de privatización de la seguridad. *En Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener (pp.139-152)*, Brasilia: Justica Federal.
- Gil Barrera, R. (2017). *Las fuentes del derecho en Colombia y criterios auxiliares de la actividad judicial*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- González González, F. E. (2014). *Poder y Violencia en Colombia*. Bogotá: Colección Territorio, Poder y Conflicto, Odecofi-Cinep (quinta reimpresión: septiembre 2016).
- Martín Rebollo, L. (1982). De nuevo sobre el Servicio Público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*, núms.100-102.
- Montaña Plata, A. (2002). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ridaura Martínez, M^a J. (2015). *Seguridad Privada y Derechos Fundamentales. La nueva Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rincón Morera, A. (2018). Abordajes teóricos sobre la relación entre seguridad ciudadana y violencia urbana en Colombia: una lectura crítica. *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, No 22, pp. 86-100. DOI: <https://doi.org/10.17141/urvio.22.2018.3149>
- Rodríguez, L. (2017). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Sánchez León, O. (2017). Representante a la Cámara, Enmienda articulado ponencia para el primer debate al Proyecto de Ley 131 de 2016 Cámara. Enmienda al texto propuesto para el primer debate del Proyecto de Ley 131 de 2016 Cámara “por medio del cual se crea el Registro Nacional de Unidades de Propiedad Horizontal y se modifica la Ley 675 de 2001”.

- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarabia Better, A. (2003). *Reformas políticas en Colombia. Del Plebiscito de 1957 al Referendo del 2003*. Bogotá: Norma Editorial.
- Torrente Robles, D. (2016). *Análisis de la seguridad privada*. Barcelona: Editorial UOC.
- Urrego Ortiz, F. & Quinche Ramírez, M. F. (2008). Los decretos en el sistema normativo colombiano –Una política estatal de invención normativa, *Universitas. Ucls.*, N°116, pp. 53-83. ISSN: 0041-9060
- Vanaclocha Bellver, F. J. (2009). Gobernanza en las políticas públicas de seguridad. Una nueva perspectiva sobre el lugar de la seguridad privada. En *Seguridad Pública- Seguridad Privada. ¿Dilema o concurrencia?*, *Actas curso de verano*. Madrid: Publicaciones de la Fundación Policía Española, Colección Estudios de Seguridad.

Documentos institucionales

- Cámara de Comercio de Bogotá. *Caracterización de los servicios de vigilancia y seguridad privada en Bogotá, 2008*. Observatorio de Seguridad de la Cámara de Comercio de Bogotá. Recuperado de <https://www.supervigilancia.gov.co/publicaciones/4284/observatorio-de-seguridad-en-bogota-caracterizacion-de-los-servicios-de-vigilancia-y-seguridad-privada/>
- Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNLIREC). *Control y regulación de las empresas de Seguridad Privada en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo, 2011*. Naciones Unidas. Recuperado de http://www.unlirec.org/documents/ResejecPrivada_Oct%202016.pdf
- Federal Department of Foreign Affairs (FDFA), DCAF. *Guía legislativa para Estados sobre la Regulación de las Empresas Militares y de Seguridad Privada, 2016*. Ginebra. Recuperado de <https://www.ppps.dcaf.ch/sites/default/files/uploads/Legislative-Guidance-Tool-ES.pdf>
- Fedesarrollo, Fedeseguridad. *El sector de seguridad y vigilancia privada: evolución reciente y principales retos laborales, regulatorios y de supervisión, 2018*. Cuadernos Fedesarrollo 65, julio, 2018.
- Gobierno de Colombia. *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2016*. Bogotá. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. Producción editorial PNUD. Recuperado de <http://www.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. *Borrador-propuesta de modificación del Decreto Ley 356 de 1994, febrero de 2017.*

Legislación

Colombia. Constitución Política de Colombia, (CPC). 4 de julio de 1991.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 61. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 62. . Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

Colombia. Congreso de la República. (12, julio, 2018). Ley 1920. Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con las cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada y se busca mejorar las condiciones en las que el personal operativo de vigilancia y seguridad privada presta el servicio de vigilancia y seguridad privada. Ley del Vigilante. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2018. no. 50.652 p. 13-15.

España. Jefatura del Estado. (30 de julio, 1992). Ley 23. De Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1992. no. 186, p. 27116-27122.

España. Ministerio de Justicia e Interior. (1994). Real Decreto 2364. Por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1994. no. 8, p. 779-815.

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (1990). Decreto 848. Por el cual se expide el Estatuto de vigilancia privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1990. No. 39.315.

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (1993). Decreto 2203. Por el que se desarrollan la estructura orgánica y las funciones de la policía nacional. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 41.104.

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (1993). Decreto 2453. Por el cual se determina la estructura orgánica, objetivos, funciones y régimen de sanciones de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 41.128.

Colombia. Ministerio de defensa nacional. (1993). Decreto 2535. Por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 41.142.

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (1994). Decreto 356. Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1994. no. 41.220.

- Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (2001). Decreto 2187. Por el cual se reglamenta el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada contenido en el Decreto-ley 356 de 11 de febrero de 1994. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2001. no. 44.598.
- Colombia. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (2006). Resolución 2852. Por la cual se unifica el Régimen de Vigilancia y Seguridad Privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2006. no. 46.382.
- Colombia. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. (2010). Resolución 2946. Por la cual se modifica el Régimen de Control, Inspección y Vigilancia en la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. No. 47.700.
- Colombia. Congreso de la República. (2016). Proyecto de Ley 195/2016 C. Por la cual se regula el sector de vigilancia y seguridad privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.

Jurisprudencia

- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU 476 (1997)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-572 (1997)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-199 (2001)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-760 (2002)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-125 (2003)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-1053 (2003)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-995 (2004)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-123 (2011)
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-160 (2017)
- España. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Comisión (15 de marzo de 1998).
- España. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Comisión (29 de octubre de 1998).
- Bélgica. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Comisión (9 de marzo de 2000).

Entrevistas (comunicaciones personales con la autora).

- Borredá, A., Directora General de la Editorial Borrmar, 22 de noviembre de 2016, Madrid.
- Carvajal Villamizar, S., Gerente General y Country President de SECURITAS Colombia, 5 de junio de 2017, Bogotá.

- Duarte Vargas, G. Mayor (r), Representante de ADESEC. Gerente AESEPROTECO, 21 de junio de 2017, Bogotá.
- Gaitán Gómez, I. M., Coordinador Especialización Alta Gerencia en Seguridad y Defensa. Universidad Militar Nueva Granada, 9 de mayo de 2017, Bogotá.
- González Rodríguez, J. C., Coordinador Especialización en Administración de la Seguridad. Universidad Militar Nueva Granada, 9 de mayo de 2017, Bogotá.
- Jiménez Cuello, A., Asesor de Seguridad ciudadana del Senador Iván Cepeda, 6 de junio de 2017, Bogotá.
- La Rotta Bautista, L. E. Coronel (r), Gerente General de ISVI Ltda. Director General del Instituto de Seguridad Metis Sicurex, 21 de julio de 2017, Bogotá.
- Macías Tolosa, A., Investigador y docente CIPE- Línea de investigación Conflicto, Paz y Seguridad. Universidad Externado de Colombia, 11 de mayo de 2017, Bogotá.
- Martínez Bravo, F., Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada desde abril de 2017, 6 de julio de 2017, Bogotá.
- Mayorga Prieto, C. A., Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada de mayo de 2015 a febrero de 2017, 3 de mayo de 2017, Bogotá.
- Medina Ovalle, J. C., Director Ejecutivo ANDEVIP, 20 de junio de 2017, Bogotá.
- Vásquez Higuera, J. C., Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada en el período 1998-2002. Director Gestión de Seguridad Ciudadana y Empresarial. Vicepresidencia de articulación Público- Privada. Cámara de Comercio de Bogotá, 5 de junio de 2017, Bogotá.

¿Qué-es-Para-tí-la-educación?

$4+4=8$
 $1-1=0$



SeY educado.

Autor: Anthony Basilio Coterá

Flexibilizar la gestión administrativa del Estado colombiano en tiempos de globalización*

José Ignacio González Buitrago**

*El Estado es cada vez más inoperante en lo global y
cada vez menos representativo en lo nacional.*

Manuel Castells

Resumen

El estudio identifica los mecanismos jurídico-administrativos que el Estado colombiano ha implementado o debe implementar para hacer su estructura administrativa más flexible y, en consecuencia, más efectiva, eficiente y garantista. Describe cómo operan cada uno de ellos y, a su vez, observa el cumplimiento de los compromisos que debe acatar el Estado en el marco de los vigentes procesos de internacionalización y globalización. En tres grandes acápites se hace referencia a la delimitación de los conceptos de globalización, sociedad de la información y sociedad del conocimiento, para luego asumir la modernización del Estado desde dos aspectos: el nuevo enfoque de la gerencia pública y el concepto de gobierno electrónico (e-gobierno) o gobierno en línea, para el caso colombiano. Finalmente se describen los mecanismos jurídico-administrativos que optimizarían la flexibilización de la gestión y estructura del Estado. En este punto, se dedica una sección a determinar los dispositivos jurídico-administrativos implementados por el gobierno colombiano dentro de la estrategia de Gobierno en línea.

Palabras Clave: flexibilización de la gestión del Estado; gobierno electrónico; gobierno en línea; globalización, modernización del Estado; las TIC en la administración pública.

Flexibilizing the administrative management of Colombian state in time of globalization

Abstract

The study identifies the legal-administrative mechanisms that the Colombian State has implemented or must implement to make its administrative structure more flexible and, consequently, more effective, efficient and guarantor. It describes how each of them operates and, at the same time, observes the fulfillment of the commitments that the State must comply with within the framework of the current processes of internationalization and globalization. In three major sections reference is made to the delimitations of the concepts of globalization, the information society and the knowledge society, to then assume the modernization of the State from two aspects: the new approach of public management and the concept of electronic government (e-government) or online government, for the Colombian case. Finally, the legal-administrative mechanisms that would optimize the flexibility of the management and structure of the State, are described. At this point, a section is dedicated to determining the legal-administrative devices implemented by the Colombian government within the online Government strategy.

Keywords: flexibilizing State administrative management; Electronic government; online government; globalization; modernization of the State; ICT in public administration.

Flexibilizar a gestão administrativa do Estado colombiano em tempos de globalização

Resumo

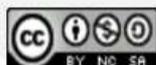
Este estudo identifica os mecanismos jurídico-administrativos que o Estado colombiano implementou ou deve implementar para tornar a sua estrutura administrativa mais flexível e, conseqüentemente, mais efetiva, eficiente e garantista. Descreve a maneira como funciona cada um deles e, ao mesmo tempo, observa o cumprimento dos compromissos que o Estado deve obedecer no quadro dos processos vigentes de internacionalização e globalização. Em três grandes parágrafos faz-se referência à delimitação dos conceitos de globalização, sociedade da informação e sociedade do conhecimento, para depois assumir a modernização do Estado desde dois aspectos: a nova abordagem da gerência pública e o conceito de governo eletrônico (e-governo) ou governo em linha, para o caso colombiano. Finalmente, descrevem-se os mecanismos jurídico-administrativos que otimizariam a flexibilização da gestão e estrutura do Estado. Neste ponto, dedica-se uma seção para determinar os dispositivos jurídico-administrativos implementados pelo governo colombiano na estratégia de Governo em linha.

Palavras-chave: flexibilização da gestão do Estado; governo eletrônico; governo em linha; globalização; modernização do Estado; as TIC na administração pública.

* Artículo de reflexión. El presente artículo presenta uno de los productos de los resultados de la investigación terminada sobre Gobierno Electrónico, desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica sobre este tema específico, desarrollada por José Ignacio González Buitrago, en la convocatoria 2015 – 2016, de la Universidad La Gran Colombia, en donde presta sus servicios como docente – investigador de la Facultad de Postgrados, Área de Derecho. La línea de investigación que coincide con el nombre del grupo, denominada: "Derecho constitucional, reforma de la administración de justicia y Bloques de Constitucionalidad".

** Magister en Dirección Universitaria de la Universidad de Los Andes, Especialista del Lenguaje Audiovisual de la Universidad El Bosque, abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana y director del Centro de Conciliación de la Fundación Pluma en la ciudad de Bogotá, Colombia.. Correo electrónico: joseignaciog018@yahoo.es. ORCID: 0000-0002-1872-124X

Cómo citar este artículo: González Buitrago, J. E. (2019). Flexibilizar la gestión administrativa del Estado colombiano



en tiempos de globalización. *Estudios de Derecho*, 76 (168), pp-pp. 43-71
DOI: 10.17533/udea.esde.v76n168a02

Fecha de recepción: 07/10/2017 Fecha de aprobación: 12/02/2019

Flexibilizar la gestión administrativa del Estado colombiano en tiempos de globalización

Introducción

El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante las TIC) en la gestión administrativa de los Estados ha exigido de estos que se produzcan marcos normativos que permitan su incorporación a las dinámicas propias de la modernización y de la organización de los mismos.

La inserción de las TIC en la vida gubernamental facilita la relación entre administración y administrados y con ello el dar cumplimiento a los principios constitucionales de celeridad, eficacia y economía, propios de la actividad administrativa del Estado.

La presente investigación se enmarca dentro del fenómeno de la globalización, en el cual los gobiernos se obligan a implementar estrategias que posibiliten una estructura administrativa flexible, sin desconocer los principios constitucionales y legales que regulan su actuación. Esta situación implica una búsqueda de la optimización, tanto de recursos económicos, como de tiempo que el Estado emplea para dar respuesta oportuna a las inquietudes de los ciudadanos sobre los servicios públicos ofrecidos directamente por la administración. Ante este imperativo, las TIC se constituyen en mecanismos idóneos para mejorar la prestación de los servicios gubernamentales.

Es común escuchar a los ciudadanos expresarse sobre el Estado como una organización rígida, lenta, cargada de trámites y propensa a la corrupción. Estos fenómenos ha sido objeto de estudio de las Naciones Unidas, que en consecuencia ha solicitado a los Estados miembros que revisen su normatividad e implementen cambios que permitan incorporar las nuevas TIC en el manejo de los asuntos públicos y se ajusten a las exigencias propias de la globalización. Es así como cada país, dentro de las discusiones en las conferencias sobre el gobierno electrónico y en el marco de la celebración y aprobación de los tratados de libre comercio, han adquirido compromisos ineludibles sobre la modernización de los entes guber-

namentales. Posiblemente, si la organización y gestión del Estado se flexibilizara, implementando mecanismos tales como el gobierno electrónico, que implica la utilización de las nuevas tecnologías para acceder a los servicios del Estado y la incorporación social de la información propia de la sociedad del conocimiento, la relación Estado y sociedad sería más cercana y obtendría mejores resultados dentro de la perspectiva de una democracia real.

Son muchas las perspectivas desde las cuales se puede analizar el tema propuesto. El presente trabajo de investigación busca una respuesta a la pregunta ¿cuál o cuáles son los mecanismos administrativos que el Estado colombiano debe implementar para lograr la flexibilización de su estructura administrativa, en tiempos de globalización? Con esta pregunta se busca identificar los mecanismos jurídicos administrativos que el Estado colombiano debe implementar para hacer su estructura administrativa más flexible y, una vez superada esta etapa, pasar a describir cómo operan cada uno de ellos y finalmente, observar si con ello se cumple con los compromisos internacionales, relacionados con la inserción del país en los procesos de globalización.

La implementación de las TIC en la organización de los Estados se constituye en un instrumento trascendental para lograr un nuevo diseño de los procedimientos administrativos, o como lo denomina las Naciones Unidas, el diseño del gobierno electrónico (e-gobierno).

El surgimiento del gobierno electrónico, podría propiciar, entre otras, una mayor transparencia en las actuaciones de los servidores públicos; mayor eficacia y eficiencia en los trámites; mejores respuestas a los ciudadanos; reducción en el tiempo de respuesta y, por supuesto, permitiría generar confianza de la colectividad en el sistema, al mejorar la calidad en la prestación de los servicios.

En el caso particular de Colombia, los objetivos que se pretenden con la implementación del gobierno electrónico o gobierno en línea, como se denomina en el país, solo podrán cumplirse si se desarrollan con plena concordancia con los principios constitucionales sobre: “Los Fines del Estado” y los “Principios de la Función Pública”, artículos 2° y 209, ampliados en la Ley 489 de 1998, Por medio de la cual se reglamenta la función administrativa”, artículo 3°, en los siguientes términos: “La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia” (Colombia, Congreso Nacional, 1998).

En razón de lo anterior, los resultados que se presentan en el presente trabajo permitirán entender y conceptualizar cómo las TIC sirven de mecanismo jurídico para hacer más efectivos los servicios que debe prestar la administración pública en cumplimiento de los principios constitucionales y legales.

Antecedentes

Durante la década de los noventa del siglo XX, en América Latina, se impuso la implementación de reformas en la estructura y gestión administrativa de los Estados, originadas en las exigencias propias del llamado “Consenso de Washington”, y que sirven de puerta hacia la aparición del concepto neoliberal sobre el Estado que propende porque la economía de mercado sea la que oriente la relación Estado-mercado en el continente americano. Frente a esto, la mayoría de los gobiernos de la región emprendieron programas de ajuste estructural de la administración con el deseo de mejorar la calidad de la democracia y evitar el enfrentamiento entre el Estado y ciudadanía, que tiene su origen en la existencia de altos niveles de pobreza y la desigualdad existente en la mayoría de los Estados de América Latina.

Para la segunda mitad de la década de los noventa, durante el siglo XX, aparece un segundo elemento impuesto por organismos internacionales consistente en la obligación de adoptar políticas públicas que permitan el uso de los adelantos de las TIC para propiciar que la acción del Estado sea más cercana al ciudadano y que sus acciones faciliten la participación ciudadana en los asuntos públicos. Esto crea espacios en los que todos se comprometen y aportan para mejorar los servicios que el Estado ofrece a la comunidad en general. En consecuencia, se da inicio a unos primeros intentos al reducir los procesos administrativos, con normas antitrámites; disminución en el tiempo de respuesta a las solicitudes de los ciudadanos, con la creación de las Ventanillas Únicas y optimizar la seguridad en la circulación de los documentos públicos al ofrecer los servicios de consulta, por medio de las páginas web de las entidades públicas. Intentos que vistos hoy desde la perspectiva del avance de la tecnología, parecieran insignificantes. Sin embargo, estos esfuerzos han derivado en grandes transformaciones en la cultura institucional de los gobiernos latinoamericanos, al hacer más eficiente y transparente la gestión gubernamental.

En el año 2004, un informe de las Naciones Unidas, elaborado dentro del marco del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), denominado La Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos, orientado por el profesor Guillermo O’Donnel, se constituye en un acontecimiento trascendental para el futuro de lo que se llegaría a denominar e-gobierno.

Es indudable que las nuevas tecnologías han producido un cambio radical en la sociedad, haciendo de ella una verdadera sociedad de la información y del conocimiento. A su vez, este avance ha propiciado la existencia de soportes de información y sistemas de representación que han creado vínculos económicos y políticos dentro de las sociedades que los utilizan.

María Belén Albornoz (2006) resume la implementación del gobierno electrónico como aquel fenómeno que surge a fines de los años noventa, de una parte,

como el resultado de procesos de incorporación de la tecnología por parte de la sociedad, y por otro lado, debido a factores propios de la última década del siglo XX, tales como el nacimiento de la sociedad de la información, la globalización económica y cultural, el debilitamiento institucional y funcional de los Estados-Nación, los procesos de descentralización estatal y las nuevas formas de experimentar con la democracia directa.

Más adelante indica: “El concepto de Gobierno Electrónico es rápidamente apropiado en América Latina por los gobiernos locales, en especial por los municipios, considerando que Internet puede ser una herramienta útil de gobernabilidad” (Albornoz, 2006, p.19).

1. Delimitación de los conceptos: globalización, sociedad de la información y sociedad del conocimiento

Con el objeto de asumir el planteamiento del problema que se ha propuesto en la investigación, a continuación se hace una aproximación a los conceptos de globalización, sociedad de la información y sociedad del conocimiento, para luego observar sus relaciones e implicaciones en la organización del Estado.

La globalización

En términos generales y siguiendo lo dicho por Manuel Castells (1998), simplemente, iniciemos preguntándonos ¿qué es la globalización? Y este autor nos dice:

Es el proceso según el cual las actividades decisivas en un ámbito de acción determinado (la economía, los medios de comunicación, la tecnología, la gestión del medio ambiente, el crimen organizado) funcionan como unidad en tiempo real en el conjunto del planeta. Se trata de un proceso históricamente nuevo (distinto de la internacionalización y de la existencia de una economía mundial) porque solo en la última década se ha constituido un sistema tecnológico (telecomunicaciones, sistemas de información interactivos, transporte de alta velocidad en un ámbito mundial para personas y mercancías) que hace posible dicha globalización. La informacionalización de la sociedad, a partir de la revolución tecnológica que se constituye como nuevo paradigma operativo en la década de los setenta, es la base de la globalización de la economía [...]. (p.2)

No obstante, frente a la pretensión de definir el fenómeno de la globalización, es innegable que el concepto es vago y difícil de concretar. Generalmente se escucha hablar de la globalización refiriéndose a fenómenos diversos, distantes unos de otros.

No todo, la vida de las naciones es global, por ejemplo, las instituciones públicas de naturaleza nacional son las que establecen las políticas públicas sobre el empleo, la economía, la vida en sociedad y las formas de participación de la ciudadanía. Siendo esto cierto, se debe aceptar que los procesos estructurantes de las economías locales, de la tecnología y del uso de las comunicaciones son cada vez más globales.

Un aspecto importante para resaltar es el que tiene que ver con la globalización como un sistema que funciona haciendo uso de la red, que a su vez, hace uso de la tecnología de la información e influye en todo aquello que sea de utilidad para los grandes conglomerados financieros, de capitales, de publicidad y para el movimiento de grandes volúmenes de mercancía entre los países; haciendo de la competencia su mayor expresión. En este escenario:

La globalización es a la vez dinamismo productivo, inclusión de los creadores de valor, y marginación social, exclusión de quienes carecen de interés como productores o consumidores desde la perspectiva de productividad, competitividad y ganancia, que se constituyen en el criterio fundamental para mercados desregulados y economías privatizadas. (Castells, 1998, p.2-3)

Los Estados, dentro del actual proceso de globalización, tienen, igualmente, la obligación de estar inmersos en los sistemas financieros internacionales y acoger sus disposiciones; lo que implica la creación de políticas públicas que propicien la llegada de multinacionales o de capital financiero a los países. Estar dentro de las reglas de juego de los mercados internacionales genera algunos problemas, dentro de los cuales se pueden señalar: i) en primer lugar, el Estado se obliga a asegurar márgenes de utilidad para los inversionistas que son atraídos por las nuevas condiciones del mercado, en detrimento de los inversionistas internos. También puede comprometer mayores costos para las entidades estatales; ii) en segundo lugar, se pueden suscitar movimientos especulativos en las bolsas de mercado, que pueden generar inestabilidad económica en el país, no controlable por los bancos centrales, al no obedecer propiamente a criterios económicos sino a manipulaciones informativas.

El poder real de las redes globales empresariales está en los mercados financieros que controlan las grandes corporaciones, orientan las organizaciones multilaterales y constriñen a los gobiernos nacionales para someterlos a su voluntad insaciable para lograr el máximo beneficio utilitario. (Barone, 2001, p.15)

Sociedad de la información

El acompañamiento de las TIC, en la vida cotidiana de las personas, ha motivado un cambio revolucionario y ha dado lugar a la denominada “sociedad de la in-

formación”, en la que la información juega un papel estratégico como elemento de poder cada vez más preponderante (Castells, M, 1996). Esta transformación ha repercutido en una serie de aspectos relacionados con el manejo de la información, que sin duda, tienen una incidencia jurídica. Dentro de esta incidencia se puede destacar: el incremento exponencial de la producción documental y la evolución imparable de las tecnologías empleadas para la creación y gestión de estos documentos.

Sobre el origen de la denominación sociedad de la información, es internacionalmente aceptado que surgió como consecuencia de dos documentos: el primero denominado *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, realizado por la Comisión de Comunidades Europeas en el año de 1993 y el segundo, *Europa and The Global Information Society*, que es un conjunto de recomendaciones del Consejo Europeo realizadas en 1994. En estos documentos se trata de definir el concepto y otorgarle algunas características. En este sentido es importante destacar la investigación de los profesores Cortés Sánchez, J. y Cardona Madariaga, D. (2015) realizada en la Universidad El Rosario, destacan este hecho y muestran los verdaderos alcances de ambos documentos y la importancia para el desarrollo del concepto sobre sociedad de la información.

Con relación al documento *Europa and The Global Information Society*, tiene un aspecto importante para resaltar, se trata de un llamado a la cooperación entre los países europeos y una invitación a trabajar unidos el sector público y privado, con el objeto de integrar a Europa a la sociedad del conocimiento aprovechando todos los beneficios que trae la combinación sociedad y tecnología, en donde la participación ciudadana, la innovación, la competitividad del sector privado, la transparencia de los mercados, entre otros, propicie el crecimiento económico (Cortés, *et al.*, 2015).

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y del Caribe - CEPAL (1995), la incursión de nuevas tecnologías de información y comunicación en el mercado ha provocado cambios de trascendental importancia en la vida cultural, social y económica de los países y consecuentemente en las formas de administración de las organizaciones públicas, privadas, de producción, de trabajo, de diversión; cambios que están modificando notablemente estas organizaciones, razón por la cual las estrategias también deben cambiar.

La existencia de las autopistas de la información permite identificar grandes cambios en las actividades diarias de todas las personas, como por ejemplo, la oferta de información puesta a disposición de quien la necesite, sin barreras ni censuras. Esto ha hecho que se identifiquen nuevas formas de trabajos productivos, de relacionarse con los demás, de divertirse y de adquirir bienes y servicios; generando de paso, una cultura de consumo informático.

Los desarrollos tecnológicos de las telecomunicaciones y la computación enriquecen, a la vez que hacen más complejo el panorama del campo de la información. El mejoramiento de las capacidades de los equipos computacionales, el aumento de las capacidades de almacenamiento de información en revolucionarios soportes y la expansión geográfica de redes electrónicas, configuran una oferta tecnológica para las actividades de información que incluso superan las posibilidades actuales de utilización exhaustiva de las redes de información de la región. (CEPAL, 1995, p.6)

Los Estados requieren grandes inversiones en equipos para incorporarse a la modernización tecnológica, pero no solo esto asegura un resultado positivo, adicionalmente, se deben desarrollar políticas públicas que hagan posible la capacitación del talento humano, tanto de las organizaciones públicas, como de las privadas; la superación del analfabetismo funcional informático de los ciudadanos en general y el rediseño de procesos y estructuras del Estado, que permitan el funcionamiento de la red, como mediadora de la relación entre el ciudadano y el Estado. Como dice Isaac Enríquez Pérez (2002):

Una política pública y social que deje de lado estas nuevas necesidades y nuevos actores queda impedida para habilitar a los individuos de las naciones latinoamericanas para enfrentarse a las ventajas y desafíos derivados del proceso de globalización del capital y la de la 'sociedad del conocimiento' que en una de sus vertientes la impulsan. (p.40)

Las nuevas tecnologías han dado un paso más adelante, al articular sobre internet y la telefonía móvil, lo que se podría denominar "web social", que permite a cualquier ciudadano organizar comunicaciones en grupo o redes de expresión, colaboración o de contenidos que han dado muestra de efectividad; esto es solo posible por las aplicaciones que las compañías de comunicaciones ponen a su disposición.

Sociedad del conocimiento.

En la segunda mitad del siglo XX la sociedad vio nacer la radiodifusión de microondas, la televisión por cable, las comunicaciones satelitales, los equipos de cómputo, el teléfono móvil, la internet y las aplicaciones tecnológicas que supusieron, en su momento, cambios de gran impacto en las comunicaciones. Todo ello sirvió para afirmar los cambios paradigmáticos que se presentaron en los hábitos de vida de millones de personas, en las postrimerías de la pasada centuria. Como resultado de esos cambios, en la última década, se anunció el nacimiento de la llamada "sociedad de la información" definida por Peter Drucker (1974) como: "aquella agrupación social para quienes la información y el conocimiento se convierten en

la principal fuente de poder”. Las ventajas que representan las nuevas tecnologías de la información, residirían, según sus propulsores -no pocos- en que éstas han alcanzado, gracias a las comunicaciones, todos los públicos, los medios sociales y los ámbitos culturales, diferenciándose significativamente de otros medios, en el hecho de que los usuarios de las mismas se relacionan en tiempo real.

De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que, cuando se hace referencia a la sociedad del conocimiento, de inmediato se trae a colación los grandes flujos de información que proporcionan las redes de comunidades locales, nacionales o globales. “[D]e hecho, en todas las áreas principales de la política, la interconexión de las comunidades políticas nacionales en los flujos y procesos regionales y globales las hace tomar parte en una intensiva coordinación y regulación transfronterizas” (Velázquez, C. & Pérez, G., 2010, p.126).

Los medios de difusión y asimilación de la información, a través de estructuras interactivas, son una realidad dado el aporte brindado por las tecnologías de la información y la comunicación. Estas facilitan la construcción de redes interpersonales de sujetos unidos por intereses comunes o la alianza de personas vinculadas por aficiones y deseos, que los motivan y convocan a movilizaciones o acciones colectivas que trascienden la individualidad de cada uno de los participantes.

El Estado no ha sido ajeno a las grandes transformaciones producidas por la incursión de las prácticas globalizadas y la utilización de grandes flujos de información, de allí que sea creciente la importancia de las consecuencias de estos fenómenos que afectan directamente las perspectivas de su uso, para hacer posible la democracia y su ejercicio, el ejercicio de la ciudadanía democrática, la igualdad.

2. Modernización del Estado

Antes de plantear la necesidad de transformación que tiene el Estado moderno, dentro del contexto de la globalización, es pertinente, en primer lugar, conocer y ver los alcances del ámbito de lo público para luego abordar la temática relacionada con los procesos de modernización del Estado; de manera general y eminentemente conceptual. El ámbito de lo público es, en abstracto, un espacio en el que convergen las nociones de Estado, Nación y Sociedad Civil, para promover el bien general, el bienestar para todos y el desarrollo social y humano.

En este contexto, el Estado deberá asumir un nuevo rol que lo conecte, lo articule, de forma efectiva, con la sociedad. Pero esto no se logra simplemente implementando en lo público los modelos de gestión de las organizaciones empresariales privadas, pues estas solo tienen como horizonte el lucro. Por el contrario,

el Estado no está para generar rendimientos económicos, por el contrario, está para dar rendimientos sociales y ello lo puede lograr con modelos de gestión más eficientes y eficaces que contribuyan a dar soluciones a los problemas que le son apremiantes al grueso de la sociedad. Posiblemente los modelos privados no sean el mejor camino, el Estado tiene su propia forma de ejercer la administración pública. Al respecto afirma Álvaro Navarro (1998):

En esa dirección, hay que partir de una premisa fundamental: El Estado no escoge sus clientes o usuarios, sino que por definición está al servicio del bien común. El Estado es un producto social, por lo tanto lo social solo tiene sentido en relación con el Estado en la medida que este corresponda y responda a los intereses de toda la sociedad que muchas veces son contradictorios y antagónicos entre sí. (p.6)

La globalización ha generado la percepción de que el poder efectivo ya no se encuentra únicamente en los Estados nacionales, por el contrario, que fuerzas y actores que operan en el ámbito nacional, regional e internacional comparten ese poder efectivo y lo intercambian. Según Velázquez C. & Pérez, G. (2010):

La actuación de los Estados en sistemas regionales y globales cada vez más complejos afecta tanto su autonomía –al alterar los costos y los beneficios de las políticas y al influir en los programas institucionales– como su soberanía –al cambiar el equilibrio entre las estructuras jurídicas y las prácticas administrativas nacionales, regionales e internacionales. (p.126)

Estos mismos autores aclaran, de forma más puntual, la afirmación que se ha acuñado ya hace varios años en la teoría política, y que surge como consecuencia de las críticas al fenómeno de la globalización y la proliferación de la firma de tratados de libre comercio, así como las consecuencias que estos traen para los países. Lo expresan así:

La interconexión regional y global desafía tanto la soberanía como la legitimidad de los Estados. Son un peligro a la soberanía porque la autoridad política de éstos se ve desplazada y comprometida por los sistemas regionales y globales de poder, ya sean políticos, económicos o culturales. Y son un reto a la legitimidad del Estado porque, con la mayor interdependencia regional y global, éstos no pueden suministrar bienes y servicios fundamentales a sus ciudadanos sin la cooperación internacional, y aun esta última puede resultar bastante inadecuada frente a problemas globales –desde el calentamiento global hasta los volátiles movimientos de los mercados financieros– que pueden escapar a la regulación política. (Velázquez, C. & Pérez, G. 2010, págs. 112, 113)

Nuevo enfoque de la gerencia pública

Con el proceso de modernización del Estado corre paralela la visión de una nueva gerencia pública, por ser complementarios como procesos inacabados. En particular, la nueva gerencia pública surge en la medida que el ente público esté dispuesto al cambio para responder a las necesidades que plantea la sociedad. Se requiere organizaciones flexibles y con capacidad de adaptación y, por supuesto, con gerentes públicos innovadores, que generen espacios de participación democrática en donde se permita la creación de redes que faciliten la toma de decisiones y la implementación de políticas públicas. Lo anterior será posible materializarlo solo si se crea, por parte del Estado y los administradores públicos, una nueva cultura de responsabilidad en la prestación del servicio público, acompañada de nuevos valores en torno a lo que es el Estado y su función frente a los particulares.

Modernizar el Estado en éste y todos los casos es mucho más que el acceso a las tecnologías de información y a las técnicas de management; reducción del déficit fiscal y reducción del gasto público. Es sobretodo centrar la atención en la calidad de las personas que conforman las organizaciones para que manifiesten su creatividad e innovación en la producción de bienes y servicios. (Navarro, 1998, p.7)

Desde el ámbito de lo público, es posible hoy visualizar los grandes desafíos que afrontaran los actuales y futuros gobernantes, en el proceso de modernizar el Estado. Estos tienen como reto principal, propiciar políticas públicas que fomenten una relación fluida entre el gobierno y el sector privado, de tal forma, que haciendo uso de las TIC dentro de la estrategia pública del gobierno electrónico o gobierno en línea se promueva el crecimiento económico, y de paso, se consoliden procesos democráticos.

De acuerdo con la CEPAL (1998) este aspecto muestra que:

No obstante, las transformaciones que se producen al interior del Estado y por consiguiente en la sociedad, empiezan a producir impactos positivos en los niveles de productividad, eficiencia en los servicios, actualización tecnológica que agiliza los procesos burocráticos y una serie de otros sucesos que en la reformulación del rol del Estado, se señala como un profundo redimensionamiento del aparato estatal y, al mismo tiempo, un mejoramiento sustancial de la efectividad del Estado como ente capaz de regular la transformación productiva y de liderar en el logro de la equidad social. (pág.10)

En el fondo, no solo la estructura del Estado es la que ha de democratizarse, sino que es la sociedad en general la que, con la ayuda de la información y del

conocimiento, facilitada por las TIC, debe conseguir una mayor y real posibilidad de participación en los destinos del país.

Para hacer converger los intereses de la sociedad en su conjunto y dar sentido al término ciudadanía se torna necesario el fortalecimiento del sujeto popular y las organizaciones sociales. El desmantelamiento del Estado, entendido como la reducción de sus obligaciones frente al ciudadano, lleva a estos grupos a actuar al margen de él en la búsqueda de respuestas a sus demandas legítimas. Pero para que no queden convertidos en hechos aislados, es imprescindible que entre estos movimientos haya cierta aglutinación, coordinación o conjunción que desemboque en una redefinición del Estado que garantice el desarrollo social. Nueva construcción en la que el poder debe desconcentrarse y otorgarse mayor participación a la sociedad, lo que revestiría de sentido a los órganos gubernamentales representativos, hoy desvirtuados. Como así también daría cabida a un sujeto reformista y autónomo que haría valer su fragmentación como una forma de vehicular los distintos intereses de los grupos sociales. (Barone, 2001, p.12)

Gobierno electrónico – E-gobierno – Gobierno en línea

El origen del “gobierno electrónico” se puede rastrear desde finales de la década de los setenta, cuando surgió la discusión sobre las reformas que demandaba la administración pública, tema que desencadenó una serie de reflexiones sobre cuál era el mejor modelo para hacer eficiente la organización del Estado y situarlo más cercano a la comunidad. Sobre este escenario se presentaron dos corrientes: la primera tiene su origen en el neoinstitucionalismo y la segunda corresponde a la corriente sobre la nueva gestión pública. Esta última incluyó, dentro de sus reflexiones, la incorporación paulatina de herramientas informáticas al servicio de la organización estatal. La corriente neoinstitucional, con relación a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se debatía sobre si el impacto de estas era o no positivo debido a la brecha entre los avances tecnológicos propiamente dichos y la falta de capacitación de los servidores públicos sobre el manejo de dichas tecnologías.

La globalización y sus efectos en todos los países del continente americano produjeron varios cambios, en especial los que se refieren al sector de las telecomunicaciones, que muestran una verdadera revolución tecnológica representada en la entrada en operación de internet, con múltiples aplicaciones en la economía, el comercio, la cultura y la educación. Así mismo, se desarrolló el sistema de telefonía móvil. Ese mundo digital será la base para el auge y consolidación de la sociedad tecnológica, desde donde se proyecta el futuro de la administración pública y el

acercamiento de los ciudadanos al Estado, ampliando el espectro de la participación ciudadana en la búsqueda de garantías sociales, comunitarias e individuales.

Retomando conceptos desarrollados por el profesor Castells (1996), la información juega un papel estratégico cada vez más importante como elemento de poder. En razón de lo anterior, no es extraño que la transformación generada por la información y las nuevas tecnologías asociadas a ella, haya repercutido en una serie de aspectos, entre los más notables se encuentra lo relacionado con el manejo de la información en la vida pública y privada, el manejo de bases de datos, los adelantos de la telefonía y los servicios incorporados a ella tales como el correo electrónico (tener una o varias cuentas personales de correo), la consulta en tiempo real de información requerida o la prestación de servicios estatales de información. Todos estos desarrollos con incidencia en el derecho, la administración pública y la posibilidad de hacer uso de ellos para realizar una oportuna y segura participación en la vigilancia y control de la organización del Estado, como instancia de regulación de la vida en sociedad.

El Estado no se ha quedado atrás con respecto al uso de la información y las telecomunicaciones y los ha puesto a su servicio haciendo posible, en primera instancia, el manejo de la información para acercar las comunidades a la gestión administrativa adecuando los procesos y la estructura administrativa al logro de los propósitos de eficiencia y efectividad, que son cometidos estatales ordenados por la Constitución en su artículo segundo.

La incorporación de las TIC en la administración estatal ha generado una nueva visión de lo público y ha propiciado la modernización de la esfera pública. A este fenómeno se le ha denominado “administración electrónica” o según los organismos internacionales “gobierno electrónico” o “e-gobierno”¹. El origen de la expresión *Electronic Government* (gobierno electrónico) se encuentra en dos informes originados en los Estados Unidos de América a finales de la década de los noventa y surgen dentro de un contexto de diagnóstico sobre el uso de las TIC en los procesos de modernización del Estado. Estos informes son: *The National Performance Review* y *Nacional Information Infrastructure*, (Informe Nacional del Funcionamiento de la Infraestructura Nacional de Información) y un segundo denominado *Nacional Partnership for Reinventing Government* (Asociación Nacional para Reinventar el Gobierno).

En el caso particular de Colombia, durante los años noventa, investigadores nacionales e internacionales al analizar el desempeño del país dentro del contexto internacional coincidían en que presentaba deficiencias notables en el desarrollo

1 Otras denominaciones del “gobierno electrónico” son: “*E-governance*”, “*E-government*”, gobierno digital, gobierno en línea, teleadministración, *one-stop government*, *electronic government*, *online government*. Cada país adopta el nombre que más represente esta forma de modernización de la administración pública a través del uso de internet.

de las telecomunicaciones y, consecuentemente, la aplicación de los servicios ofertados por la administración pública eran igualmente precarios.

Desde la perspectiva internacional es importante destacar la labor de los organismos multilaterales como Naciones Unidas (ONU), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planeación Económica y Social (ILPES) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), entre otros. Ellos han propiciado conferencias en donde se describen experiencias exitosas, que por sus efectos son compartidas a los países miembros, los cuales adquieren el compromiso de ponerlas en marcha. Seguidamente, se identifican algunas de estas reuniones, en particular, las que han impulsado el uso de las TIC en el proceso de modernización del Estado.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó en el año 2000 a los Estados miembros para que participaran en una conferencia de alto nivel sobre la promoción de una administración moderna. Los Representantes de América Latina y el Caribe se reunieron para preparar su participación y suscribieron la Declaración de Florianópolis, en donde se establece como una de las líneas de acción la siguiente:

Promover una administración más eficiente, eficaz y transparente por parte de los gobiernos a todo nivel, mediante el ofrecimiento en línea de información a los ciudadanos, mecanismos de control de gestión, servicios, trámites y contratación estatal de bienes y servicios a través de las redes digitales. (Declaración de Florianópolis, 2000)

Posterior a esta reunión, en la Cumbre de las Américas, celebrada en la ciudad de Quebec en 2001, surgió, por parte de los jefes de Estado y de gobierno presentes, la iniciativa de promover una Agenda de Conectividad como estrategia nacional, regional y subregional, lo cual obtuvo su aprobación mediante Resolución 39 de la Conferencia Mundial de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Como resultado de ello, se inició un estudio que buscaba evaluar “el grado de preparación del Gobierno para realizar la transición al Gobierno Electrónico”. El estudio tenía tres elementos a evaluar, a saber:

a) si el Estado podía convertirse en un usuario modelo para motivar a otros sectores de la sociedad para que se conecten; b) colocación de información, transacciones y servicios de los Gobiernos en línea; y c) La puesta en marcha de sistemas de adquisición en línea. (CITEL, 2002)

La resolución da origen a la Agenda de Conectividad para las Américas y Plan de Acción de Quito.

Otro de los grandes pasos en la construcción del gobierno electrónico lo constituye la aprobación de la Resolución 56/183 de 2001, por parte de los paí-

ses miembros de las Naciones Unidas, que convoca a la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Esta cumbre se celebró en dos fases: la primera celebrada en Ginebra en el año de 2003. Allí se firmó la Declaración de Principios en la que se expresa la voluntad política para preparar los fundamentos de una sociedad de la información y se estableció un plan de acción que contemplaba entre otros los siguientes objetivos: i) conectar los departamentos de gobierno locales y centrales y crear sitios Web y direcciones de correo electrónico; ii) instruir a los gobiernos en formular políticas nacionales que comprendan estrategias de gobierno electrónico para que la administración pública sea más transparente, eficaz y democrática y finalmente, iii) identificar aplicaciones de las TIC que propicien entornos para la implementación del gobierno electrónico.

La segunda fase fue convocada en Túnez en el año 2005 y concluyó con la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Esta fase tuvo como propósito poner en marcha el Plan de Acción de Ginebra, en especial en la línea de acción número 7 que señaló: “*Aplicación de las TIC: beneficios en todos los aspectos de la vida*”. Adicionalmente, en esta cumbre se alcanzaron acuerdos alrededor de mecanismos de financiación, seguimiento y aplicación de los documentos suscritos en estas dos fases. De esta manera, en Túnez se establece una Agenda para la Sociedad de la Información.

A estas dos conferencias siguieron otras tantas en el entorno latinoamericano como por ejemplo La Conferencia Ministerial Regional preparatoria de América Latina y el Caribe para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, que se realizó con el auspicio de la CEPAL. Esta conferencia se celebró en las playas Bávaro, Punta Cana, República Dominicana, del 29 al 31 de enero de 2003 y dio origen a la “*Declaración de Bávaro*”.

En la *Conferencia Preparatoria Regional Ministerial de América y Latina y el Caribe* para la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, celebrada el 10 de junio 2005 en Río de Janeiro, Brasil, se aprobó oficialmente el Plan de Acción Regional eLAC2007. Este Plan se conoce como el Compromiso de Río y concibe *El Plan de Acción* como una agenda de política pública regionalmente concertada, que reconoce la importancia de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) para la consecución del desarrollo económico y social de los países de la región.

El eLAC2007 (2007) fija, en la meta número 15 con relación con el gobierno electrónico, ocho (8) medidas relacionadas con: (1) cooperación regional, (2) interoperabilidad, (3) ventanillas únicas, (4) firma electrónica/firma digital, (5) modelos de seguridad y preservación de la información, (6) medios de pago electrónico, (7) contratación electrónica y (8) información georeferenciada.

En el año 2006, los Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA),

reunidos en Santo Domingo, República Dominicana, aprobaron la “*Declaración de Santo Domingo: Gobernabilidad y desarrollo en la sociedad del conocimiento*”.

Finalmente, es importante señalar que el gobierno electrónico alcanza su mayor desarrollo con la “*Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*” (2007), que en su preámbulo señala:

Los Ministros de Administración Pública y de la Reforma del Estado y los Jefes de Delegación de los Gobiernos iberoamericanos, reunidos los días 31 de mayo y 1° de junio de 2007, en Pucón, Chile, en ocasión de la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado renovaron su compromiso con la Reforma del Estado, el fortalecimiento de sus instituciones públicas y la modernización de sus mecanismos de gestión, teniendo en cuenta que la calidad de los organismos públicos es fundamental para el desarrollo, la igualdad de oportunidades y el bienestar social.

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico aborda temas relacionados con la simplificación de procedimientos, seguridad, direcciones, sitios, registros, documentos y archivos electrónicos, protección de datos, formación, planificación, interoperabilidad, usabilidad y portales únicos, entre otros muchos temas que son de relevante utilidad para el presente estudio.

En Colombia, el concepto de gobierno electrónico se desarrolla dentro del Programa de Agenda de Conectividad y se denomina Estrategia de Gobierno en Línea, la cual se estableció con carácter obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1151 de 2008.

El programa *Agenda de Conectividad: El Salto a Internet* representa la reunión de las acciones orientadas a impulsar el desarrollo social y económico de Colombia mediante la masificación de las tecnologías de la información” (CONPES 3072, 2000, pág.12)

El Gobierno en línea es entonces la estrategia del gobierno colombiano en la que adecúa tendencias y estándares internacionales denominadas “*E-Government*”; liderada y orientada por la Organización de Naciones Unidas y cuya finalidad busca la modernización estatal, la implementación de políticas de racionalización de trámites y, sobre todo, el uso de las TIC para permitir de manera efectiva la relación ciudadanos y empresarios con la administración pública. Con el Decreto 1151 de 2008, el Gobierno establece los lineamientos de la implementación de la “Estrategia de Gobierno en Línea de la República de Colombia”, cuyo objetivo es contribuir con un Estado más eficiente, transparente, participativo y que preste mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas, mediante el beneficio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

3. Mecanismos jurídico - administrativos que propician la flexibilización de la gestión del Estado

Se hace inminente identificar y analizar los principales cambios requeridos que integren eficientemente las TIC, acerquen al país al mundo globalizado y, a su vez, contribuyan a constituir escenarios propios para el surgimiento de nuevos estilos de gestión organizacional que influyencien los procesos de acercamiento entre el Estado y la sociedad civil. Para lograr este propósito, el Estado debe estar dispuesto a implementar mecanismos jurídicos que hagan posible romper la rigidez de su estructura y permitan que en la toma de decisiones políticas, cada ciudadano o grupo representativo de la sociedad civil sean los verdaderos y auténticos protagonistas.

Las nuevas tecnologías incorporadas a la gestión pública se constituyen en motor para el desarrollo de los Estados. Poner a disposición de los particulares un gobierno electrónico significa que los servicios gubernamentales están pensados para dar respuestas efectivas, prontas, seguras e incluyentes a los ciudadanos.

Dentro de este concepto de inclusión, el gobierno electrónico se constituye en la forma pertinente para responder a las crecientes demandas de información y servicios gubernamentales que denoten neutralidad y transparencia en el hacer del Estado. Finalmente, y como una etapa de mayor adelanto, habilita la posibilidad de exigir y recibir rendición de cuentas de los funcionarios. El gobierno electrónico se proyecta, hacia el futuro, como el impulsador de las expectativas de lo que los gobiernos pueden y deben hacer con el apoyo de las TIC y que han de concretarse en el fortalecimiento de los servicios públicos y del desarrollo equitativo centrado en las personas.

Por otra parte, la implementación del e-gobierno plantea grandes retos entre los cuales se destacan los siguientes: i) la reducción de la denominada brecha digital; ii) el aumento del acceso a los servicios públicos en poblaciones vulnerables y comunidades alejadas, como consecuencia del uso de la información en la nube; iii) la implementación de servicios más prácticos, como los quioscos de servicios electrónicos y; iv) la inclusión de otros servicios que hagan posible sustentar, fortalecer y poner a disposición de todos los segmentos de la sociedad la gestión del Estado.

A continuación se presentan algunos mecanismos que fueron identificados en el desarrollo de la presente investigación como respuesta a los objetivos propuestos en la misma, veamos:

a. Creación de nuevas formas de administración del Estado en las que se propicia la descentralización territorial y funcional

Al Estado siempre se le ha criticado la forma centralista como pretende dar solución a los problemas del país. Es común encontrar en las reuniones de alcaldes o gobernadores, agrupados en asociaciones, la solicitud de mayor presencia del

Estado en zonas en donde no se cumple con las funciones fundamentales del mismo y ver cómo este fenómeno se convierte en un factor que propicia la presencia de grupos alzados en armas que, con su actuar, suplen la institucionalidad. Al respecto, una solución sería buscar nuevas formas de ejercer la administración dentro de un enfoque descentralizador que le den vida a las regiones como forma de organización consagrada en la Constitución. Sería un modelo intermedio entre las gobernaciones y el ejecutivo, de tal suerte que otorgue a esos nuevos entes territoriales una organización no piramidal, sino colaborativa, facultándolas para hacer uso de metodologías gerenciales que permitan reacciones inmediatas y cercanas a la comunidad.

Se desprende de la propuesta anterior que, reconociendo la necesidad de que sea inmediata la pérdida de rigidez de la estructura del Estado con el fin de otorgar adecuados procesos administrativos en la etapa del posconflicto al que está llegando el país, dentro del proceso de paz que adelanta Colombia, se debe propiciar una mayor autonomía de los municipios y departamentos para dar soluciones a los intereses de las comunidades dentro de cada uno de estos entes territoriales. En efecto, una mayor descentralización o autonomía de estos entes exige dotarlos efectivamente de los recursos para que ello sea posible.

De todo lo dicho podemos concluir que, si bien se hacen necesarias nuevas formas de participación social, éstas deben integrarse como suma junto a la responsabilidad que el Estado ya tiene y no encauzarse a restarle parte de su responsabilidad en la búsqueda de una mayor equidad en la región, clave para el desarrollo. (Barone, 2001, p.1)

b. Ampliación de la oferta de servicios gubernamentales en línea

Se necesita crear nuevos esquemas de administración pública, resultado de los adelantos en las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan desarrollar mecanismos de respuesta a las necesidades de la sociedad, de tal forma que hagan posible la vinculación de nuevos actores políticos y sociales y surjan acuerdos explícitos e implícitos, de larga duración, entre estos actores y el Estado, en torno a la participación ciudadana tendiente a dar soluciones a las inquietudes que emanen sobre los servicios del Estado; se deben crear espacios para debatir las inquietudes sobre la definición de políticas públicas de trascendencia social y se debe dar cabida a manifestarse sobre las acciones de la administración en general para que emerjan procesos efectivos de seguimiento y evaluación.

En este orden de ideas y de acuerdo con el *Manual para la implementación de la Estrategia Gobierno en Línea en las entidades del orden nacional de la República de Colombia* (MinTic, 2012) la participación de la sociedad en general se consolida como el derecho de los ciudadanos a participar en la construcción de lo público y

de las organizaciones para abrirse a la sociedad y mostrar sus problemas propiciando la acción de actores que tengan soluciones disponibles en menor tiempo y a mejores costos.

En este mismo sentido se expresa el profesor Navarro (1998):

[P]or lo tanto en concordancia con este papel relevante que se le asigna a la sociedad civil, las organizaciones que conforman el Estado se deben transformar en la misma dirección, es decir, se deben organizar privilegiando como núcleo de la estructura y de su proceso de trabajo a los usuarios y clientes de sus productos y servicios tanto internos como externos. (p. 6)

La revolución digital no puede excluir parte de la sociedad y es allí en donde la labor del Estado, como promotor de la industria privada, debe generar instrumentos que le permitan a las empresas privadas ofrecer los avances de las comunicaciones, en condiciones favorables, sin desfavorecer, por costo, a una parte de los posibles usuarios.

La llamada “brecha digital”, como concepto, fue introducido a mediados de la década de los noventa y se presentó como una brecha en el desarrollo y no como una brecha en la infraestructura. La *Declaración de la Cumbre sobre la Sociedad de la Información*², en la que se asume la temática de la sociedad de la información y de su estudio, propone múltiples estrategias para lograr que todos los países en desarrollo se beneficien de las nuevas TIC (ONU, 2005).

La legislación colombiana consagra el Derecho a la Información como una norma de rango constitucional, en donde se constituye, dentro de la estrategia de gobierno en línea, como condición básica para propiciar la transparencia en la gestión pública y con ello reducir los riesgos de corrupción, pues eleva los niveles de transparencia. Esta última, a su vez, aporta elementos al cuidado de los recursos públicos y genera condiciones de afianzamiento de la relación de los diferentes actores con la administración pública, elemento clave para la gobernabilidad y la creación de capital social. A propósito el MinTIC precisa:

Adicionalmente la información que poseen las entidades conforma un bien público, el cual puede ser utilizado por terceros en la creación de valor para la ciudadanía en general a través de esquemas de datos abiertos, los cuales ofrecen una ventana de oportunidad para la generación de más y mejores servicios apalancados en las condiciones del mercado. (MinTIC, 2012, p.22)

2 Declaración que se suscribió producto de la *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información* (CMSI) realizada en diciembre de 2003, en Ginebra, y la adelantada en noviembre del 2005, en Túnez.

De igual manera la implementación del nuevo modelo de Gobierno en línea implica para las entidades la alineación de actividades con otros temas esenciales de la gestión pública en Colombia, como lo son: la Política Antitrámites, la Política Nacional del Servicio al Ciudadano, la Política de Rendición de Cuentas a la Ciudadanía, la Política Nacional Anticorrupción, la Política Nacional de Archivo y Gestión Documental, entre otras. (MinTIC, 2012, p.5)

c. Participación efectiva de la ciudadanía en la toma de decisiones gubernamentales con el uso de plataformas digitales y redes sociales

La participación de la sociedad en la construcción de su propia institucionalidad debe ser cada vez más activa, dejando de lado los conceptos propios de regímenes centralistas, dando prelación, en forma real y efectiva, a las mayorías sociales. Es función prioritaria del Estado legitimar la participación, estimular la cultura política y eliminar la apatía ciudadana, producto de la desconfianza y descredito hacia la clase política.

El profesor Castells (1998), refiriéndose a la participación democrática, afirma:

La participación no es la democracia. La democracia no es un principio de reforma de la administración porque es un principio político establecido y que se da por sobre-entendido en nuestro contexto. Podría incluso pensarse que sin democracia los estados nación se hacen inviables a medio plazo en un contexto mundial que plantea constantes desafíos. (pág.13)

Más adelante, el profesor Castells se manifiesta en el sentido de considerar que los ciudadanos articulados con los Estados, mediante el uso de una comunicación fluida, pueden generar debates que integren asuntos que afectan directamente a la comunidad. Finalmente expresa:

Sin participación, la democracia se irá vaciando de contenido para amplios sectores de la población, sobre todo para los ‘sin voz’, cuya carencia de recursos materiales y culturales, en ausencia de procesos participativos, les condena a ser comparsas o enrabiados (pág.13).

Incentivar la participación ciudadana en la toma de decisiones gubernamentales exige el uso eficiente de plataformas digitales, redes sociales y herramientas que permitan el intercambio electrónico de información y conocimiento tales como el correo electrónico, las conferencias electrónicas, la firma electrónica, la contratación por medios electrónicos o la notificación de actos administrativos en forma virtual. En consonancia, propiciar todo aquello que las tecnologías de la

información y las telecomunicaciones faciliten para suscitar el debate y la puesta en común de soluciones viables a los problemas específicos de la sociedad o hagan viable otros servicios propios del Estado como, por ejemplo, trámites administrativos o sistemas de quejas y reclamos.

El gobierno colombiano, en desarrollo de la Estrategia del Gobierno en Línea, considera que:

El rol de los ciudadanos también ha venido transformándose, las formas de expresión son diversas y se basan en mecanismos más directos y más poderosos, la mayoría apoyados en el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC. La ciudadanía tiene un conocimiento importante que puede ser aprovechado en beneficio de las sociedades y el Estado puede servir de plataforma para canalizar y potenciar dicho conocimiento. Asimismo, son los ciudadanos los beneficiarios directos de las políticas públicas y de la toma de decisiones, lo que hace cada vez más imperante involucrarlos activamente en su construcción y validación. (MinTIC, 2012, p.4)

En el contexto de la implementación del gobierno electrónico, los estados tienen la labor de propiciar cambios en su forma de operar y gestionar, de tal suerte que se garantice una mejor y fácil comunicación entre éstos y el ciudadano. Optimizar la comunicación ha de tener como metas las siguientes: i) hacer más eficiente la gestión pública; ii) mejorar la satisfacción de los usuarios; iii) proteger y optimizar los recursos públicos y iv) promover y hacer más y mejor control social.

A propósito de lo expuesto, se transcribe la definición de democracia en línea propuesta por el MinTIC:

Democracia en línea: comprende todas las actividades para que las entidades creen un ambiente para empoderar a los ciudadanos e involucrarlos en el proceso de toma de decisiones. Con estas actividades se propicia que el ciudadano participe activa y colectivamente en la toma de decisiones de un Estado totalmente integrado en línea. Igualmente, se promueve que las entidades públicas incentiven a la ciudadanía a contribuir en la construcción y seguimiento de políticas, planes, programas, proyectos, la toma de decisiones, el control social y la solución de problemas que involucren a la sociedad en un diálogo abierto de doble vía. (MinTIC, 2012, p.8)

4. Mecanismos jurídico-administrativos implementados por el gobierno colombiano dentro de la estrategia de gobierno en línea

En cumplimiento de los compromisos internacionales sobre la implementación del gobierno electrónico, el Estado colombiano ha venido adoptando, desde el

año 2000, políticas públicas que buscan conseguir un “buen gobierno” y en ese marco institucional adoptó la Estrategia de Gobierno en Línea que se constituyó en un instrumento de utilidad para modernizar la administración pública y hacer uso de los avances vertiginosos de las TIC, en este sentido puso al servicio de la ciudadanía una serie de programas que se aplican a todas las ramas del poder público y a todos los niveles territoriales.

De acuerdo con el Ministerio de las TIC, en Colombia existen cerca de 1.900 posibilidades de realizar operaciones, tramitar, solicitar información o servicios con el Estado, facilitados por los medios electrónicos. Entre estas soluciones se puede resaltar:

- a. El sistema de pagos de aportes a la seguridad social, por medio del aplicativo tecnológico de transferencia electrónica de fondos denominado Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), dirigido a trabajadores independientes y empresas.
- b. El Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT) para asuntos relacionados con los automotores.
- c. El Portal Único de Contratación (PUC).
- d. El Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).
- e. El programa Colombia Compra Eficiente, que permite la optimización de la compra de productos y servicios por parte del Estado.
- f. El Plan Vive Digital que impulsa la masificación del uso de internet con el fin de reducir la pobreza, generar empleo y que todos los colombianos cuenten con un espacio virtual en el que puedan acceder a su correo electrónico, documentos oficiales, formularios de pago de impuestos. También permite solicitar certificados de propiedad, conocer la historia médica, obtener el Certificado Judicial y los antecedentes disciplinarios y fiscales.
- g. El programa Caja de Cristal en el que los ciudadanos pueden realizar preguntas y propuestas a los entes gubernamentales.

La Agenda de Conectividad definió, por primera vez, los componentes tecnológicos que constituirían el gobierno en línea. Uno de ellos se refiere a la plataforma de servicios que el Gobierno nacional puede brindarle a los ciudadanos, por medio de la plataforma web, desde donde se desprenderán los sitios web de las entidades públicas. Este componente se denomina Portal del Estado Colombiano (PEC) y está vinculado con el sitio web: www.gobiernoenlinea.gov.co, ello permite el acceso de los ciudadanos a la información oficial y servicios que el Estado presta a través de medios virtuales. Otro componente fundamental se refiere a intranet o comunicación entre las instituciones estatales.

En el *Manual de Políticas y Estándares para la Gestión de información, Trámites y Servicios del Estado Colombiano a través de Medios Electrónicos* (MinTIC, 2012) se fijaron los protocolos para que las entidades públicas dispongan en línea de diversos trámites y servicios. Así mismo, se impuso una plantilla para el diseño de los sitios web y se estableció un único lenguaje o código de programación, el GEL-XML (*Gobierno en Línea Extensible Markup Language*).

En las páginas web de cada una de las entidades se debe cumplir con la Resolución No. 3564 de 2015, *Por la cual se reglamentan aspectos relacionados con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Anexo 1 Estándares para publicación y divulgación de información* (Colombia, MinTIC, 2015), la cual de manera general identifica los aspectos centrales y las posibles herramientas que permiten al ciudadano tener conocimiento de la información pertinente de las entidades estatales. Al respecto, se espera que la entidad informe los canales de comunicación para los ciudadanos, usuarios y grupos de interés dispuestos en medios virtuales.

El uso de medios virtuales pretende, en primer lugar, que el Estado colombiano sea eficiente, transparente y participativo y, adicionalmente, que ofrezca mejores y oportunos servicios a la sociedad. De modo que el desarrollo de la estrategia gobierno en línea se desarrolla bajo tres ejes de acción aplicables tanto a las ramas del poder público, como a todos los tres niveles territoriales. Esos ejes de acción son: mejorar los servicios a los ciudadanos y a las empresas; fortalecer la transparencia del Estado y participación ciudadana y, tercero, mejorar la eficiencia del Estado.

De conformidad con el *Plan Estratégico de Optimización y Automatización de Cadenas de Trámites en la Administración Pública Colombiana*, aprobado por el Ministerio de las TIC (MinTIC, 2009), los componentes que identifican cada uno de los ejes son:

- a. Mejorar los servicios a los ciudadanos y a las empresas: ofrecer servicios que realmente respondan a las necesidades de los ciudadanos y las empresas; optimar la calidad de dichos servicios provistos por el Estado; ahorrar costos y tiempo para el ciudadano; atender de manera unificada al ciudadano; incrementar la satisfacción de los ciudadanos en su interacción con el Estado; simplificar los trámites que los ciudadanos deben realizar ante el Estado y promover el acceso a los servicios del Estado a través de múltiples canales.
- b. Fortalecer la transparencia del Estado y la participación ciudadana: incrementar la visibilidad de los asuntos públicos (oferta de información y rendición de cuentas); facilitar el conocimiento de la gestión del Estado, mejorar la confianza en la gestión del Estado; crear nuevos canales que faciliten la participación ciudadana y el control de la gestión pública y

facilitar la interacción ciudadano/Estado y obtener retroalimentación de los ciudadanos.

- c. Mejorar la eficiencia del Estado: perfeccionar la calidad, oportunidad y estandarización de la información para el diseño, planeación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y racionalizar y optimizar los recursos del Estado.

Conclusiones

A manera de conclusión, la importancia del presente estudio consiste en describir las obligaciones que se le imponen al Estado a raíz de la incorporación de las TIC en la administración del mismo, sin perder de vista que el acceso a estas es un derecho fundamental reconocido en el artículo número 27 de la Declaración de los Derechos Humanos en 1946, y que dice: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (ONU).

No obstante lo anterior, la investigación ha permitido entender que el Estado debe recuperar su rol central en la vida pública, superar aquella idea de reducir el tamaño del mismo y limitar su actividad solo a temas sociales y, en particular, los servicios para los más pobres. Cuando se afirma que se trata de recuperar el rol central, se hace alusión a que el Estado tiene una responsabilidad fundamental: ser el responsable de garantizar el efectivo acceso a los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos.

No se puede desconocer que los procesos de globalización, acompañados de los cambios en las tecnologías de la información y de las comunicaciones, exigen una verdadera redefinición de las funciones del Estado, transformándolo de mero administrador de los intereses públicos a uno que propicie la participación de los ciudadanos en los procesos de definición de las políticas públicas, con miras a lograr una auténtica democracia participativa que tenga como norte los principios constitucionales de transparencia, calidad, universalidad, bien común y demás aspectos esenciales del Estado de Derecho, que la verdad sea dicha, en el caso colombiano, aun no son claros y contundentes y las acciones gubernamentales solo se practican como reacción a exigencias del mercado y no como fruto de una auténtica visión de gobierno en búsqueda de los fines esenciales del Estado.

La transformación del Estado colombiano es un imperativo ineludible, no solo como organización prestadora de servicios a los ciudadanos, sino también como ente dinamizador de la sociedad en general que permita procesos de reingeniería que le hagan competitivo en el marco de las exigencias de una economía globalizada, con la participación activa de los particulares.

El gobierno electrónico debe propender por concretar ideales administrativos como la calidad y eficacia de los servicios que presta a los ciudadanos, la participación de la comunidad en general e incentivar una mayor confianza en la labor del Estado, como garante del logro de los objetivos superiores de la administración pública, que se concretan en los fines esenciales del Estado, plasmados en la Constitución Política.

La estrategia gobierno en línea en Colombia ha permitido grandes beneficios en las tres ramas del poder público del Estado y a todos los niveles territoriales. Dentro de esos logros se pueden señalar: el mejoramiento en los tiempos de respuesta de los trámites y servicios, la calidad de la información que se brinda en las páginas web, la apertura de escenarios propios para que la ciudadanía participe activamente en el ejercicio de control de la actividad administrativa o en la definición de políticas públicas. Así mismo, se han implementado otras formas de participación como: poder presentar observaciones sobre el nombramiento de funcionarios que dependen de la Presidencia de la República, cargos sometidos al análisis de los interesados. No obstante, quedan pendientes grandes transformaciones, como, por ejemplo: el voto electrónico, la participación efectiva de las comunidades en la discusión de los presupuestos en todos los ámbitos de la administración, la eliminación de trámites y el fortalecimiento de los formularios en línea para la apertura de nuevas sociedades y terminación de las que no son exitosas, entre otros.

Los aspectos señalados anteriormente se han convertido en verdaderas políticas públicas que articulan la gestión de todos los entes del Estado y que se hacen visibles dentro de la estrategia de gobierno en línea. Algunas de ellas son: la *Política Antitrámites*, la *Política Nacional del Servicio al Ciudadano*, la *Política de rendición de cuentas a la ciudadanía*, la *Política Nacional Anticorrupción*, la *Política Nacional de Archivo y Gestión Documental*.

La investigación desarrollada para evaluar los mecanismos jurídico-administrativos que pueden ser implementados por el Estado colombiano para darle acceso a obtener una estructura administrativa más flexible y con ello responder, en forma oportuna, a las exigencias originadas en las políticas públicas que atienden los fenómenos de la internacionalización y la globalización, dentro del marco de gobierno electrónico o gobierno en línea, permiten afirmar, de forma argumentada, que el abanico de alternativas propuestas dan cuenta de cómo las TIC propician la implementación de mecanismos jurídico - administrativos y hacen efectivos los servicios que el Estado presta a los ciudadanos en cumplimiento con las funciones públicas enmarcadas en principios constitucionales y legales que imponen la construcción de una administración estatal democrática, solidaria y participativa. Pero quedan muchas otras más para poder garantizar una verdadera modernización de la actividad del Estado y el aseguramiento del ejercicio fundamental a gozar de los adelantos científicos y tecnológicos.

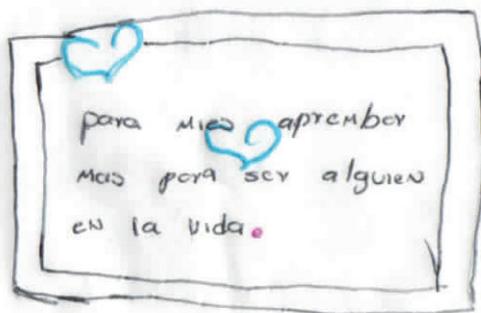
Referencias

- Albornoz, M. B. (2006). *Versiones de Gobierno Electrónico implementadas por el Municipio de Quito*. Informe ganador de Ecuador en el concurso de investigación Experiencias andinas de gobierno electrónico: la problemática de la participación ciudadana, organizado por FLACSO Ecuador y financiado por el Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo (IDRC-CDRI) Ottawa, Canadá.
- Barone, M. (2001). *Globalización y posmodernidad: encrucijada para las políticas sociales del nuevo milenio*. Universidad de Sao Paulo. Recuperado de: <http://www.cepal.org/mujer/noticias/noticias/0/8260/posmodernidad.pdf>
- Castells, M (1996). *The Information Age*. Blackwell Publishers.
- Castells, M (1998). *Hacia el Estado Red. Globalización económica e instituciones políticas en la era de la información*. Ponencia presentada en el Seminario sobre “Sociedad y reforma del Estado”, organizado por el Ministerio de Administracao Federal e Reforma Do Estado, República Federativa do Brasil. Sao Paulo, 26-28 marzo 1998.
- CEPAL/CLADES, (1995). Los sistemas de información y el desafío de los cambios globales. *Serie Información y Desarrollo Casilla 179-D*, Santiago de Chile. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9695/S9500142_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL). (2003). *Agenda de Conectividad para las Américas y Plan de Acción de Quito*, pp 54
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007*. Recuperado de: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view>
- Colombia. Consejo de Estado. Sentencia 763 de (2011).
- Colombia. Ministerio de las T.I.C. (2015). Resolución No. 3564. Por la cual se reglamentan aspectos relacionados con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, Anexo 1, “Estándares para publicación y divulgación de información”, Diario Oficial No. 49.829 de 30 de marzo de 2016
- Colombia. Ministerio de Comunicaciones. (2019). *Plan Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. República de Colombia.
- Colombia. Ministerio de las T.I.C. (2012). *Manual para la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea en las entidades del orden nacional de la República de Colombia*, Bogotá, pp.94
- Colombia. Ministerio de las T.I.C. (2011). *Manual 3.0 para la implementación de la estrategia de gobierno en línea en las entidades del orden nacional de la república de Colombia*, Bogotá, 2011, pp.48

- Colombia. Ministerio de la T.I.C. (2009). *Plan estratégica de optimización y automatización de cadenas de trámites en la administración pública colombiana República de Colombia*, Bogotá, 2009, pp.108
- Colombia. Ministerio de la T.I.C. (2000). CONPES 3072. Agenda de Conectividad, Bogotá.
- Cooperación RED (2009). *Redes para el Desarrollo Humano: Redes globales emergentes*. Grupo de trabajo C-56. Recuperado de: <http://www.cibersociedad.net/congres2009/es/coms/redes-globales-emergentes/137/>
- Cortés Sánchez, J. D. & Cardona Madariaga, D. F. (2015). *Gobierno Electrónico en América Latina – Revisión y Tendencias*. Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, pp.114
- Drucker P. (1994). *La Sociedad Postcapitalista*. Bogotá. Norma.
- Durán, V. M. (2001). Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. Ponencia: *VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos*. México, 22-25 de abril de 2001. Recuperado de: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/4/44/Estado_Social_de_Derecho%2C_Democracia_y_Participaci%C3%B3n.pdf
- Enríquez Pérez, I. (2002). Los procesos de globalización y la política pública como instrumento reestructurador del espacio urbano en México. *Revista Economía, sociedad y cultura*, enero de 2002. Recuperado de: <http://rcci.net/globalizacion>.
- IV Congreso de la cibersociedad (2009). Crisis analógica, futuro digital. Grupo de trabajo C-56: Redes para el Desarrollo Humano: la Cooperación Red. Recuperado de: <http://www.cibersociedad.net/congres2009/es/gts/redes-para-el-desarrollo-humano-la-cooperacion-red/56/>
- Naser, A. & Concha, G. (2011). *El gobierno electrónico en la gestión pública*. Editorial CEPAL, ILPES. Santiago de Chile, pp. 41. Recuperado de: http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/3/54303/El_Gobierno_electronico_en_la_gestion_Publica.pdf
- Navarro Vargas, Á. F. (1998). Gerencia Pública y Modernización del Estado. *Revista Costarricense de Trabajo Social*, núm., pp. 59 – 67. Recuperado de: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000174.pdf>
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (2008). *UN E-Government Survey 2008*. Nueva York. Recuperado de: http://www.unpan.org/egovkb/global_reports/08report.htm
- Organización de Naciones Unidas (ONU). (2012). *Resumen Ejecutivo*. En: Estudio de las Naciones Unidas sobre el Gobierno Electrónico, 2012 Gobierno electrónico para el pueblo, 2012. Nueva York, pp. 1–9.
- Ospina Bozzi, S. M. (2000). Globalización y Desarrollo local: hacia una perspectiva municipalista. *Ponencia plenaria V Congreso Iberoamericano de Municipalistas*. Baeza, España.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2009). AGENDA DE CONECTIVIDAD, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Informe de Gobierno en Línea 2008-2009, Recuperado de: <http://programa.gobiernoenlinea.gov.co>

- Suelt Cock, V. (2008). La organización territorial colombiana frente a la tendencia de configuración federal. *Revista de Estudios Socio Jurídicos* 1, 155-200. Recuperado de: http://www.javeriana.edu.co/pesquisa/wp-content/uploads/pesquisa32_04.pdf
- TELECOM (1990). *Las telecomunicaciones en el gobierno de Virgilio Barco 86-90*. Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Bogotá.
- Velázquez Becerril, C. A. & Pérez Pérez, G. (2010). Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. *Política y Cultura, otoño 2010*, núm. 33, pp. 107-127
- Vieira Silva, J. G. (2008). *Administración Pública para el Desarrollo Integral: Una Cuestión de Interés Público*. Recuperado de: https://www.academia.edu/7335500/ADMINISTRACION_PUBLICA_PARA_EL_DESARROLLO_INTEGRAL_UNA_CUESTION_DE_INTERES_PUBLICO.

que es para ti la educación



Autor: Marisol Durango Torres

A propósito de la “fundamentalidad” del derecho a la vivienda. La experiencia Argentina*

José Sebastián Kurlat Aimar**

Resumen

Muchas veces se ha dicho que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental y, ciertamente, lo es. En este trabajo nos interrogamos sobre aquello que otorga jurídicamente la nota de la fundamentalidad a tal derecho desde una doble perspectiva: doctrinal y normativa. El derecho a la vivienda, efectivamente, puede asociarse a dimensiones tales como la igualdad real, el normal ejercicio de la ciudadanía, la autonomía y la dignidad de la persona. Estas aristas se encuentran en textos normativos y en la jurisprudencia en todos los niveles.

Palabras clave: vivienda; derechos sociales; derechos fundamentales; pobreza; teoría del derecho.

About the “fundamentality” of the right to housing. The Argentine experience.

Abstract

It has often been said that the right to housing is a fundamental right and, certainly, it is. This paper wonders about what gives legally the note of fundamentality to such a right from a double perspective: doctrinal and normative. Indeed, the right to housing can be associated with dimensions such as real equality, the normal exercise of citizenship, the autonomy and the dignity of the person. These edges are found in normative texts and in jurisprudence of all levels.

Keywords: housing; social rights; fundamental rights; poverty; legal theory.

A propósito da “fundamentalidade” do direito à moradia. A experiência Argentina

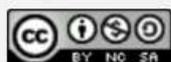
Resumo

Muitas vezes afirmou-se que o direito à moradia é um direito fundamental e, certamente, ele é. Neste artigo nos perguntamos sobre aquilo que concede juridicamente a nota da fundamentalidade a tal direito desde uma dupla perspectiva: doutrinal e normativa. O direito à moradia, efetivamente, pode se associar com dimensões tais como a igualdade real, o normal exercício da cidadania, a autonomia e a dignidade da pessoa. Estas arestas encontram-se em textos normativos e na jurisprudência em todos os níveis.

Palavras-chave: moradia; direitos sociais; direitos fundamentais; pobreza; teoria do direito.

* Artículo de investigación. Este es parte de una investigación posdoctoral financiada por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

** Doctor en Derecho – Universidades de Buenos Aires y Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET – Argentina). Correo electrónico: seaskur@hotmail.com ORCID: 0000-0002-0670-5154



A propósito de la “fundamentalidad” del derecho a la vivienda. La experiencia Argentina

1.- Introducción

En Argentina ciertas cifras indican que el déficit habitacional afecta al 28 % de la población (Marcos, Di Virgilio y Mera, 2018). Ciertamente, la cuestión habitacional reviste plena actualidad en nuestro país. A pesar de ello, puede decirse que el derecho a la vivienda reviste en Argentina el carácter de derecho fundamental (Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015). Tal será la demostración en la que nos embarcaremos a través de las siguientes líneas. Qué es lo que lo hace un derecho que detente tal envergadura? ¿En qué teoría de los derechos fundamentales se inserta esta problemática?

El diagnóstico de situación en lo relativo a la cuestión que nos convoca lleva a comprobar la existencia de un gran desfasaje entre la situación fáctica, caracterizada por elevadísimos niveles de exclusión (1), y un cuadro normativo generoso en la materia, pero largamente inaplicado, por no decir groseramente incumplido (2). Expondremos liminarmente estos dos ejes para orientarnos hacia la comprensión de qué es lo que hace fundamental al derecho a la vivienda.

1.1. La situación fáctica: la exclusión sistemática

Hacia mediados del Siglo XX, en nuestro país, se había logrado construir un Estado de bienestar con elevado nivel de empleo. Este Estado benefactor o providente, si bien no lo lograba plenamente, tendía hacia cierta cohesión e inclusión sociales. En efecto, el mismo no era comparable al de ciertos países centrales que detentaban mejores credenciales social-demócratas con casi nulos índices de pobreza. Evidentemente, el desmantelamiento de tal esquema en nuestro país repercutió directamente en la situación habitacional. Dos etapas caracterizaron dramáticamente este proceso: por un lado, la dictadura de 1976-1983 y, por el otro, las reformas operadas entre 1989 y 2001 (Palomino, 2004). Resulta paradójico visualizar que cantidades importantes de habitantes no logran beneficiarse de los derechos reconocidos en los textos normativos (Pla y Rodríguez de la Fuente, 2016).

Para avanzar en la comprensión del escenario actual debemos considerar que la tendencia económica basada en el ajuste estructural y la flexibilización ha desintegrado las bases materiales de las clases bajas. Luego de alrededor de 30 años de la recuperación democrática, tal situación no parece haber sido superada (Delamata, Sehtman y Ricciardi, 2014).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, según la Encuesta Anual de Hogares (año 2008), casi el 10% de los habitantes vive en condiciones de hacinamiento. A su vez, el 5% de la población reside en viviendas precarias. Dentro de las personas con déficit habitacional (un 15% de la población de la ciudad), se encuentran en villas el 5,7%¹ (Delamata, Sehtman, y Ricciardi, 2014); en núcleos habitacionales transitorios un 0,1%; en asentamientos precarios o informales un 0,4%; en inquilinatos, hoteles, pensiones y casas tomadas un 5,9%; y en conjuntos urbanos construidos un 3,1%. Mediante los programas federales mencionados se construyeron 2.328 viviendas y se mejoraron 2.109 (Varela, y Fernández Wagner, 2012).

Esta situación desfavorable que atraviesan muchos de nuestros conciudadanos no se compadece con el correlato normativo que detenta una gran magnificencia y que permite afirmar que el derecho a la vivienda es, en nuestro orden jurídico y como hemos dicho, un derecho fundamental (Pizzolo, 2010).

1.2. La situación normativa: textos incumplidos

Comencemos por el vértice de la jerarquía normativa, esto es, la Constitución Nacional. Rastreando las bases del constitucionalismo social, podemos encontrar los arts. 21, 22 y 23 de la Constitución jacobina del 24 de junio de 1793 (Francia). Así, dicho art. 21 obligaba a la asistencia a los necesitados “...sea procurándoles trabajo, sea garantizando los medios para la existencia a los incapacitados para trabajar”. También, evidentemente, la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de Weimar abrieron paso a la cristalización constitucional de disposiciones en materia social que, en la segunda posguerra, encontraron asidero en constituciones como la italiana de 1947²; la alemana de 1949, denominada “Ley Fundamental”³; y la Constitución de la IV^{ta} República francesa de 1946⁴.

1 Definición de villas: “[...] tipo de urbanización informal de tierras vacantes, producida de manera diferida en el tiempo y como resultado de prácticas individuales o colectivas no planificadas; entre sus principales características se encuentran la irregularidad de la trama urbana, la alta densidad poblacional, la precariedad constructiva de las viviendas, la imperfecta titularidad de dominio de la tierra y el acceso deficiente a los servicios y bienes públicos”.

2 Por ejemplo, arts. 1.2 y 3 de los Principios Fundamentales de la Constitución italiana.

3 Por ejemplo, art. 20.

4 Por ejemplo, su preámbulo. La Constitución actualmente en vigor de octubre de 1958 consagra en su art. 1 que Francia es un estado “social”.

Horacio Ricardo González muestra cómo la Constitución argentina de 1853, reformada en 1957, enuncia un Estado de derecho con un amplio basamento democrático y social (González, 2007). La herencia de la Constitución argentina de 1949 se encuentra en el art. 14 *bis*, situación que se vio reforzada en 1994 gracias a la incorporación de ciertos pactos de derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional.

Así, el derecho a la vivienda fue primeramente introducido en la reforma constitucional de 1949, art. 37, parte I, inc. 6, derecho de los trabajadores al bienestar “...cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda” y también en el mismo artículo, parte III, inc. 2: “...el derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana para la tercera edad”. La reforma constitucional de 1949 buscó la incorporación de cláusulas sociales fundando intervenciones del Estado tendientes a compensar las desigualdades reales. Surge así el denominado Estado social de derecho.

Resabio de esta convención constituyente es, lo hemos manifestado, el actual art. 14 *bis* C.N. que menciona el “*acceso a una vivienda digna*”. Diversos pactos internacionales con jerarquía constitucional completan el cuadro normativo *supra* legal: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 14 inc. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. XI).

Ahora bien, textos de menor jerarquía también se refieren a la vivienda como un verdadero derecho y no como una pura declaración de buenas intenciones. Así, por ejemplo, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su art. 17, afirma que “la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza...”. En su art. 31 dispone: “la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado...”. Además, la Constitución local vincula el derecho a la vivienda con el derecho a la salud cuando postula en su art. 20: “[...] se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”. Testimonio de la búsqueda de respuestas judiciales, y también de la necesidad de los requirentes de invocar derechos constitucionales, es el hecho de que en la Ciudad de Buenos Aires, entre 2013 y el primer semestre de 2015, se iniciaron alrededor de 1400 acciones de amparo sobre vulneraciones al derecho a la vivienda. En el período entre 2015 y el primer semestre de 2017 se iniciaron unas 1300 acciones en esta materia (Corti, 2018).

La metodología jurídica que utilizaremos en nuestra indagación consiste en servirse, para rastrear la fundamentalidad de este derecho, de la constatación de la misma efectuada por los diversos operadores jurídicos. Son concernidas las fuentes *supra* legales –normas constitucionales, incluyendo a los tratados con jerarquía constitucional, y también el derecho internacional de los derechos humanos–; las disposiciones infraconstitucionales –Constituciones de estados locales, leyes y decretos en la materia–; los pronunciamientos jurisdiccionales internos e internacionales de todos los grados y; finalmente, la reflexión autoral. Así, el presente estudio se interrogará sobre la fundamentalidad de este derecho, tanto en el plano doctrinal (2) como jurisprudencial e internacional (3).

2. Una fundamentalidad doctrinaria

El derecho a la vivienda comparte su carácter de fundamental con los restantes derechos que revisten tal envergadura (2.1) debido a que se puede asociar a la autonomía de la persona, a su normal ejercicio de la ciudadanía, a su dignidad inherente y a la igualdad real de las mismas (2.2). El carácter fundamental del derecho a la vivienda irradia hacia la configuración del más reciente “derecho a la ciudad” (2.3).

2.1. Un derecho tan fundamental como los restantes

Según Rodolfo Arango, los derechos sociales fundamentales son derechos sociales que benefician de un robustecimiento adicional. Sería indicar que son derechos sociales de primera importancia. En sus términos:

En este orden de ideas, los derechos fundamentales son el resultado de una población nacional soberana que opta por garantizar los derechos morales mediante una fuerza jurídica adicional. Por ello es equivocado confundir los derechos sociales fundamentales con derechos sociales humanos. Los derechos sociales fundamentales exigen validez general al estar institucionalizados constitucionalmente. Los derechos humanos, en cambio, exigen una validez universal contraria a la limitación de los beneficiarios de estos derechos, todos los seres humanos. Lo anterior no significa que los derechos sociales humanos no sean una exigencia moral para las comunidades nacionales, como lo demuestra la práctica del derecho internacional de los derechos humanos. (Arango, 2005, p. 331)

De esta forma, podemos efectuar una doble verificación. Por un lado, el derecho a la vivienda se erige en un derecho social constitucionalmente tutelado. Por otro lado, también podríamos respaldar que se trata de un derecho humano

que encuentra cobertura en el derecho internacional de los derechos humanos. Estas dos caras, para nosotros, son comprendidas por su fundamentalidad, siendo abarcativa de ambas.

Señala Horacio Etchichury (2017) que, a pesar de su consagración constitucional, la incorporación del derecho a la vivienda al debate y a la práctica constitucional es lenta debido principalmente a que se considera que el canal adecuado de distribución de la vivienda es el mercado, admitiendo ciertas políticas subsidiarias focalizadas ante situaciones extremas.

Notemos que, en nuestro modelo constitucional, la separación tajante entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, entre los que se encuentra evidentemente el derecho a la vivienda, resulta poco plausible. No existen elementos en los textos que permitan una jerarquía superior de los primeros sobre los segundos. Tampoco existen en las normas distinciones entre “generaciones de derechos” y, aún cuando pueda investigarse la cuestión desde el punto de vista de la historia del derecho, lo cierto es que el argumento “generacional” no resulta relevante ni mucho menos esclarecedor. Gerardo Pisarello va directamente a la carga contra esta pseudo tesis histórica indicando que en la antigüedad y en el Medioevo existieron diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones de pobreza y para asistir a los más necesitados. Debemos notar igualmente que el derecho a la vivienda implica algunas facetas negativas: no ser desalojado arbitrariamente, no ser objeto de cláusulas abusivas en el contrato de alquiler, etc. De esta forma, podemos demoler dos de las objeciones habitualmente expuestas contra los derechos sociales en general, y contra el derecho a la vivienda en particular: su relativa novedad histórica y su carácter de derechos positivos o de solas prestaciones (Pisarello, 2007).

En lo relativo a la cuestión de visualizar el derecho a la vivienda como atentatorio a la libertad de mercado, limitando el ejercicio de la propiedad, diríamos que se trata de un modo de cuestionar la cohesión social que es consecuencia de una estricta observancia de los derechos sociales. Apunta Roberto Gargarella que “[...] Un Estado estrictamente limitado constituye lo que los liberales describen, persuasivamente, como un Estado *neutral*, esto es, un Estado que no toma partido por ninguna concepción del bien en particular” (Gargarella, 2010, p.11). Lucas Grosman (2008) declara a este respecto que hay “procesos sociales mediante los cuales se definen las posibilidades de vivir una vida plena” (p.82), y que dichos procesos son “eminentemente competitivos”. Para él la educación tiene una gran relevancia competitiva. Un poco menos la salud. La vivienda necesitaría estar satisfecha en un “umbral básico” (Grosman, 2008).

Si el derecho a la vivienda es un verdadero derecho fundamental, el orden jurídico le otorga un *plus* considerable contra las posiciones completamente tuitivas de las libertades de mercado que encuentran asidero en el *laisser-faire*. Ocurre que

el derecho a la vivienda es fundamental, entre otras razones, porque contribuye a la autonomía de la persona, a su dignidad inherente, a la igualdad real entre las mismas y al normal ejercicio de la ciudadanía.

2.2. Un derecho producto de la autonomía, la igualdad real, el ejercicio normal de la ciudadanía y la dignidad

Explica Cécile Fabre que la autonomía necesita de los derechos sociales. No obstante, no los integra a la democracia, aunque los asocia a la misma. Para ella, los derechos democráticos son los indispensables para su existencia y los “no democráticos” se relacionan con el ingreso mínimo, la salud, la vivienda, etc. Solo la educación tiene carácter de democrático como derecho social dada su necesidad para intervenir en la deliberación (Fabre, 2000). Sin embargo, no debe descuidarse que ciertas condiciones materiales resultan indispensables para el normal desempeño del juego democrático.

Carlos Nino, por su parte, funda directamente en la autonomía los derechos sociales. Según él, del ideal de autonomía se infiere un control individual sobre ciertos bienes o recursos necesarios para la materialización del plan de vida. Es más, el acceso igualitario a bienes y recursos no solo debe mantenerse a lo ancho de una generación sino preservarse en las siguientes (Nino, 1984) En sus términos:

[...] el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, [...] la libertad de acceso a recursos materiales. (Nino, 1992, p.167)

Yendo directamente a la carga contra cierta concepción del liberalismo conservador; al que tilda de más conservador que liberal, Carlos NINO demuestra que la total negación de los derechos sociales se sitúa por fuera del liberalismo constitucional y que el alcance preciso de dichos derechos será determinado por proceso democrático de discusión y toma de decisiones (Nino, 2013). Rubricamos, pues, un vínculo íntimo entre el derecho a la vivienda y la autonomía personal. Las carencias habitacionales la socaban a tal punto que podríamos decir que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental para el desarrollo del propio plan de vida.

En este sentido, Horacio Etchichury remarca, en su tesis doctoral, que la autonomía no puede separarse de la igualdad. Ella exige tratar a cada persona con igual consideración y respeto. Basa su análisis en autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas o Roberto Gargarella. Piedra angular de su postura es la necesidad de garantizar a todos “iguales libertades subjetivas de acción” (Etchichury,

2013, p.56). La igualdad así entendida no solo protege contra discriminaciones, sino que requiere prestaciones. En efecto, existe una interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Ningún derecho sirve al otro, sino que la importancia de cada derecho deriva de su relación con los demás (Ídem).

Respecto a la llamada igualdad real, por contraposición a la igualdad meramente formal (Bilchitz, 2017), podríamos decir que:

El principio de igualdad material plasmado en la política constitucional encargada de garantizar el derecho a la vivienda, contiene una dimensión territorial en sus ejes y acciones, bajo la prescripción de una política de hábitat. En este sentido, no es casual que el discurso de la emergencia habitacional haya excluido toda referencia a una política de hábitat. (Arenaza, 2012, p.987)

En una breve, pero muy rica obra, Gerardo Pisarello encuentra la fundamentalidad del derecho a la vivienda en estas consideraciones relativas a la igualdad real y no desconoce la dignidad ínsita a la persona. Tampoco obvia el aspecto relativo a la ciudadanía. Las carencias habitacionales no permiten un acceso adecuado al ejercicio y desarrollo de la misma (Pisarello, 2007). En efecto, “La ciudadanía sólo puede experimentarse si los derechos asociados a su Constitución son ejercidos plenamente por todos los habitantes de una comunidad” (Bertranou, 2014, p.217). La arista de ciudadanía podemos vislumbrarla claramente en la cuestión de los desalojos de bienes del dominio público del Estado. Quitándole los tecnicismos del derecho administrativo de bienes, podríamos decir que las personas desalojadas ostentan un estatus de ciudadanía frente a la administración que los desaloja. En otros términos, la administración que los desaloja también es la administración de ellos. Lo mismo ocurre respecto a los bienes ocupados, siendo del dominio público, también son los bienes de ellos, y frente a tales bienes, los ocupantes ostentan el grado de ciudadanos con todos sus efectos. Ello nos lleva a decir que, en los desalojos de bienes de dominio público, la administración debe satisfacer una exigencia argumental relativa al interés general extremadamente fuerte (Gil Domínguez, 2011).

Volviendo a la dimensión filosófica de la problemática de la fundamentalidad del derecho que nos atañe, en un ambicioso artículo Federico De Fazio se propuso demostrar que los

[...] derechos sociales fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular *a*, que representa a una persona física; un sujeto destinatario *b*, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado, y un objeto A_{pf} que simboliza una acción positiva fáctica. (De Fazio, 2018a:192)

Son derechos subjetivos porque un titular *a* puede hacer valer frente a *b* la satisfacción de un objeto *x*. Siguiendo a Rodolfo Arango (Arango, 2005:91), señala que la propensión de los derechos sociales es que sean oponibles frente al Estado, pero no descarta algunos supuestos en los que lo sean frente a particulares. Se trata de obligaciones positivas fácticas porque implican una prestación, una entrega de un bien material o servicio. A eso se refiere con derechos sociales en sentido estricto. No desconoce, sin embargo, que muchas veces los derechos sociales requieren obligaciones negativas (*i.e.*, como hemos manifestado, no ser desalojado de manera arbitraria), pero se circunscribe a las obligaciones prestaciones porque aquí es dónde se encuentran las discusiones filosóficas y sobre la exigibilidad judicial. Los derechos sociales así concebidos se distinguen de los derechos “de defensa” o de “no intervención”.

Un ejemplo de un derecho social fundamental que exige una acción positiva fáctica alternativa se da cuando el derecho fundamental a la vivienda puede ser cumplido, alternativamente, bien con la entrega de un inmueble en propiedad, bien con el pago de un alquiler, bien con el otorgamiento de un subsidio habitacional. (De Fazio, 2018b:49)

Esta posibilidad de diversos cursos de acción no implica que las personas públicas puedan exceptuarse de toda obligación. Así lo dijo la Corte Suprema: “[...] el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes” (5). Ello no quiere decir que el Estado no deba elegir entre algunas de esas alternativas.

Encuentra la fundamentalidad, entre otras aristas, en la consagración constitucional, esto es, los derechos sociales son fundamentales cuando pueden ser asociados a una disposición constitucional. Son derechos fundamentales a través de normas constitucionales “directamente estatuidas” o “indirectamente estatuidas” (argumentos interpretativos adicionales, argumentos dogmáticos, basados en precedentes, en analogías, en juicios de proporcionalidad, o argumentos prácticos en general). Cobran especial relevancia las consideraciones relativas a la igualdad y a la dignidad. Así, las normas constitucionales conteniendo derechos sociales pueden ser expresas o implícitas.

En su tesis doctoral, Federico DE Fazio (2018) profundiza este análisis planteando que los derechos sociales fundamentales se presentan a veces como reglas y a veces como principios. Las reglas son de cumplimiento exacto y los principios son mandatos de optimización, es decir, exigen que se realicen con el máximo de posibilidades fácticas y jurídicas. La dimensión del peso de los principios es la que otorga importancia relativa a los mismos pudiendo prevalecer en caso de conflicto con las reglas.

5 CSJN, “Q.C.S.Y. c/ GCABA s/ Amparo”, 24 de abril de 2012, voto de E. PETRACCI, cons. n° 11.

Este carácter de fundamental del derecho a la vivienda integra el denominado “derecho a la ciudad”.

2.3. Un derecho que irradia hacia el derecho a la ciudad

El derecho a la ciudad fue definido como una forma de resistencia a la “neo liberalización” de la ciudad en virtud de la cual:

[...] el espacio urbano es una mercancía que hay que poseer y administrar según las leyes de la propiedad y que se trata de valorizar en su carácter de tal o de utilizar como plataforma sobre la que la acumulación puede tener lugar. (Purcell, 2009, p. 40)

Este derecho a la ciudad se compone de dos elementos principales: en primer lugar, el derecho de apropiación, es decir, el derecho a estar presente físicamente en un espacio material existente y también el derecho a que la ciudad sea un sitio que responda, más allá de toda otra consideración, a las necesidades de sus habitantes. En segundo lugar, el derecho de participación, que implica el derecho de los habitantes de la ciudad a beneficiar de las oportunidades que la misma ofrece y a ser incluidos en el proceso de toma de decisiones que conciernen al espacio urbano (Marcou, 1996). Así definido, el derecho a la ciudad comparte el mismo espíritu que la gobernanza permitiendo una construcción colectiva del interés público (Lefevre, 2009).

Ángeles Bermúdez, Verónica Carmona Barrenechea y Laura Royo diagnostican un fenómeno de “segregación residencial urbana socioeconómica” dado el aumento sostenido del valor del suelo urbano que ha ido expulsando progresivamente a los sectores populares a los márgenes o fuera de la ciudad, incluso hacia la zona sur que concentra la mayor cantidad de villas (Bermúdez, Carmona y Royo, 2017). La emergencia del así llamado “derecho a la ciudad” es analizada en Argentina por Horacio Corti (2018). Esta disciplina se encuentra en pleno estado emergente y de formación creciente. Muestra que el panorama jurídico actual requiere una visión de conjunto de la problemática urbana para hacer frente a la disgregación jurídica en ramas que resulta insuficiente para las complejas realidades actuales. El derecho a la ciudad es un conjunto de especialidades jurídicas, lo que denominaríamos una *discipline carrefour*, asociando el fenómeno constitucional de la ciudad (apoyada en principios y reglas constitucionales de derecho urbanístico) y también la faz internacional, producto de la constitucionalización del derecho internacional, fruto de la máxima jerarquía normativa interna de ciertas convenciones internacionales. Se trata de derechos de las personas y no, como en el internacionalismo antiguo, de relaciones entre Estados.

El núcleo estratégico del derecho a la ciudad se encontraría en la cultura de los derechos humanos, derechos otorgados a todos los habitantes, entre los que se

encuentra el derecho fundamental a la vivienda. No se trata del derecho urbanístico tradicional, que oscilaba entre las libertades económicas de los propietarios y el interés público, sino de una nueva concepción del bienestar general. Es un tema que atañe a todos los que formamos parte de la ciudad y no solo a los propietarios –particulares del derecho civil o comerciantes–. Los habitantes de la ciudad son sujetos individuales y colectivos que exceden a las relaciones puramente bilaterales con el Estado. También debe considerarse el aspecto igualitario porque el derecho a la ciudad se enlaza con el goce equitativo de los beneficios de la ciudad. La clave jurídica del derecho a la ciudad a nivel constitucional puede encontrarse en el concepto de “*bienestar general*” del preámbulo de la C.N.; en la justicia social (art. 14 *bis* C.N., heredero, como hemos visto, de la Constitución de 1949) y en la cláusula de progreso del art. 75 inc. 19 C.N (Corti, 2018). Claramente, el derecho a la ciudad no se agota en el derecho fundamental a la vivienda, pero lo integra indisolublemente. Tal derecho fundamental presenta facetas jurisprudenciales e internacionales para nada desdeñables.

3. Una fundamentalidad jurisprudencial e internacional

El carácter fundamental del derecho a la vivienda no solo emana de su consagración constitucional e infraconstitucional, puede también rastrearse a nivel jurisprudencial en todos los niveles jurisdiccionales (3.1) e, incluso, en el plano internacional (3.2).

3.1. Un derecho fundamental presente a nivel jurisprudencial

La Corte Suprema (2012) se pronunció por primera vez sobre el derecho a la vivienda en el marco de una causa impulsada por una ciudadana boliviana, vecina de la Ciudad de Buenos Aires, que tenía a su cargo un hijo gravemente enfermo. Dijo el Alto Tribunal en su voto mayoritario:

[...] resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho a la vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente [...].⁶

6 CSJN, “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo. Recurso de hecho”, sentencia del 24 de abril de 2012. cons. n° 13. Sentencia publicada en CORTI, H., 2017:241-275. V. también nota de BELLOCCHIO, L. B. y CORVALÁN, J. G. 2017:297-132.

No debe descuidarse que, en el cons. n° 12 del voto mayoritario del decisorio, el Tribunal Supremo indica que la cuestión de la vivienda detenta una “operatividad derivada”. Es claro que si estuviésemos en los términos de la vieja antinomia entre cláusulas constitucionales operativas y programáticas, y si se considerase al derecho a la vivienda como un derecho totalmente programático, los jueces no podrían haber llegado a la solución a la que arribaron, esto es, ordenando satisfacción del derecho a la vivienda de la peticionante.

Entendemos que la lógica del fallo es la de dar una respuesta judicial en esta cuestión ante situaciones de una particular gravedad y urgencia. Quizás, otra de las principales falencias de este pronunciamiento es no haber mencionado expresamente lo tocante a la autonomía; aunque se deja entrever que se refiere a ella cuando destaca que no se ha empoderado a la madre, no se le ha dado trabajo ni se la ha preparado para la posibilidad de obtenerlo. Por el contrario, la autonomía de la persona sí es mencionada expresamente por ciertos tribunales locales ⁷.

Así, en el plano local, la Cámara de la Ciudad confirmó una sentencia de grado sosteniendo que tales circunstancias “[...] permiten considerar que no se ha suministrado una vivienda digna”, incumpliendo la manda del programa del decreto n° 607/97 ⁸. Podemos vislumbrar en este pronunciamiento que se tutela jurídicamente es una verdadera vivienda y no el simple hecho de tener un techo sobre la cabeza (refugio). Dijo el mismo cuerpo colegiado: la Administración “[...] se encuentra obligada a desarrollar en forma permanente políticas positivas tendientes a la inclusión social de los más necesitados” ⁹. Más aún,

[...] se trata de un principio que proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas y exige, además, la adopción de comportamientos activos por parte del Estado que hagan posible la inclusión social y, consecuentemente, el goce de los derechos fundamentales¹⁰.

Fallo comentado también en SABSAY, D., 2012: 265-282. La CSJN reiteró tal criterio en “A.R., E. M. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 11 de diciembre de 2012, *La Ley*, t. 2013-A, pp. 417-418.

7 V. Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib., Sala I, “P. V. G. y otros c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”, 25 de enero de 2001, expte. n° 605/0, cons. n° 8; Cám. Apel. Cont. Adm. y Trib., Sala I, “Victoriano, Silvana K. y otros c/GCBA s/amparo”, 30 de agosto de 2002 (expte. n° 3265/0), cons. n° III-I; Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, “D., M. E. contra Gobierno de Santa Fe –amparos- s/ recurso de inconstitucionalidad (expte. n° 21-00861319-9), cons. n° 1.

8 Cám. Ap. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad, “Delfino, Jorge Alberto y otros c/GCBA s/amparo”, 11 de junio de 2004 (expte. n° 2968/0).

9 Cám. Ap. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad, Sala I, “Panza Ángel Rafael c/GCBA s/amparo”, 25 de febrero de 2005 (expte. n° 10.120).

10 Cám. Ap. Cont. Adm. y Trib., Sala I, “Mansilla María Mercedes contra GCBA sobre acción de amparo”, 13 de octubre de 2006 (expte. n° 13817/0).

Precisamente, el Estado no sólo tiene en su cabeza el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, debe inexcusablemente efectuar prestaciones –obligaciones positivas– para que el ejercicio del conjunto de los derechos no se torne ilusorio.

Si bien el accionar de los jueces puede en ocasiones ser visto como insuficiente, algún grado de respuesta brindan (Aldao, Clérico, Vita, y Cardinaux, 2013). Mostremos por caso que, en el marco de una causa por desalojo, los actores, habitantes del barrio Rodrigo Bueno, promovieron acción de amparo para evitar el lanzamiento del predio donde solicitaron gozar de una vivienda digna. La jueza de grado resolvió: que el Gobierno de la Ciudad se abstenga de efectuar desalojos; que adopte medidas urbanísticas necesarias y que otorgue participación a los requirentes, entre otras medidas ¹¹.

Según Mabel López Oliva, de la lectura de numerosos precedentes puede afirmarse que, en general, los magistrados de la ciudad ordenan al gobierno de la misma que se garantice efectivamente el derecho a la vivienda hasta que cesen las causas que originaron la asistencia ¹². A su turno, se declaró la inconstitucionalidad del decreto n° 960, que modificó regresivamente el decreto n° 690, ante el Superior Tribunal de Justicia. En efecto, en el año 2008, el decreto n° 960 había introducido modificaciones que implicaban un retroceso en materia de acceso a la vivienda de los sectores desfavorecidos contra la no regresividad de los derechos sociales.

Asimismo, en el caso “Barrera”, los Dres. José O. Casás y Ana María Conde afirmaron:

[...] según la reglamentación vigente, la Administración, además de atender monetariamente a los inscriptos en el programa por un determinado lapso de tiempo, asume el compromiso de orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional¹³.

11 Cám. Ap. Cont. Admin. y Trib. de la Ciudad, Sala II, “Zarate Villalba, Juan Ramón y otros C/ GCBA s/ amparo”, 30 de septiembre de 2014 (expte. n° 17699/0). V. GIL DOMÍNGUEZ, A. (2011), “Derecho a una vivienda adecuada, performatividad del discurso jurídico y garantía judicial efectiva: el caso del Barrio “Rodrigo Bueno””, *LLCABA*, p. 153.

12 Exptes. n° 20.971/0, 25.144/0, 28.815/0, 28.815/0, 28.058/0, 26.999/0, 29.471/0, 21.812/0, 29.088/0, 18.826/0, 21.812/0, 20.307/0, 20.265/0, 26.493/0, 28.813/0, 25.561/0, entre otros. V. OLIVA LÓPEZ, M. 2009: 143-171.

13 TSJ de la Ciudad, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte. n° 4757/06) del 25 de abril de 2017. En el caso del TSJ de la Ciudad “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 11 de diciembre de 2007 (expte. n° 5033/06), el Dr. LOZANO manifestó: “[...] cabe concluir que ni los pagos efectuados en concepto del programa creado por el decreto 895/02 ni los acordados desde la inclusión en el régimen del decreto 690/06 permiten tener por agotadas las prestaciones allí previstas”.

De la lectura de este precedente surge que el Estado no es liberado de sus obligaciones de asistencia hasta que de cumplimiento a lo impuesto la totalidad de las normas aplicables.

El cambio de rumbo se dio, ignorando la fundamentalidad del derecho a la vivienda, en el precedente "*Alba Quintana*" en el que la mayoría del Tribunal Superior de Justicia manifestó: "[...] es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia"¹⁴. A partir de este nuevo fallo, cualquier familia en situación de emergencia podría acceder al subsidio únicamente de forma provisional, por seis meses, y no podría seguir percibiéndolo posteriormente, durante la sustanciación del reclamo, en caso de no haber encontrado una solución a su problema. Con carácter previo a este pronunciamiento, como hemos visto, la jurisprudencia permitía que el accionante siguiera cobrando el subsidio hasta tomada la decisión final. Es de toda evidencia que nos encontramos frente a una sentencia altamente regresiva.

Sin perjuicio de ello, más recientemente, el Gobierno de la ciudad fue condenado en el marco de un proceso que implicaba la trágica pérdida de una vida. La administración había apelado la sentencia con base en la ausencia de nexo causal entre la muerte de un niño y su situación de calle ya que los progenitores, según argumentaba, no habían aceptado ingresar a un parador. Los camaristas Mariana Díaz y Carlos F. Balbín responsabilizaron al Gobierno de la ciudad, puesto que no cabían dudas acerca de la vulnerabilidad de los accionantes, dado que grupo familiar vivía en la calle. También fue tenido en cuenta que las autoridades de la ciudad se encontraban al tanto de la situación crítica que atravesaba esta familia, incluso antes del nacimiento, sin otorgar a los peticionantes una solución adecuada. Ello contrasta con la rápida medida de dotar una habitación en un hotel al grupo actor luego de la muerte, en las 24 hs. siguientes al trágico daño. El Dr. Carlos F. Balbín (2018) dijo en el punto III de su voto:

[...] las personas en situación de desamparo –con sustento en el principio de autonomía individual y autodeterminación– tienen derecho a una protección que garantice debidamente sus necesidades habitacionales básicas; hecho que obliga al Estado a adoptar comportamientos activos (implementación de políticas públicas) que hagan posible la inclusión social (superación de la pobreza y de la exclusión) y el goce de los derechos fundamentales (en particular y en cuanto a la causa importa, el acceso a la vivienda)¹⁵.

14 TSJ de la Ciudad, "*Alba Quintana, Pablo c/GCBAy otros s/amparo*", 27 de agosto de 2010, (expte. n° 6754/09).

15 Cám. Ap. Cont. Admin. y Trib., Sala I, "*N. A. M. A. y otros c/ GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto resp. Médica)*", marzo de 2018, (expte. n° 42740/2011-0).

Destaquemos, para hacerla más visible, la importancia “fundamental” del derecho a la vivienda señalada por el magistrado. Más aún, este derecho fundamental también es perceptible a nivel internacional en el marco de nuestro sistema interamericano.

3.2. Un derecho fundamental presente a nivel internacional

De manera preliminar, señalemos que los pactos de derechos humanos que mencionamos *supra* (punto 1.2) integran las reglas y principios de referencia del ejercicio del control de constitucionalidad –el así llamado bloque de constitucionalidad–. Con todo, algunas consideraciones propias al derecho internacional se imponen debido a la integración, por parte de Argentina, del sistema regional de promoción y protección.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de ahora en más Comité DESC): “Un Estado parte no puede nunca, ni en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...] que son inderogables”¹⁶. *Ratione materiae* el Comité DESC es competente para recibir y examinar “comunicaciones”, *i.e.*, en las que se alegue una violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto¹⁷. El Comité emitió, el 14 de diciembre de 2011, sus observaciones finales sobre Argentina evaluando el grado de cumplimiento del derecho a la vivienda. En su párrafo 21 reitera su preocupación por el constante déficit en la materia expresando el desfase entre las necesidades de amplios sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado¹⁸.

Las observaciones generales del Comité DESC cobran especial trascendencia si tomamos en consideración que la Corte Suprema de Justicia de la Nación las reconoció como interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al sostener:

[...] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional¹⁹.

16 Comité DESC, OG n° 14, párr: 47.

17 V. GIALDINO, R. E., (2016), “El proceso judicial como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada”, *La Ley*, t. 2015-A, p. 962.

18 Comité DESC, OG n° 4, precitada, p. 8, pto. “E”.

19 Cf. CSJN, “*Aquino Isacio c/ Cargo de Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*”, Fs. 327:3753 (2004), cons. n° 8.

Volviendo sobre el carácter de derecho fundamental que nos convoca, afirmó el Comité DESC que el derecho a la vivienda “[...] tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales”. Vemos aquí claramente otra mención expresa a su fundamentalidad²⁰.

Otra manifestación de la fundamentalidad de este derecho es perceptible en su imperativo desarrollo progresivo. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 7 de junio de 2005, aprobó las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”²¹. El artículo 5.1 de este cuerpo normativo define la progresividad del siguiente modo: “[...] a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”. En la nota al artículo 11 se define la regresividad como las “[...] disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”. Anota Christian Courtis (2006) que esta definición de regresividad abarca tanto las disposiciones normativas como las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medible a través de indicadores o referentes empíricos. Sin embargo, prosigue, la regresividad normativa resulta el paradigma dominante de cara a la exigibilidad de los derechos sociales dada la cultura jurídica de Latinoamérica. Se trata de comparar el marco normativo anterior con el posterior. Si el derecho a la vivienda no fuera fundamental no habría prácticamente ninguna necesidad de acercarse a su plena concreción mediante este dispositivo que podríamos calificar de “constantemente más”.

Luego de haber efectuado todas estas consideraciones sobre la presencia del derecho a la vivienda en las normas, en la doctrina y en la jurisprudencia –en los niveles interno e internacional–, juzgamos pertinente efectuar nuestras conclusiones.

4. Conclusión - el derecho a la vivienda, derecho fundamental

Nuestra conclusión valora los enormes avances producidos por la doctrina. No obstante, nosotros anclamos la fundamentalidad en la dimensión ética del derecho a la vivienda. En efecto, hemos visto que la disponibilidad de una vivienda se asocia a la autonomía de la persona, esto es, a su capacidad para desarrollar su plan de vida libremente. También a su dignidad, beneficiando su titular de las condiciones materiales de existencia necesarias para asegurar su pertenencia a la comunidad social. Asimismo, mostramos que la vivienda se vincula con los derechos que

20 OG n° 9, párr. 10.

21 AG/RES. 2074 (XXXV-0/05).

emanan de la ciudadanía, siendo que un Estado de derecho no se compone de otra cosa que de ciudadanos. Por último, la igualdad real de los miembros de la colectividad exige ciertas prestaciones materiales tendientes a asegurarla. También dijimos que el derecho a la vivienda debe satisfacerse de modo progresivo, es decir, mediante un dispositivo de no retorno hacia atrás.

Estos ángulos demostrarían por qué el derecho a la vivienda es un derecho muy importante y que permite el ejercicio de otros derechos. No obstante, no encontramos pertinente basar la fundamentalidad en esta mera cuestión terminológica para sostener que un derecho es fundamental dada su “gran importancia”. Tampoco adherimos considerar un derecho fundamental en función de su sola presencia constitucional. El derecho a la vivienda se encuentra en textos internacionales, de derecho interno infraconstitucional y también a nivel constitucional –en la Carta nacional y en los tratados que la integran–. La presencia de este derecho es patente, asimismo, en la jurisprudencia interna e internacional, jurisprudencia emanada de jueces de todos los niveles de jerarquía. La *vulgata* kelseniana consistiría en concebir un derecho fundamental únicamente observando la jerarquía normativa (Kelsen, 1992).

Estamos en presencia de un derecho fundamental porque el mismo detenta un peso relativo muy alto frente a otras reglas y principios jurídicos posibilitando que se imponga jerárquicamente sobre ellos.

Los operadores jurídicos (constituyente, legislador, autoridad administrativa, juez interno inferior o juez interno superior, juez internacional, autoridades firmantes de un tratado, doctrinarios, etc.) constatan su fundamentalidad de forma objetiva y luego la asocian a un texto normativo. De esta manera, el derecho a la vivienda prevalece por su contenido –por el fondo, de manera ontológica– y opera como una objetividad normativa. Tal es el argumento que propugnamos nosotros y que no es otro que el relativo a una visión de conjunto del Estado social de derecho y de la democracia.

Referencias

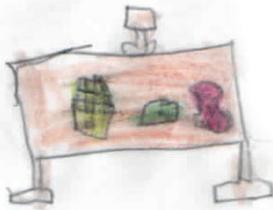
- Abramovich, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Estud. Socio-Juríd.*, 9 (n° especial), abril. Bogotá.
- Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En: Abramovich, V. y Pautassi, L. (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Abramovich, V. y Courtis, Ch. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Aldao, M., Clérico, L., Vita, L. y Cardinaux, N., (2013). Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local. *DA Ciudad*, n° 5.

- Arango, R. (2002). Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho*, n° 28.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arcidiácono, P. y Gamallo, G. (2014). Entre la confrontación y la funcionalidad: Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires. En: Pautassi, L. (dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires*. Buenos Aires: Biblos.
- Arenaza, S. (2012). La declaración de “emergencia habitacional” en la Ciudad de Buenos Aires. En: Cravino, M. C. (org.), *Construyendo barrios*. Buenos Aires: Fundación CICCUS.
- Bellocchio, L. B. y Corvalán, J. G. (2017). El derecho a la vivienda en la jurisprudencia argentina. *Revista de Derecho Público* (Rubinzal Culzoni), n° 2017-2, pp. 297-132.
- Bermúdez, Á., Carmona Barrenechea, V. y Royo, L. (2014). Judicialización de la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires: entre multiplicidad de programas y escasez de resultados. En: Pautassi, L. (dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires*. Buenos Aires: Biblos.
- Bertranou, J. (2014). Capacidad estatal y judicialización de derechos sociales: teoría y estrategia metodológica para su investigación. En: Pautassi, L. (dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires*. Buenos Aires: Biblos.
- Bidart Campos, G. J. (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. I-B. Buenos Aires: Ediar.
- Bilchitz, D. (2017). *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Cámara Argentina de la Construcción (2016). *Estimación de la evolución del Déficit Habitacional en la Argentina. A partir de los datos censales (2001-2010) y de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH)*. Buenos Aires: CAC.
- Corti, H. (2007). *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Corti, H. (2018). Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: una perspectiva jurídica sobre el urbanismo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En: Corti, H. y Borja, J., *Derecho a la Ciudad: Conquista política y renovación jurídica*. Buenos Aires, Jusbaire.
- Corti, H. (2017). *Derecho a la vivienda. Síntesis de jurisprudencia*. Buenos Aires: Jusbaire.
- Courtis, Ch. (2006). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Cristofani, G. L. (2009). *El acceso a la vivienda para las familias de bajos ingresos. Recuperación urbana mediante un modelo de gestión e intervención público – privado* (tesis). Univ. de Belgrano.
- De Fazio, F. (2018a). El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. *Revista Derecho del Estado*, n° 41 (julio-diciembre).

- De Fazio (2018b). *Teoría principalista de los derechos sociales* (tesis). Univ. de Buenos Aires.
- Delamata, G., Sehtman, A. y Ricciardi, M. V. (2014). Más allá de los estrados...Activismo judicial y repertorios de acción villera en la Ciudad de Buenos Aires. En: Pautassi, L. (dir.), *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires*. Buenos Aires: Biblos.
- Espejo Yaksic, N. (2010). El derecho a una vivienda adecuada. En: Erazo, X., Pautassi, L., Santos, A. (eds.), *Exigibilidad y realización de derechos sociales. Impacto en la política pública*. Santiago: LOM Ediciones.
- Etchichury, H. (2013). *Igualdad desatada. Los derechos sociales en la Constitución argentina* (tesis). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Etchichury, H. J. (2017). Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. En: Benente, M. y Thea, F. (comp.), *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. José C. Paz: Edunpaz.
- Fabre, C. (2000). *Social rights under the constitution. Government and the decent life* [Derechos sociales bajo la Constitución. Gobierno y vida digna]. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2010). Introducción. Constitución, igualitarismo y democracia. En: Gargarella, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gialdino, R. E. (2015). El proceso judicial como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada. *La Ley*, t. 2015-A.
- Gialdino, R. E. (2016). Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, sociales y culturales. *La Ley*, 22/09/2016, p. 1, t. 2016-E, p. 962.
- Gil Domínguez, A. (2011). *Derecho a la vivienda adecuada, desalojo forzoso y competencia penal*. LL CABA.
- González, H. R. (2007). *Estado de no derecho. Emergencia y derechos constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Grosman, L. (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (tesis). Buenos Aires: Librería.
- Kelsen, H. (1992). « Qu'est-ce que la théorie pure du droit » [¿Qué es la teoría pura del derecho?]. *Droit et société*, n° 22.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M. (2015). Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial argentino. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 3 bis.
- Lefevre, Ch. (2009). *Gouverner les métropoles [Gobernar las metrópolis]*. París : L.G.D.J. –Lextenso éd.
- Marcos, M., Di Virgilio, M. M. y Mera, G. (2018). El déficit habitacional en Argentina. Una propuesta de medición para establecer magnitudes, tipos y áreas prioritarias de intervención intra-urbana. *Relmecs*, 8, n° 1.

- Marcou, G. (1996). «Gouverner les villes par le droit ? » [¿Gobernar las ciudades a través del Derecho?]. En: CURAPP, *La gouvernabilité*. París: P.U.F.
- Maurino, G. y Nino, E. (2009). Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires. En: Abramovich, V. y Pautassi, L. (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Ministerio Público Tutelar de la CABA (2010). *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Eudeba.
- Moreno, G. D. (2013). El derecho a la vivienda de las familias en situación de desalojo. *Revista de derecho de familia*, n° 62 (noviembre).
- Nino, C. (1996). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. S. (1984). Ética y derechos humanos. Buenos Aires – Barcelona – México: Paidós.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (2013). Sobre los derechos sociales. In: Nino, C. S., *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Palomino, H. (2004). *Pobreza y desempleo en Argentina. Problemática de una nueva configuración social*. Buenos Aires: Imprenta de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.
- Peralta, C. (2017). El acceso a la vivienda digna. *Revista Vivienda y Ciudad*, (diciembre), p. 50.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Pisarello, G. (2009). La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos. *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, n° 34 (noviembre).
- Pisarello, G. (2013). El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas. *Chapecó*, n° 14-3 (edición especial).
- Pizzolo, C. (2010). El derecho a una vivienda adecuada: una obligación estatal impostergable. *DFyP*, octubre.
- Pla, J. L. y Rodríguez de la Fuente, J. J. (2016). Tendencias de movilidad social en la Argentina de las dos últimas décadas: 1995-2010. *Papers*, n° 101/4.
- Purcelle, M. (2009). «Le Droit à la ville et les mouvements urbains contemporains» [El derecho a la ciudad y los movimientos urbanos contemporáneos]. *Rue Descartes*, vol. 63, n° 1.
- Sabsay, D. (2012). El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Pensar en Derecho*, n° 1, pp. 265-282.
- Varela, O. D. y Fernández Wagner, R. (2012). El retorno del Estado. Los programas federales de vivienda en el AMBA. En: Cravino, M. C. (org.), *Construyendo barrios*, Buenos Aires: Fundación CICCUS.

yari dahiana viana gutierrez
que es para ti la educación.



Autor: Yari Dahiana Viana Gutierrez

Dogmática penal y neurociencias*

Tomás Hernando Hernández Jiménez**

(...) no hay autores fáciles, lo que hay son lectores fáciles.

Zuleta, Estanislao

Resumen

Las neurociencias se han erigido como un conjunto de disciplinas contemporáneas con mayor impacto en las diferentes áreas del conocimiento. El derecho en general, y el derecho penal, en particular, no podrían ser la excepción; menester es pues, examinar cómo inciden las neurociencias en éste, en cuanto a la fundamentación de esta parcela del derecho y en sus categorías dogmáticas.

Palabras clave: neurociencias; dogmática penal; delito; dignidad humana; elementos subjetivos del delito.

Criminal dogmatics and neurosciences

Abstract

Neurosciences have been erected as a set of contemporary disciplines with greater impact in the different areas of knowledge. Law in general, and Criminal Law, in particular, could not be the exception; therefore, it is necessary to examine how the neurosciences influence in this, in terms of the foundation of this plot of law and in its dogmatic categories.

Keywords: neurosciences; criminal dogmatics; crime; human dignity; subjective elements of crime.

Dogmática penal e neurociências

Resumo

As neurociências têm-se constituído como um conjunto de disciplinas contemporâneas com maior impacto nas diferentes áreas do conhecimento. O direito em geral, e o direito penal, em particular, não poderiam ser a exceção; é preciso então, examinar como incidem nele as neurociências, quanto à fundamentação desta parte do direito e nas suas categorias dogmáticas.

Palavras-chave: neurociências; dogmática criminal; delito; dignidade humana; elementos subjetivos do crime.

* Artículo de reflexión. Este es derivado de una investigación realizado por cuenta y recursos propios.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, Colombia. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Litigante y asesor jurídico independiente, Colombia. Correo electrónico: abogadotomashernandez@gmail.com ORCID: 0000-0001-7572-3404

Cómo citar este artículo: Hernández Jiménez, T. H. (2019). Dogmática penal y neurociencias. *Estudios de Derecho*, 76 (168), pp-pp. 95-121

DOI: 10.17533/udea.esde.v76n168a04

Fecha de recepción: 15/05/2018 Fecha de aprobación: 18/02/2019



Dogmática penal y neurociencias

Introducción

La dogmática jurídico penal, a pesar de –y por– su significativo desarrollo, tiene dos grandes retos: primero, la compatibilización con los importantes aportes realizados por los teóricos italianos del derecho penal (Agudelo, 2011) –quienes han dotado al derecho, en general, y al derecho penal, en particular, de un extraordinario tinte filosófico–. Y, segundo, el reconocimiento de que, por más abstracción que implique el método dogmático, hay disciplinas extrajurídicas que pueden ayudar a explicar de mejor manera, el actuar humano y el delito mismo (entendido como una conducta lesiva, contraria a derecho y reprochable).

Las neurociencias, sus importantes descubrimientos, su ritmo frenético de avance y su relevancia en aspectos medulares, que tocan con el derecho penal, hacen que la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre las neurociencias y los esquemas del delito sea un amplísimo e inexplorado campo de estudio.

Para buscar estos puntos de contacto, caracterizaremos brevemente la dogmática penal y ofreceremos una conceptualización apenas operativa de lo que se entiende por neurociencias. Igualmente, para determinar si las neurociencias pueden o no hacer aportes a la dogmática penal, echaremos mano de la noción jurídica de delito, pues ésta nos dará las pautas que permitirán entroncar la dogmática penal con las neurociencias.

Dogmática penal y neurociencias

La fuerza actual de las neurociencias y sus importantes aportes a diferentes disciplinas o ramas del conocimiento se debe grandemente, no solo al carácter aparentemente novedoso de sus planteamientos¹, sino a que le ha aportado al

1 Se utiliza la expresión “aparentemente” dado que algunos de los más importantes planteamientos de la neurociencia, realmente no son tan novedosos, sino que, por el contrario, han sido postulados previamente por filósofos y antropólogos.

conocimiento de la mente humana un carácter experimental, lo cual permite adjetivarla como ciencia, incluso, como una *ciencia dura*.

Ahora bien, por su parte, el derecho ha sido, a lo largo de la historia, grandemente influido por diversos saberes no necesariamente emparentados con la ciencia experimental, tales como la filosofía (filosofía del derecho), la economía (análisis económico del derecho), la sociología (sociología del derecho), por solo mencionar algunos de los saberes que han realizado aportes a la disciplina jurídica. En consecuencia, cabría preguntarnos ¿puede la neurociencia, en cuanto rama del conocimiento, ser capaz de realizar aportes al derecho penal, y, particularmente, a la dogmática penal?

Para responder este interrogante, nos valdremos del método analítico, es decir, en primer lugar, caracterizaremos lo que se entiende por dogmática, en especial por la dogmática penal y, en segundo lugar, ofreceremos una conceptualización apenas operativa de lo que se entiende por neurociencias.

De igual manera anticipamos que, para responder la pregunta sobre si las neurociencias pueden o no hacer aportes a la dogmática penal, simplemente retomaremos la noción misma del *delito*, pues en tal expresión eminentemente jurídica, encontraremos la clave tanto para responder el interrogante, como para precisar los límites de esos aportes. Veamos:

I. Dogmática penal

Ihering definió la dogmática jurídica como la “teoría del derecho positivo válido en un país” (Gómez, 2011, p.38). En otras palabras, es la teoría que tiene como dogma la ley. De ahí que Grispiigni la definiese como “ciencia teórica que pretende reflejar en un sistema ordenado de conocimientos, el contenido de las disposiciones que constituyen el ordenamiento jurídico positivo” (Agudelo, 2013, p.92). De tal suerte que, si en eso consiste la dogmática, en su dimensión penal, “la dogmática jurídico-penal, o ciencia del derecho penal”, es “la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, el derecho penal”, de lo cual se infiere su carácter “teórico, formal y abstracto, no práctico” (Pérez, 1967, p.463). En otras palabras, la dogmática jurídico penal se ocupa de definir el delito, tomando como base la ley (entendida como ordenamiento jurídico) de un determinado Estado.

Este carácter abstracto de la dogmática jurídico penal, ya era cuestionado desde hace más de medio siglo –cuando apenas incursionaba dicha dogmática en nuestro país-, así:

(...) la teoría alemana [dogmática jurídico-penal] (...) críticasele a esta corriente su excesiva inclinación al análisis, lo cual desemboca

en un mar confuso de términos y distinciones. Tomar el análisis, que es un método, por un fin, conduce al abstraccionismo, tan peligroso para el derecho, como para cualquier otra rama científica. (Pérez, 1967, p.463)

Así pues, el hecho de que la dogmática -como método de interpretación jurídico que se impone en la actualidad- tenga como punto de partida la ley, no releva al jurista de nutrirse de otros importantes campos del conocimiento, que le permitan interpretar la ley, ya no de manera *teórica, formal y abstracta*, sino de manera dinámica y práctica pues, la sola abstracción es entelequia teórica, y en tales condiciones, el derecho perdería su carácter de herramienta práctica para la contención y solución de los problemas sociales.

II. Neurociencias

De una manera sumamente simple, podría definirse las neurociencias como “ciencia que se ocupa del sistema nervioso o de cada uno de sus diversos aspectos y funciones especializadas” (Real Academia Española, 2001). Esta visión que le da preponderancia a los aspectos biológicos parece ser compartida por Kandell, Schwartz y Jessell, en el año 1997, pues estos sostenían que

El propósito principal de las Neurociencias es entender cómo el encéfalo produce la marcada individualidad de la acción humana. Es aportar explicaciones de la conducta en términos de actividades del encéfalo, explicar cómo actúan millones de células nerviosas individuales en el encéfalo para producir la conducta y cómo, a su vez, estas células están influidas por el medio ambiente, incluyendo la conducta de otros individuos. (Anónimo, S.f.)

Ahora bien, a estos aspectos meramente biológicos, podríamos incorporar nuevas variables, como sería el concepto de mente –el cual depende grandemente de los aspectos culturales y del entorno-, que han sido lentamente introducidos en años recientes a las neurociencias, para así tener una visión más amplia del ser humano.

III. Neurociencias y dogmática penal

La noción misma de delito ha encerrado componentes internos y componentes externos, así pues, la Escuela Clásica Italiana decía que el delito “requiere el concurso de aquellos elementos que, al producir el *choque* del hecho con la ley civil, originan la *criminosidad* de la acción. Estos elementos los designamos con el

nombre de *fuerzas (vis) del delito*” (Carrara, 1971, p.63). Estas dos fuerzas eran la *fuerza moral* (interna) y la *fuerza física* (externa) [Carrara, 1971].

De tal entendimiento del delito como un binomio de aspectos objetivos (externos) y subjetivos (internos)², surge con toda claridad que si -como hemos dicho- las neurociencias se ocupan del sistema nervioso y de la mente humana, es una ciencia que, sin lugar a dudas, puede realizar importantes aportes al entendimiento del delito como ente jurídico, específicamente, en lo que se refiere a los aspectos subjetivos del mismo.

Incidencia de las neurociencias en la dogmática penal

Siendo pues, la explicación de los aspectos subjetivos del delito los que pueden recibir una gran influencia de las neurociencias, nos referiremos a ellos de manera un poco más extensa, aunque iniciemos con una cuestión fundamental: la base sobre la cual descansa todo nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente, la dogmática jurídica en la actualidad (el principio de dignidad humana), y sobre el que la neurociencia tiene mucho que decir:

I. Dignidad humana ¿Primer aporte de las neurociencias al derecho penal?

El ordenamiento jurídico en general (C. Pol. art. 1°), y el derecho penal (C.P. art.1°), en particular, tienen como fundamento *la dignidad humana*, entendida como principio y valor máximo.

El concepto de dignidad humana emana de las conquistas liberales dieciochescas y decimonónicas, las cuales, a su vez, hunden sus raíces en la filosofía liberal, especialmente, en el racionalismo kantiano que entiende al ser humano como alguien dotado de dignidad, y, toda vez que es un ser dotado de razón, es *un fin en sí mismo*, acorde con la máxima cartesiana *pienso, luego existo*. Esta concepción del ser humano, como alguien que no puede ser instrumentalizado por estar dotado de razón y, por tanto, de individualidad, ha sido entendida por algunos autores como una concepción filosófica del *principio de dignidad*.

Ahora bien, influidos por las neurociencias, hay quienes abogan por una “concepción material de la dignidad humana” (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.211),

2 Debe aclararse que no se desconoce la discusión acerca de si el autor citado hizo dogmática –en el sentido que se acaba de expresar en líneas antecedentes- o no, sin embargo, se cita a CARRARA en esta ocasión porque, haciendo abstracción de esta polémica, es incuestionable que, para la dogmática actual, el delito tiene aspectos objetivos y subjetivos, aspecto éste que ya era supremamente claro para la Escuela Clásica Italiana –como acabamos de ver-.

según la cual el hombre está dotado de las conciencias “técnico-práctica”, en virtud de la cual el ser humano realiza conductas dirigidas, previsoras, planificadas y mancomunadas (Gómez y Gutiérrez, 2017) y “ético-práctica”, en virtud de la cual el hombre realiza valoraciones (Gómez y Gutiérrez, 2017) que constituyen las características que diferencian al ser humano de las demás especies, y por tanto, lo dotan de particularidad.

En otras palabras, la *conciencia técnico-práctica* y la *conciencia ético-práctica* o valorativa dotan de un contenido mucho más asible, más concreto a los conceptos de *pensamiento* y *razón*, empleados por los filósofos iluministas referidos en el párrafo anterior (Kant y Descartes).

A estas concepciones, que utilizan por un lado *la razón* y, por otra, las *conciencias técnico-práctica* y *valorativa*, como criterios que permiten diferenciar al ser humano de cualquier otro ser, y que, por tanto, lo dotan de dignidad, debe añadirse, por lo menos, una tercera posición, emanada del materialismo, la cual plantea que el ser humano no se diferencia de las demás especies por la razón o por la idea, sino por la posibilidad que tiene de poner en marcha (en acción) dichas ideas -básicamente porque es capaz de transformar la materia con que satisface sus necesidades materiales-.

Son todas éstas, concepciones recortadas de la humanidad como especie. Es en este aspecto en el cual el derecho debe hacer caso omiso a las concepciones filosóficas, neurocientíficas y materialistas del ser humano; ¿Por qué?, porque si estamos de acuerdo en que el ser humano está dotado de dignidad, en cuanto se diferencia de las demás especies, sería conveniente recordar que el criterio que permite diferenciar a una especie de otra –desde el punto de vista biológico- es la reproducción, pues “una especie se define a menudo como el conjunto de organismos o poblaciones naturales capaces de entrecruzarse y de producir descendencia fértil, pero no pueden hacerlo (o al menos no lo hacen habitualmente) con los miembros de poblaciones pertenecientes a otras especies” (Wikipedia, s.f., párr. 1). Al componente biológico deberá sumarse el genético, dado que

Un punto clave es determinar por qué nuestros cerebros crecen más (sic.) y de forma diferente a los de otros animales como los chimpancés. Investigadores de la Universidad de California han localizado una secuencia de ADN implicada en desarrollo del cerebro y que ha cambiado mucho y muy rápidamente en los últimos millones de años.

La secuencia conocida como HAR1 es esencialmente idéntica en todos los mamíferos excepto en los humanos. Entre una gallina y un chimpancé solo hay dos diferencias, pero entre el chimpancé y un humano hay 18. Esto parece muy significativo porque se sabe que esta secuencia genética regula el funcionamiento de otros genes implicados en el desarrollo de las neuronas Cajal-Retzius. Este es

un tipo de neurona especial implicado en el desarrollo embrionario y en la formación de la corteza cerebral.

Pero no hay que lanzar las campanas al vuelo porque aun (sic.) quedan muchos detalles por conocer (Anónimo, 2006, párr. 2 a 4. Subrayado propio).

Dicho de otra manera, decir que solo es ser humano –y por tanto, dotado de dignidad-, quien razone (razón), quien tenga conciencia (concepción material de dignidad) o quien tenga capacidad de acción (concepción materialista), equivaldría a decir que si un descendiente de las células masculina y femenina no reúnen estas características, entonces, no sería un ser humano, con lo cual, lógicamente, se avalarían tratos discriminatorios y hasta campañas eugenésicas en contra de personas discapacitadas –que no razonen, que no tengan conciencia o que no tengan capacidad de acción-.

No debemos olvidar que el camino de la humanidad ha sido el de la inclusión: antes no eran personas los esclavos, tampoco las mujeres, tampoco los niños, solo lo era el *pater familias*; hoy, por el contrario, todos estos son considerados personas, también lo son los discapacitados... Llegó la hora de no buscar el criterio unificador en las facultades superiores del ser humano, sino en lo biológico y genético; se propone, entonces, *equiparar por lo bajo*, en otras palabras, no tener un criterio de homogeneización superior, sino inferior, para así, hacerlo más incluyente. Es éste pues, un caso en el cual el derecho debe hacer caso omiso a los importantes hallazgos de la neurociencia.

II. Aportes de la neurociencia a las categorías dogmáticas y algunos principios que las iluminan:

Podríamos decir, a grandes rasgos, que los mayores aportes de la neurociencia a la dogmática jurídico-penal, los encontramos en la culpabilidad –entendida como principio-, en los elementos subjetivos del tipo, en los elementos subjetivos de las causales de justificación y en la culpabilidad –como categoría dogmática-. Veamos:

1. Consideraciones sobre la libertad y el principio de culpabilidad

Se trataba [refiriéndose a un artículo del mismo autor, en el cual sistematizaba los puntos de vista de algunos neurobiólogos alemanes] de poner el foco en los problemas que la investigación sobre el cerebro puede acarrear, particularmente desde la perspectiva de la fundamen-

tación del castigo en su pieza fundamental: el concepto jurídico-penal de la culpabilidad

(Demetrio, 2013. p19)

En primer lugar, debe advertirse que el carácter experimental y científico de las neurociencias puede dar lugar a que los neurocientíficos caigan en la tentación de dar una explicación meramente biológica del actuar humano, dejando de lado importantes explicaciones y aportes hechos, en este sentido, por las ciencias sociales. A los partidarios de estas concepciones “naturalistas” (Gómez y Gutiérrez, 2017) se les ha denominado “neurocientíficos monistas reduccionistas” (Gómez y Gutiérrez, 2017), en contraste, los mismos autores citados, proponen:

(...) la interrelación e interacción entre cerebro y sociedad-cultura, lo que se ha denominado “neurociencia socio-cultural”, que parte de la idea según la cual la explicación neurobiológica de la conciencia es limitada, no puede, por sus aspectos reduccionistas, abarcar y explicar la relación del cerebro con la sociedad y la cultura, sobre todo no explica el significado de los procesos mentales producto de la conciencia, de tal manera que la interdisciplinariedad es inevitable. (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.23)

Así pues, se les denomina “monistas”, dado que tienen una teoría que no diferencia entre cerebro y mente; mientras que, por otro lado, encontramos los “(...) dualistas, partidarios del cartesianismo filosófico, siendo sus extremos cultores de la neuropsicología y el cristianismo (...)” (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.30), los cuales, en consecuencia, diferencian entre cerebro (como concepto biológico) y mente (como constructo cultural).

No cabe duda de la influencia del medio en los seres vivos -inclusive en el ser humano-, de ello nos da cuenta la epigenética, entendida como “doctrina según la cual los rasgos que caracterizan a un ser vivo se configuran en el curso del desarrollo, sin estar preformados en el huevo fecundado” (Real Academia Española, 2001), ahora bien, tratándose del ser humano, esa influencia externa está dada, fundamentalmente, por el entorno social. Es esta pues la conexión entre la cultura y lo que los neurocientíficos dualistas denominan *mente*. De ello emerge la necesidad de tener una visión que incluya lo biológico (para lo cual es indudable el aporte que pueden hacer las ciencias experimentales y de la naturaleza), y lo social (en lo cual, encontramos todas las ciencias sociales).

La pretensión de dar explicaciones meramente biológicas del ser humano, no es nueva -lo que sí es nuevo es pretender hacerlo echando mano de concepciones de estructura cerebral, químicas y neuronales, apoyados en recientes experimentos y descubrimientos- pues, incluso, desde finales del siglo XIX, ya se intentaba, por parte de la escuela positivista italiana, especialmente en su versión lombrosiana,

abandonar el estudio del delito para ocuparse del delincuente, el cual –según el decir de esta corriente criminológica- era detectable a partir de rasgos biológicos. Se llegó con esto a un *derecho penal de autor*, en contraposición, con el *derecho penal de acto*, propio este último de las concepciones liberales del derecho penal.

Si se acoge una concepción monista de las neurociencias, se corre el riesgo de caer nuevamente en concepciones superadas del derecho penal, tales como el peligrosismo, pues si se parte de la base de que el ser delincuente es un problema estructural, celular o químico, nos arriesgamos a llegar a la conclusión a la cual llegó Garófalo, según la cual, la persona que delinque está en “imposibilidad material de no delinquir, está en la imposibilidad material de ser un hombre diverso del delincuente que es” (Agudelo, 2013, p.20).

Dicho en otras palabras, las concepciones monistas nos acercan peligrosamente a los postulados del positivismo italiano, esta vez ya no desde el punto de vista de la biología –como lo hacía esta escuela-, sino con concepciones neurocientíficas.

En consecuencia, este es uno de los grandes retos de la neurociencia dualista o “neuroantropología filosófica” (Gómez y Gutiérrez, 2017): evitar que se lleve nuevamente al derecho penal por las sendas del *principio de responsabilidad social*, y, por el contrario, procurar mantenerlo en los causes del derecho penal cimentado en el libre albedrío y su sucedáneo, el *principio de culpabilidad*.

El derecho penal, al menos en sus versiones conocidas en occidente luego del siglo XVIII, puede tener dos fundamentaciones:

- a. Primera, la que asientan las bases de la responsabilidad penal sobre el *principio de responsabilidad legal o social*, esto es, no se sanciona a alguien porque haya cometido un delito, sino porque su personalidad permite prever que en efecto –aunque no haya delinquido- en el futuro seguramente lo hará. En otras palabras, esta concepción asume que es posible determinar, incluso antes de que se cometa un delito, quién es un potencial delincuente y, en consecuencia, asume que es necesario sancionarlo para defender al colectivo –del inminente ataque-, es decir, por razones de “defensa social” (Agudelo, 2013). Así pues, con estas tesis de defensa social, casan perfectamente las concepciones biológicas del ser humano –de las cuales el positivismo italiano es un ejemplo-, al igual que con los monismos reduccionistas de las neurociencias pues, si llegan a concluir que en una determinada estructura cerebral o en determinados circuitos neuronales está la clave de lo que convierte al hombre en delincuente, no es de extrañar que planteen como consecuencia, que es necesario intervenir a los sujetos que tengan determinada composición cerebral o neuronal, para tornarlo en inocuo, para neutralizarlo, aunque éste no haya cometido algún delito, pero del cual se predica que tiene una clara predisposición (determinismo) a hacerlo, dada su dotación biológica.

- b. En segundo lugar, las concepciones del derecho penal que asientan las bases de la responsabilidad penal en el libre albedrío –por utilizar la expresión medieval- o en la libertad individual –por utilizar la expresión iluminista-, el cual tiene un sucedáneo en materia penal, esto es, el *principio de culpabilidad*. En otras palabras, el ser humano será responsable –penalmente hablando- porque en ejercicio de su libertad, decidió quebrantar la norma penal, esto es, decidió cometer un delito. Dicho de otra manera, el ser humano solo será responsable por los actos (derecho penal de acto) que haya llevado a cabo en ejercicio de su libertad (principio de culpabilidad).

Es pues, éste, **el primero –y más importante- de los aportes que, a nuestro juicio pueden hacer las neurociencias (en su dimensión dualista) a la teoría del delito, esto es, nada más y nada menos, que la defensa a la base que sustenta la teoría del delito y la responsabilidad penal: la libertad individual (en términos generales) y de contera, del principio de culpabilidad (de manera más específica)**. Importantes autores como Feijoo (2011, p. 2 y 21) y Chiesa plantean que este aporte de las neurociencias al derecho penal podría estar sobrevalorado pues,

(...) en un proceso penal no está sobre la mesa como tal el dilema entre determinismo o indeterminismo, ni tampoco el laberinto de la libertad de voluntad como premisa metafísica, que por otro lado se ha convertido en un auténtico “punto muerto” dialéctico. (Demetrio, 2013, p.32)

No obstante, pese a la contundencia de la crítica de Chiesa, debemos distanciarnos de dicho autor; dado que, si bien es cierto que desde el punto de vista de la práctica judicial, las discusiones sobre determinismo o indeterminismo (libre albedrío), no se dan en tales términos; tampoco es menos cierto que dicha discusión sí se debe tener en cuenta en la configuración del ordenamiento jurídico, en el tipo de sistema penal deseable pues, no es lo mismo partir de un derecho penal que tenga en cuenta que el ser humano actúa con libertad, que aquel derecho penal que presupone que el hombre es presa de la causalidad (determinismo). En consecuencia, ni los doctrinantes, ni los abogados, ni los legisladores, pueden desconocer tan importante discusión, pues ello llevaría a permitir que se confeccionen y que se apliquen normas, carentes de fundamento, desprovistas de sentido y, por tanto, incluso, contradictorias.

Ahora bien, se dirá que una determinada elección por el derecho penal de acto o de autor, es cuestión de simple preferencia y que, por tanto, las neurociencias (en su versión reduccionista naturalista) también tendrán la posibilidad de hacer aportes a determinadas posturas de penalistas que no consideran al derecho penal como un mecanismo para proteger bienes jurídicos (principios de lesividad y anti-

juridicidad), sino, a la protección de expectativas (norma objetiva de valoración), esto es, que pese a que no se haya producido un daño jurídico (lesión o puesta en peligro efectiva, de un bien jurídico), asumen que el derecho penal debe actuar porque con determinado comportamiento³ se defraudaron las expectativas (se quebrantó la norma) y por tanto, quien así ha obrado (quien cometió el delito), se ha convertido en enemigo. A este inocultable vínculo entre positivismo italiano –y cabría añadir, las concepciones monistas de las neurociencias- y derecho penal del enemigo –de la cual es exponente uno de los más representativos dogmáticos postfinalistas, Gunter Jakobs-, ya ha hecho referencia Carlos Parma:

También el positivismo sociológico de FERRI (1927) reeptó con beneplácito la idea lombrosiana pues aquí el delincuente –preferentemente vago, marginal- no tenía sentido moral. En esta misma orientación diré que JAKOBS es el novel positivista que a partir del año 2001 estigmatiza al delincuente nato como enemigo, bajo un análisis sociológico comunicacional. (Parma, 2009, p.10 - 11)

El positivismo italiano, siendo absolutamente coherente con sus postulados, llegó a plantear que los estudios jurídicos del delito podrían llegar a ser innecesarios pues, si se intervenía médica o terapéuticamente, al potencial delincuente –antes de que delinquiese-, se haría innecesario teorizar sobre el delito y sus consecuencias, pues antes de que se cometiese el delito, el sujeto ya habría sido neutralizado y, por tanto, el delito dejaría de existir, entonces, ¿para qué teorizar sobre lo inexistente? En consecuencia, si se extreman las concepciones monistas de las neurociencias, éstas, lejos de contribuir al desarrollo de la dogmática penal, se convertirían en su negación pues, si se logra determinar en qué estructura cerebral o en qué circuito neuronal está la causa del delito, podría pensarse que el Estado debería intervenir previamente a este potencial enemigo y, por tanto, no se haría necesario tener una determinada postura dogmática o adoptar un determinado esquema del delito, pues este último (el delito), ya habría desaparecido (no se habría llevado a cabo). En otras palabras, bajo tal forma de pensar “se castiga para proteger bienes jurídicos (preventivamente)” (Demetrio, 2013, p.29, subrayado propio) ya que, no habría que esperar a que el sujeto actúe, a que quebrante la prohibición, sino que el Estado podría anticiparse (prevenir) el ataque, interviniendo de manera anticipada.

Dijimos que podría pensarse que optar por un derecho penal cimentado en la necesidad de la defensa social, o por un derecho penal cimentado en el principio de culpabilidad, sería una cuestión de simple elección por afinidad. Sin embargo,

3 O extremando el argumento –y he aquí la conexión con las neurociencias monistas-, ante determinada propensión estructural, química o neuronal a defraudar las expectativas.

ello no es así, como quiera que la elección por la libertad⁴ (en contraposición al determinismo), como fundamentos del derecho penal, tiene hondas raíces filosóficas y científicas (Gómez y Gutiérrez, 2017)⁵. Bástenos recordar pues, antes de adentrarnos en el principio de culpabilidad, las palabras del maestro Nodier Agudelo, en su libro sobre la Escuela Clásica:

La responsabilidad se asienta en el libre albedrío: el hombre es libre y por serlo es responsable penalmente de sus actos y en la medida que lo sea.

(...)

Y todos estos fenómenos van a incidir sobre la responsabilidad: “suprimida del todo la libertad, no hay lugar a pena. Si el grado de libertad disminuye, proporcionalmente disminuirá la pena”, dice CARRARA. (Agudelo, 1996, p.21 - 22)

Dicho esto, refirámonos un poco al principio de culpabilidad:

El profesor Juan Fernández Carrasquilla vincula el principio de culpabilidad con el derecho penal de acto y establece que “una regulación jurídica racional no puede sino atenerse a los poderes ordinarios de impulso y contención de la voluntad humana” (Fernández, 1989, p.59, subrayado propio). E inmediatamente después, con profunda claridad, agrega que “Solamente puede llamarse propiamente acto, en este contexto, el acto voluntario, y voluntario al proceso que la voluntad domina y controla, es decir, puede por sí misma iniciar, desarrollar, interrumpir y reiniciar, y por ende, en una palabra, evitar” (p.59, subrayado propio).

Los apartes transcritos, y sobre todo los subrayados, constituyen una clara anticipación racional de lo que serían los planteamientos de las neurociencias de hoy, las cuales plantean, en palabras de Gazzaniga:

A lo largo de la evolución, los seres humanos hemos desarrollado dos capacidades necesarias para el intercambio social recíproco prolongado: la capacidad de inhibir acciones durante un tiempo (es decir, la capacidad de demorar la gratificación), y el castigo a los tramposos en el intercambio recíproco. (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.203 - 204, subrayado propio)

4 Y consecuentemente, por el principio de culpabilidad.

5 Hay quienes optan por una defensa de la libertad (a la cual denominan libre albedrío), no en términos filosóficos (a los cuales denominan metafísicos, pese a que la metafísica es apenas una de las ramas del basto árbol filosófico), sino científicos (a los cuales denominan empíricos, olvidando que el empirismo y el experimentalismo, son apenas componentes de la ciencia, o más exactamente, del método científico).

Sin embargo, la conclusión de que el ser humano goza, por lo menos en algún grado de libertad, o de capacidad de inhibición, no es un tema pacífico, incluso Roth ha manifestado que “el acto consciente de voluntad de ningún modo puede ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales” (Hassemer, 2011, p.6). Dicho de otra forma “Nuestra decisión de actuar no es tal, solo hace como si lo fuera. En realidad, es una consecuencia determinada por procesos neuronales. En este cajón no hay espacio para la libertad de voluntad, ni siquiera para una conciencia intermitente” (Hassemer, 2011, p.6).

Ahora bien, respecto al mismo tema, pero en referencia a Benjamin Libet, quien en sus experimentos encontró que antes de que haya conciencia de la decisión que se toma, ya el cerebro ha decidido por nosotros, los citados autores Gómez Pavajeau y Gutiérrez De Pinerez, manifiestan que el mismo Libet reconocía que si bien ello es así, persiste un espacio que deja incólume la libertad o libre albedrío, esto es, el poder de veto o censura. En otras palabras, si bien el *potencial preparatorio* llevaba a que se tomara una decisión antes de que fuésemos conscientes de que dicha decisión ya se tomó, lo cierto del caso es que el ser humano tiene la *posibilidad de veto*, esto es, de decidir si actúa o no, conforme a esa elección que ha tomado el cerebro previamente -en razón a su potencial preparatorio-.

Tal conclusión parecer ser compartida por Demetrio (2013), quien defiende el denominado “compatibilismo” o “determinismo o indeterminismo relativos” (p.28), los cuales, precisamente se ubican en una posición intermedia entre en “determinismo duro” o “neurodeterminismo”, y el “puro indeterminismo” o “libre arbitrio” (p.19), argumentando que el referido compatibilismo,

Supone, por un lado, la *superación del indeterminismo puro de carácter librealbedrista*, entendiendo por tal uno que conduce a una especie de vacío libre de motivos y condicionamientos, aserto que ha devenido falso. Por otro, la *superación del determinismo puramente mecanicista*, que se ha visto relevado, en cierto modo, en el plano de la filosofía de la ciencia y de la física cuántica por el principio de la incertidumbre. (Demetrio, 2013, p.29)⁶

Así pues, las neurociencias, al poner a salvo el concepto de libertad (descartando el determinismo), dan un importante avance en el sentido de consolidar la idea del principio de culpabilidad⁷ como fundamento de diversos principios e

6 El principio de incertidumbre fue enunciado por Heisenberg, y el mismo establece que “es imposible medir simultáneamente, y con precisión absoluta, el valor de la posición y la cantidad de movimiento de una partícula” (Sin autor, sin fecha, Principio de Indeterminación de Heisenberg).

7 La culpabilidad es asumida como principio, lo cual conlleva a que se entienda como fundamentadora “[d]el sentido y la legitimidad de otras normas penales” (Fernández, 1989. p.12) entre las cuales, podríamos agregar, encontramos algunas categorías dogmáticas.

instituciones dogmáticas. Sería conveniente recordar que para Fernando Velásquez el principio de culpabilidad:

En primer lugar, *posibilita la imputación subjetiva* de tal manera que el injusto penal sólo puede ser atribuido a la persona que actúa (...) [principios de derecho penal de acto y responsabilidad personal]. En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que *se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado*; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad (...) acorde con lo que solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos. En tercer lugar, *la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace con base en el grado de culpabilidad*, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa en sus diversas modalidades, hasta llegar al dolo (...). Así mismo, en cuarto lugar, *este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto*. (Velásquez, 2009, p.128 y 129. Subrayado, corchetes y su contenido, propios)

Podríamos decir, a manera de conclusión, de lo hasta acá dicho que las neurociencias ponen a salvo el concepto de libertad o libre albedrío; con ello, a su vez, salvan la piedra angular del derecho penal liberal, el principio de culpabilidad; y de manera consecuencial, todas las instituciones que en ella se fundamentan, por ejemplo, la categoría dogmática de la culpabilidad, las diferencias punitivas entre la culpa y el dolo... por citar solo algunos de los ejemplos referidos por el profesor Velásquez. Siendo ello así, menester es pues, para las neurociencias, profundizar en el aspecto de cuándo se es más o menos libre pues la “disminución de espontaneidad debe tenerse en cuenta en favor del que, a consecuencia de tal impulso, violó la ley, y se debe tener en cuenta debido a que por ella se aminora la fuerza moral del delito (...)” (Carrara, 1971, p.193).

No se debe cerrar este apartado sin antes hacer una precisión: el hecho de que se reconozca que las neurociencias tienen mucho que decir al derecho penal en materia de libertad (principio de culpabilidad), no quiere decir que en aquellas (las neurociencias) o en éste (el derecho penal), se agoten las discusiones, pues como diría Demetrio (2013) “El problema de la libertad es demasiado amplio como para que el derecho penal o la Neurociencia pretendan agotarlo” (p.32).

Descendamos pues del hermoso terreno de la principialística (principio de culpabilidad), el cual es norma rectora en nuestro Código Penal (art. 12), al terreno técnico, pero no por ello menos importante, de las categorías dogmáticas⁸.

8 Recordemos que según FERNANDEZ CARRASQUILLA, en las normas rectoras encontramos “las bases ideológicas, políticas, políticocriminales y, a la vez, juridicopositivas (constitucionales, internacionales y legales) de la dogmática”

2. Incidencia de las neurociencias en los elementos subjetivos del injusto:

Si pudiésemos sacar una conclusión, luego de examinar el recorrido histórico⁹ de la dogmática penal –que va desde los modelos causalistas, hasta el postfinalismo-, es el hecho inocultable de que se ha ido sometiendo lentamente a un proceso de subjetivación. Así pues,

Lo evidente es que en los primeros estadios del derecho penal era suficiente que alguien causara un daño [aspecto objetivo] a otro para que se le sancionara por tal hecho, independientemente de si tal resultado, pudiese o no ser predicado del hombre como obra *suya*, es decir, como emanada de su propio siquismo [aspecto subjetivo]; mucho menos se tenía en cuenta si la conducta que produjo el evento lesivo era producto de una voluntad culpable susceptible de reproche social y jurídico; este último planteamiento [subjetivación] fue la culminación de lenta y procelosa evolución del derecho penal. (Reyes, 1982, p.18 Corchetes y su contenido, propios)

Por eso es fácil comprender como para los causalistas (modelo Liszt-Beling), las categorías dogmáticas de tipicidad y antijuridicidad eran exclusivamente objetivas, relegando los aspectos subjetivos del delito (dolo y culpa) a la categoría dogmática de la culpabilidad.

Antiguamente, el análisis del delito se efectuaba separando su parte objetiva (la acción prohibida) de su parte subjetiva (la culpabilidad psicológica: dolo o culpa). Esta decisión de los elementos del delito se mantuvo por los clásicos alemanes, quienes consideraron que la antijuridicidad (o, mejor aún, el injusto) representaba la parte objetiva y la culpabilidad la parte subjetiva del delito. (Fernández, 2004, p.414)

Mientras que, por otra parte, los neoclásicos admiten la existencia de elementos subjetivos, no solo en la culpabilidad, sino también en el tipo –en el cual, además, la existencia de elementos normativos-, y en la antijuridicidad (Agudelo, 2015, y en el mismo sentido, Fernández, 2004). Por otro lado, <<El análisis más detallado de las

del delito y de la pena". (1989, p. 1 y 2).

9 Nótese que no se utiliza la expresión "evolución" histórica pues, ello lleva consigo, una carga valorativa en el sentido de indicar que, necesariamente los modelos postfinalistas serían mejores que el finalista, y este a su vez, sería mejor que el modelo neoclásico, el cual sería mejor que el causalista. Es claro que dichos modelos han ido surgiendo como producto de las críticas que se le hacen a cada uno de estos esquemas del delito, sin embargo, ello no necesariamente ha llevado a que los nuevos planteamientos sean mejores que los anteriores, por ejemplo, la progresiva renuncia a la exigencia de que haya una lesión o efectiva puesta en peligro de un bien jurídico (principio de lesividad), para poder sancionar penalmente, no es de manera necesaria un aspecto positivo o de evolución, sino, por el contrario, una fetichización de la norma pues, basta con que se viole la norma, así no se lesione lo que la misma busca proteger (bien jurídico), para que haya sanción (se protege la norma por la norma).

figuras delictivas y de sus comunes características abstractas llevó la evolución hasta el finalismo, regido ya por categorías distintas: “lo subjetivo en el tipo y lo normativo en la culpabilidad”>> (Fernández, 2004, p. 415). Así pues, el finalismo, y *a fortiori* el postfinalismo, han ido prescindiendo de aspectos objetivos, como lo serían, el principio de lesividad, esto es, que para que haya delito, se requiere la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico “la valoración de antijuridicidad en el finalismo no averigua tampoco por ninguna lesión a bienes jurídicos, sino solo por la ausencia de causas legales de justificación” (Fernández, 2004, p.415).

De tal suerte que, como veíamos, en la antigüedad bastaba con la producción del resultado, mientras que, por otra parte, las actuales corrientes dogmáticas nos están llevando, no solo a incluir elementos subjetivos, sino también, a prescindir del resultado (daño al bien jurídico). Así pues, si el recorrido histórico de la dogmática penal nos ha llevado por una senda de subjetivación del delito, no es de extrañar que el derecho penal demande aportes de las diferentes disciplinas –entre ellas las neurociencias- que se ocupan de dichos aspectos (los subjetivos o psíquicos):

No solo puede ofrecer ayuda importante y eficiente en materia de la prueba de la culpabilidad, sino también en otros aspectos menos visibles como la de los ingredientes subjetivos del tipo y de la justificante –en caso de demandarse- y, sobre todo, en materia de imputabilidad-inimputabilidad y aun, de avanzar hacia allá, en materia de semiimputabilidad. (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.300)

He aquí el segundo aspecto, en el cual las neurociencias pueden hacer importantes aportes a la teoría del delito, pues en la medida en que se avance en descubrimientos cerebrales, mentales y psicológicos, se hará cada vez más evidente el componente subjetivo del ser humano, alejándonos cada vez más de las concepciones meramente objetivas del delito:

De las más antiguas sociedades humanas, [en las cuales] el sistema totémico constituye “la base de todas las demás obligaciones sociales y restricciones morales de la tribu”, constituyéndose en “la forma general de la legislación”, el sujeto y por supuesto la voluntad no tenían ninguna eficacia individual, puesto que tal concepto no fue conocido en su época, entre otras cosas por cuanto no existía el concepto del “yo”, por lo que la reacción era “ eminentemente colectiva”, fundada en un concepto de “psicología colectiva”, sin importar si el sujeto era o no consciente, pues lo relevante era el daño a la vida colectiva.

En otras palabras, muy bien lo dice Freud, la violación de la obligación totémica lleva a un castigo automático, independientemente de si “se ha llevado a cabo una violación, intencionada o no” (p.35. Subrayado propio; corchetes y su contenido, propios).

Así pues, la responsabilidad objetiva nos acercaría a las antiguas tribus, por tanto, es imprescindible tener en cuenta el aspecto subjetivo, eso sí, sin llegar a un extremo paranoide del subjetivismo, el cual como se ha dicho, fetichiza la norma pues, se preocupa únicamente por la violación de la misma –aunque no haya lesión al bien jurídico-. En consecuencia, **las neurociencias podrían aportar a la dogmática, a la construcción de una visión dualista de la norma pues, aporta significativos elementos al aspecto subjetivo del delito.**

Detallemos un poco más, los aportes de las neurociencias a los aspectos subjetivos del injusto:

2.1 Tercer aporte, neurociencias y concepto final de acción:

Bien sea porque se asuma que el ser humano es por naturaleza consciente y que, por tanto, tiene capacidad de decisión; o bien sea porque se asuma que el ser humano tiene capacidad de vetar las decisiones que su cerebro ha tomado –antes de que sea consciente de la elección que ha tomado-; lo que es indiscutible es que, en ambos casos, las neurociencias conjugan de manera perfecta con el concepto final de acción pues, si una persona tiene capacidad de decisión, o capacidad de vetar la elección que su cerebro ha hecho previamente por él, lo cierto es que, al reconocerle tal o cual libertad, lo cierto es que admite que el hombre puede elegir o vetar su elección teleológicamente (de acuerdo con fines), razón por la cual las neurociencias nos revelan más lo acertado de los planteamientos de algunos dogmáticos como Alexander Graf Zu Donha, el cual plantea que:

La acción es, esencialmente, concreción de la voluntad. Esa voluntad puede ser dirigida a producir o evitar la actividad corporal... Queda siempre entendido que tanto una como otra expresión suponen que se realiza una decisión de la voluntad. En cambio, actividad e inactividad quedan fuera de la idea jurídica de acción, si no pueden ser atribuidas en su causa a la voluntad humana (citado por Pérez, 1967, p. 466)

En otras palabras, ciertas concepciones (no deterministas) de las neurociencias reafirman la idea aristotélica y Welzeliana de acción humana, entendida como acción final pues, como diría este último:

Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”.

(...)

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es –dicho en forma gráfica- vidente, la causalidad, ciega. (Agudelo, 2015, p. 97 y 98)

2.2 Cuarto aporte, determinación del aspecto subjetivo del tipo:

La determinación del aspecto subjetivo del tipo penal es lo que se denomina usualmente “imputación subjetiva”, la misma “permite llevar a cabo una diferenciación y valoración razonable de grados de evitabilidad, de implicación interna del ser humano en su hecho, desde el dolo directo de primer grado hasta la imprudencia inconsciente” (Hassemer, 2011, p.9), lo cual tiene importantes repercusiones en el monto de la pena, así, por ejemplo, el homicidio doloso tiene una pena que va de 17 a 37 años de prisión (C.P. art. 103), mientras que el mismo delito bajo la modalidad culposa tiene una pena que va de poco más de los dos años y medio a nueve años de prisión (C.P. art. 109).

En consecuencia, en caso de que se logre concretar aportes en esta materia al derecho penal, a partir de la técnica de las neuroimágenes, serían éstos de importancia superlativa pues, entre otras cosas, permitiría determinar si una persona ha actuado de manera dolosa o de manera culposa. Al respecto:

En consecuencia de todo lo anterior aparece así la “imitación como una sofisticada forma de inteligencia”. Pero, además, como quiera que las “intenciones fundamentales registran una mayor marcación eléctrica en las neuronas espejo”, es viable y posible postular predictivamente que, a través de la técnica de las neuroimágenes, en muy poco tiempo los científicos serán capaces de determinar si un sujeto actuó con dolo o con culpa. (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.74)

Ahora bien, bástenos en este apartado con enunciar este importante aporte, sin embargo, no lo desarrollaremos en mayor medida pues, más que una contribución de las neurociencias a la dogmática, estamos en presencia de un aporte de la técnica de las neuroimágenes, las cuales no son más que técnicas instrumentales de las cuales se vale la neurociencia, para materializar su componente experimental.

2.3 Quinto aporte, neurociencias y elementos subjetivos de las causales de justificación:

Es constante la discusión en nuestro país acerca de si se requiere o no elementos subjetivos en las causales de justificación¹⁰, especialmente, en lo que a la legítima defensa se refiere. Así, por ejemplo, autores como Fernando Velásquez exigen la presencia de *animus defendendi*, en la maniobra defensiva, para poder que se pueda predicar la existencia de la legítima defensa (Velásquez, 2009). Mientras que, por otra parte, autores como Gómez Pavajeau expresan que dicho elemento

10 La incorporación de elementos subjetivos en la antijuridicidad formal, es herencia de la dogmática neoclásica, razón por la cual dicha categoría dogmática (la antijuridicidad) pasó a ser *prevalentemente* (no esencial, ni exclusivamente) objetiva.

subjetivo no es necesario para que se configure la referida justificante (Gómez, 2016). Teniendo razón el primero desde el punto de vista positivo pues, el artículo 32 #6 del CP, establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente.

La preposición subrayada “denota causa” (Real Academia Española, 2001), lo cual implica que para que se reconozca la configuración de una causal de justificación, éste debe actuar movido por la necesidad de defensa. Ahora bien, no se desconoce que también le asiste razón al segundo tratadista en el sentido de que exigir el ánimo de defensa, sería menos garantista, y que, por tanto, debería abolirse tal exigencia pues, si el derecho penal se orienta a la protección de bienes jurídicos, entonces al derecho penal no le debe importar si el individuo actúa para defenderse o no (o si actúa por cualquier otra causa), lo que le debe importar es que si materialmente el sujeto se defendió (sin importar sus móviles), el derecho penal logró su cometido (protección del bien jurídico amenazado), sin embargo, esta postura –como se ha dicho-, si bien es dogmáticamente impecable, no fue la acogida por el legislador, al menos es lo que se infiere de la simple lectura de la disposición transcrita.

Siendo ello así, es conveniente recordar lo dicho por Gómez Pavajeau y Gutierrez De Piñeres en materia de metacognición y neuronas espejo:

Las habilidades humanas que sustentan las neuronas espejo dan origen a lo que se ha llamado “memoria de la mente”, también llamada “metacognición”, lo cual refiere la capacidad humana de “atribuir pensamientos e intenciones a otras personas”, esto es, a través de ella se sugiere la viabilidad de realizar una “lectura de la mente” de otras personas en el ámbito de la interacción humana, todo lo cual posibilita la construcción de la sociedad humana. (Gómez y Gutiérrez de Piñeres, 2017, p.71, subrayado propio)

Quiere esto decir que, si continúan los descubrimientos en materia de neuronas espejo, será posible determinar si una persona identificó la intención que tenía de agredirlo el presunto agresor, o si, por el contrario, quien alega haber actuado en defensa propia o ajena, realmente actuó sin el ánimo de defensa. Esto tendría importantísimas consecuencias en materia de legítima defensa (causal de justificación) y de defensa putativa, a la cual serían extensibles las mismas consideraciones.

2.4 Sexto aporte, aporte de las neurociencias en materia de delitos con elemento subjetivo especial:

El profesor Fernando Velásquez tiene una clasificación bipartita de lo que denomina “elementos subjetivos distintos del dolo”, diferenciación que, a nuestro juicio es artificiosa dado que, examinadas las definiciones de dicha categorización, se

encuentra perfecta similitud entre lo que dicho tratadista denomina “especiales elementos subjetivos” y “elementos objetivos del ánimo o de la actitud” (Velásquez, 2009, p.630 y 631).

Bástenos pues con decir que los elementos subjetivos especiales del tipo son aquellos que:

(...) suponen en el autor un determinado propósito o *intención* o una *motivación* o un *impulso*, que se suman al conocimiento y voluntad de realización de tipo (dolo). Así sucede, por ejemplo, en los propósitos consignados en estas disposiciones “...con el propósito de cometer delito de rebelión... (art. 472); con el fin de cometer delitos (art. 340 inc 1º...)”. (Velásquez, 2009 p.630 y 631)

Siendo ello así, no cabe la menor duda de que las neurociencias pueden aportar a la determinación de hacia dónde se dirigía la conducta, cuál era su intención, lo cual permitiría, por ejemplo, establecer si estamos en presencia de un delito de rebelión o de concierto para delinquir, todo ello, en clave de garantía de materializar el principio de estricta tipicidad, esto es, que las personas solo sean sancionadas por los delitos que –objetiva y subjetivamente hablando– realizaron.

En igual sentido, la Teoría de la Mente (TdM), podría hacer importantes aportes en delitos como el de la injuria (el cual lleva implícito el elemento subjetivo especial del *animus injuriandi*) pues, entre otras cosas, ésta permite “comprender un significado en función de un contexto social específico, superando la literalidad, como las bromas, ironías, malentendidos y mentiras; leer las emociones en lenguaje no verbal; y comprender la incongruencia” (Gómez y Gutiérrez, 2017, p.83).

2.5 Séptimo aporte, aporte de las neurociencias a la categoría dogmática de la culpabilidad:

Si existe una categoría dogmática en la cual haya sido una constante –en todos los esquemas dogmáticos del delito– la presencia de elementos psíquicos, ésta ha sido la de la culpabilidad [la dogmática causalista entendía que en ésta se encontraban el dolo y la culpa (elementos subjetivos por excelencia); la escuela clásica entendía que estaban estos (el dolo y la culpa) y, además, un juicio de reproche; y finalmente, el esquema finalista sostiene que la culpabilidad es un “*puro juicio de reproche*” (Agudelo, 2015), juicio este eminentemente normativo, pero en el cual tiene un contenido preponderante aspectos específicamente referidos al sujeto o subjetivos, en todos sus elementos: la imputabilidad, la conciencia actual o potencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta (p.134)].

Incluso, casi en términos predictivos, podría llegar a pensarse que las neurociencias podrían, a futuro, permitir realizar un juicio de acuerdo a la psiquis de cada

autor o partícipe, esto es, llevar a cabo un juicio de reproche bastante más individualizado de lo que hoy permiten los actuales instrumentos legales (Código Penal), los cuales por ser tales (leyes), tienen un sentido de abstracción y generalidad que permite grandemente la discrecionalidad –y podríamos decir, en no pocas veces, la arbitrariedad- de los operadores judiciales, al momento de reconocer causales de inculpabilidad, o de que la nieguen, habiendo bases fácticas para reconocerla. Es más, tan evidente es el aporte que podría hacer la neurociencia a la categoría dogmática de la culpabilidad que, incluso, un autor como Chiesa –del cual hemos dicho que es sumamente escéptico respecto al aporte que puede brindar al derecho penal la discusión entre determinismo y libertad- admite que en el proceso penal

(...) sí están en juego, en cambio, problemas más concretos (...) como el alcance que, con los conocimientos que hoy tenemos, se puede otorgar a las eximentes de inculpabilidad (...), así como los límites que de ahí resultan entre culpabilidad y peligrosidad. (Demetrio, 2013, p. 32)

En consecuencia, los descubrimientos de las neurociencias, en el futuro, podrían llevar a objetivar un poco más el juzgamiento de las personas, ya no juzgándolo de acuerdo a qué hubiésemos hecho nosotros si estuviésemos en su posición, sino de acuerdo a las propias particularidades del sujeto que estamos juzgando pues, bien sabido es que, para juzgar “atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos (...)” (Hassemer, 2011, p.9), lo cual hacemos partiendo de la base de que “Tenemos nuestra experiencia acerca de qué responsabilidad, y cuánta, podemos esperar –de niños, adolescentes, personas seniles, ebrios, egoístas (...)” (Hassemer, 2011, p.9).

Tal es la importancia de los aportes de las neurociencias a la categoría dogmática de la culpabilidad que la mayoría de dogmáticos penales que se han ocupado de las neurociencias, han concentrado sus esfuerzos en dicha categoría del delito (en extenso podrá confrontarse esta temática en Feijoo, 2011 y en Balcarce, 2014), siendo mucho más categórico este último autor al afirmar que “No sé cuál es el futuro de las neurociencias; sí sé que el concepto de culpabilidad ha mostrado su lado flaco” (Balcarce, 2014, p.88), a lo cual llega luego de examinar los aportes de lo que en este escrito hemos denominado neurocientíficos monistas o en palabras Feijoo, “neurodeterministas” (Feijoo, 2011).

No cabe pues la menor duda de que las neurociencias pueden realizar importantes aportes a la dogmática penal, pues esta última se ocupa del delito, el cual tiene componentes de carácter subjetivo, aspecto éste al cual le apuntan como objetivo basilar las neurociencias, las cuales se ocupan del sistema nervioso y de la mente humana. Largo camino hace falta recorrer para que estas disciplinas (las jurídicas y las neurociencias), puedan lograr un ensamblaje, sin embargo, es allí donde está el reto, en encontrar los puntos de conexión para lograr una aplicación cada vez más racional del derecho, eso sí, desconfiando de los criterios monistas

de las neurociencias, que se olvidan de que el hombre es un ser social y que, por tanto, se encuentra altamente influenciado por su entorno (cultura, sociedad, economía...).

2.6 ¿Se abre paso una categoría para-dogmática?

Los avances de la neurociencia, si se logran acompasar con una concepción moderna, e incluso, posmoderna, del derecho penal, pueden llevar a que se reconozcan situaciones que, si bien en los códigos actuales no tienen una consagración específica, sí deberían ser tenidos en cuenta en estos. Específicamente me refiero a lo que algunos autores han denominado las “causales de semi imputabilidad” (Balcarce, 2014, p.84). Aspectos similares a éste también son tocados, por vía de ejemplo, de manera tangencial por Bernardo Feijoo (2011) al manifestar que según descubrimientos recientes,

Aspectos vinculados al funcionamiento del cerebro o aspectos neuroquímicos vinculados a sustancias como la serotonina o la dopamina interaccionan con otros factores como el sexo (los hombres canalizan mucho más su violencia en forma directa contra otros) y la edad, la educación o el ambiente familiar y social o las experiencias psicosociales en general. Por ejemplo, un hombre joven con niveles bajos de serotonina y un deficiente desarrollo emocional en la infancia representa permanentemente “una bomba a punto de estallar”. (p.7 y 8) (Se subraya).

Y es que si bien, a renglón seguido, Feijoo manifiesta que ello no lleva al sujeto, necesariamente, a delinquir; tampoco es menos cierto que los factores subrayados -que inciden en la eventual comisión de un delito-, no le serían atribuibles a quien lo cometa, y, en consecuencia, una visión proporcional y un poco más humanista de la pena nos debería llevar, inevitablemente, a tener en cuenta tal situación –como atenuante o diminuyente- al momento de dosificar la pena.

Recordemos, en este punto que, hay quienes propenden por incorporar la proporcionalidad como principio autónomo del derecho penal, invitando con ello a que se tengan en cuenta, cada vez más, al momento de legislar y al momento de juzgar, las situaciones particulares, para no juzgar con la misma severidad a quienes tienen particularidades distintas y que, por tanto, ameritan un trato diferenciado, en lo que al *quantum* de la pena se refiere (Cusi Alanoca, 2018).

Ahora bien, si a nivel legal no se ha logrado la consagración de tales planteamientos, ello no implica que estas cuestiones no estén siendo tenidas en cuenta por los juristas. Por ejemplo, en el Anteproyecto de Código Penal para la Nación Argentina, cuya comisión redactora estuvo presidida por Zaffaroni, se plasmó (art. 6°, inc 3) que

Según las circunstancias del caso, el juez podrá disminuir la pena conforme a la escala señalada en el inciso anterior a quien, en el momento del hecho, tuviere considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión. (Balcarce, 2014, p. 9)

Dicho de otra manera, mientras más penetremos en los aspectos subjetivos del delito, entre ellos la culpabilidad, más exigente será la tarea de dosificación punitiva pues, como es bien sabido, cualquier elemento –objetivo o subjetivo– que incida en la comisión de un delito debe reflejarse en más o menos pena pues, de lo contrario, estaríamos cometiendo una inequidad, al juzgar como iguales, situaciones desiguales o diferentes.

III. ¿Cuánto valor tienen los aportes de la neurociencia al derecho penal?

Ya hemos enunciado y, por lo menos, alcanzado a plantear los aportes de las neurociencias al principio de culpabilidad y a las diferentes categorías dogmáticas del delito, sin embargo, hay una precisión que es indispensable hacer antes de concluir este escrito: los aportes que hagan las neurociencias al derecho penal son de carácter científico, y, por tanto, provisionales y limitados. Dicho de otra forma, la ciencia, para plantear sus postulados o descubrimientos, lo hace luego de hacer uso del método científico (observación-hipótesis-experimentación), y para ello, echa mano de los instrumentos que estén a su alcance, los cuales unas veces son defectuosos, otras veces buenos, pero en todo caso, perfectibles. En consecuencia, las neurociencias –como cualquier otra ciencia– están impregnadas de una alta dosis de provisionalidad, por tanto, debe evitarse a toda costa sacralizar sus descubrimientos, para así impedir caer en un craso error epistemológico, denominado por HASSEMER (2011) como un error categorial

(...) toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y encuentra una respuesta únicamente allí en donde su instrumentario le permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial. Qué es lo que pertenece al instrumentario de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal. Si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; en todo caso, esto último sucederá cuando esa ciencia tenga suficiente prestigio y poder, es decir, cuando se la escucha y se entabla un diálogo con ella, en vez de ponerla en su sitio a tiempo. (p.6)

¿Estamos preparados para recibir los aportes de las neurociencias en el ámbito penal? Y en caso de estarlo ¿Estamos preparados para hacerlo con pensamiento crítico, esto es, sometiendo dichos descubrimientos a la duda y a la razón?

Cualquier cosa que hoy y mañana se emprenda por la progresiva minimización del derecho punitivo debe ser bienvenida y reputarse siempre insuficiente y cualquier conquista en este sentido, por pequeña que parezca, tiene que ser defendida a ultranza.

Juan Fernández Carrasquilla

Conclusiones

La dogmática en general, y la dogmática penal en particular, son métodos abstractos de interpretación de la ley –en sentido amplio- vigente en un Estado, de las cuales surgen conceptos y formas específicas de entender el derecho.

Las neurociencias se ocupan, por un lado, del sistema nervioso y sus funciones y, por otra parte, de la mente, ésta última dependiente de factores culturales y del entorno.

Tanto en la doctrina italiana, como en la dogmática alemana, la noción de delito involucra aspectos externos y aspectos internos (aspectos subjetivos del delito). Los aportes de las neurociencias al derecho penal los podríamos encontrar, especialmente, en los elementos internos del delito.

El concepto fundante del ordenamiento jurídico, esto es, el concepto de dignidad humana, no debe explicarse en concepciones filosóficas, técnico-prácticas, valorativas, ni materialistas; sino que, por el contrario, para tener un concepto más incluyente de lo que es el ser humano y la dignidad humana, debe echarse mano de los aportes de la biología y la genética, lo cual permitiría diferenciar la especie humana de otras especies.

El más importante aporte de las neurociencias (en su dimensión dualista) a la teoría del delito, lo constituye la defensa que hacen éstas a la base que sustenta la teoría del delito y la responsabilidad penal: la libertad individual (en términos generales) y de contera, del principio de culpabilidad (de manera más específica).

Las neurociencias realizan importantes contribuciones a la dogmática jurídico-penal, en materia de culpabilidad –entendida como principio-, en los elementos subjetivos del tipo, en los elementos subjetivos de las causales de justificación y en la culpabilidad –como categoría dogmática-.

Las neurociencias nos abren paso a explorar, para profundizar en un ejercicio proporcional y humanista del derecho penal, en situaciones que si bien no llegan a excluir la responsabilidad –pues no alcanzan a constituir casos de inimputabilidad-, sí deben ser tenidos en cuenta al momento de la dosificación punitiva, conocidas por algún sector de la doctrina como “causales de semi imputabilidad”.

Largo camino hace falta recorrer para que estas disciplinas (las jurídicas y las neurociencias) puedan lograr un ensamblaje, sin embargo, es allí donde está el reto, en encontrar los puntos de conexión para lograr una aplicación cada vez más racional del derecho, eso sí, desconfiando de los criterios monistas de las neurociencias, que se olvidan de que el hombre es un ser social y que, por tanto, se encuentra altamente influenciado por su entorno (cultura, sociedad, economía...).

Bibliografía

- Agudelo Betancur, N. (2015). *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*. Medellín: Cuarta Edición. Ediciones Nuevo Foro.
- Agudelo Betancur, N. (1996). *Grandes Corrientes del Derecho Penal: Escuela Clásica*. Bogotá: Segunda Edición, Linotipia Bolívar.
- Agudelo Betancur, N. (2013). *Grandes Corrientes del Derecho Penal. Escuela Positivista*. Medellín: Octava Edición, Ediciones Nuevo Foro.
- Balcarce, F. I. (2014). Derecho Penal y Neurociencias: Aproximaciones. *Legem 2* (1), pp. 81-93.
- Carrara, F. (1971). *Programa de Derecho Criminal: Parte General, V.I*. Bogotá: Temis. Traducido por: José J. Ortega Torres.
- Cusi Alanoca, J. L. (2018). El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal. *Revista Boliviana "Literatura Jurídica"*.
- Demetrio Crespo, E. (2013). "Compatibilismo humanista": una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal. *Neurociencias y derecho penal* (pp.17-42). Madrid: Edisofer S.L.
- Feijoo Sánchez, B. (2011). Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?. *Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1-57.
- Fernández Carrasquilla, J. (2004). *Derecho Penal Fundamental 1*. Bogotá: Tercera Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (1989). *Derecho Penal Fundamental, V. II*. Bogotá: Segunda Edición. Temis.
- Gómez Pavajeau, C.A. (2016). *El Principio de Antijuridicidad Material*. Bogotá: Sexta Edición. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- Gómez Pavajeau, C.A. (2011). *La Dogmática Jurídica como Ciencia del Derecho: Sus Especies Penal y Disciplinaria Necesidad, Semejanzas y Diferencias*. Colombia: Primera edición. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Pavajeau, C.A. y Gutiérrez De Pineres Botero, C. (2017). *Neurociencias y Derecho: Reflexiones sobre la Cognición Social, el Libre Albedrío, la Dignidad Humana, la*

Culpabilidad y la Prueba Novel. Bogotá: Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia.

Hassemer, W. (2011). Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. *InDret -Revista Para el Análisis del Derecho*, (2), pp.1-14. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241335/323926>.

Parma, C. (2009). *Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el Derecho Penal?*. Bogotá: Primera Edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Perez, L. C. (1967). *Tratado de Derecho Penal, T.I*. Bogotá: Temis.

Reyes Echandía, A. (1982). *La Culpabilidad*. Bogotá: Segunda edición. Universidad Externado de Colombia.

Velásquez Velásquez, F. (1982). *Derecho Penal: Parte General*. Medellín: Cuarta Edición. Comlibros.

Cibergrafía

Agudelo Betancur, N. (Sin fecha). En: Entrevista al Jurista Colombiano Nodier Agudelo. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=6q_UKSQlwTI. Consulta de: 01/02/17

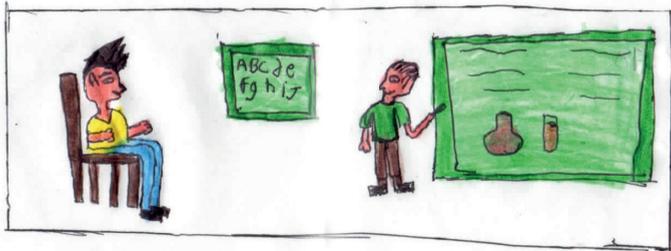
Anónimo. El ADN que diferencia a los humanos. En: Xataka Ciencia. Recuperado de <https://www.xatakaciencia.com/biologia/el-adn-que-diferencia-a-los-humanos> Fecha: 17/08/06. Consulta de 28/03/18.

Anónimo. Neurociencias. (Sin fecha). En: UPB. Recuperado de <http://www.upbbga.edu.co/filesupb/NEUROCIENCIAS.pdf> . Consulta de: 28/12/18.

Anónimo. Principio de Indeterminación de Heisenberg. En: Escuela de Ingenierías Industriales. Recuperado de <http://www.eis.uva.es/~qgintro/atom/tutorial-10.html>. Consulta de: 29/12/18

Wikipedia. Especie. (Sin fecha). Recuperado de [Wikipediahttps://es.wikipedia.org/wiki/Especie](https://es.wikipedia.org/wiki/Especie). Consulta de 01/18/18

¿ QUE es LA EDUCACION ?



LA EDUCACION es
PARA MI es como
UN TIPO de enseñanzas
PARA los niños y PARA
las personas que estan
estudiando

¿ RESPE TO ?

La transferencia de los derechos de pesca en la Unión Europea, España y Chile*

Maximiliano Astorga Beltrán**

Resumen

El documento presenta los resultados de un análisis comparado respecto del sistema de transferencia de derechos de pesca que ha adoptado la Unión Europea -y en particular España- con la regulación vigente en Chile. Dichos sistemas fueron sometidos a asuntos claves relacionados con la eficacia, la movilidad de los pescadores, la cohesión social y la concentración de derechos, con el objeto de verificar si perjudican a terceras personas y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio al momento de efectuar la transferencia de los derechos de pesca.

Palabras clave: derechos de pesca; transferencia de derechos pesqueros; política pesquera común; España; Chile.

Transfer of fishing rights in the European Union, Spain and Chile

Abstract

This document shows the results of a comparative analysis with respect to the transfer system of the fishing rights in the European Union -Spain in particular- with the current regulation of Chile. These systems were subject to an evaluation of the key issues related to their effectiveness, fishermen mobility, the social cohesion and the concentration of rights, with the objective of verifying if they harm third parties and that they do not generate situations of monopoly or oligopoly when the transfer of fishing rights comes into effect.

Key words: fishing rights; transfer of fishing rights; common fishing policy; Spain; Chile.

A transferência dos direitos de pesca na União Europeia, Espanha e Chile

Resumo

Este documento apresenta os resultados de uma análise comparada sobre o sistema de transferência de direitos de pesca que adotou a União Europeia - e em particular a Espanha - com a regulamentação vigente no Chile. Tais sistemas foram submetidos a assuntos chave relacionados com a eficácia, a mobilidade dos pescadores, a coesão social e a concentração de direitos, com o propósito de determinar se prejudicam terceiros pessoas e não se produzam situações de monopólio ou oligopólio no momento de realizar a transferência dos direitos de pesca.

Palavras-chave: direitos de pesca; transferência de direitos de pesca; política pesqueira comum; Espanha; Chile.

* Artículo de investigación científica. El presente artículo presenta los resultados de la investigación titulada "La transferencia de las cuotas individuales de pesca. Una mirada comparativa de la normativa de la Unión Europea, España y Chile", desarrollada para la obtención del grado de Máster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universitat de Barcelona (España), cuya fecha de terminación fue el día 29 de junio de 2018.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Dirección Pública de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile); Postgraduado en Derecho Público y Máster en Estudios Jurídicos Avanzados de la Universidad de Barcelona (España); Doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona, España, en el área de Derecho Internacional Público. Correo electrónico: maximiliano.astorga.b@gmail.com ORCID: 0000-0002-6141-0041



La transferencia de los derechos de pesca en la Unión Europea, España y Chile

Introducción

La pesca ha sido desde la antigüedad una fuente importante de alimentos para la humanidad y de beneficios económicos para quienes se dedican a dicha actividad¹. Sin embargo, con el aumento de los avances tecnológicos se ha constatado que, aunque los recursos pesqueros son renovables, no son infinitos y “es necesaria una explotación sostenible para poder mantener su contribución al bienestar alimentario, económico y social de una población mundial en constante crecimiento” (Campaña de Océanos de Greenpeace, 2010, p. 4).

Ante una demanda creciente de recursos pesqueros, surgen los siguientes interrogantes: ¿Quién tiene derecho a pescar? ¿Cuánto pescado se puede capturar? Estas son algunas de las preguntas centrales en cualquier modelo de gestión pesquera y la respuesta básica a éstas es el acceso libre, es decir, que pesca quien quiera y cuando quiera (Ortega Cerdá, 2013). No obstante, desde hace tiempo se sabe que el acceso libre lleva fácilmente a la sobreexplotación.

En efecto, a partir de 1970 diversas pesquerías del mundo comenzaron a enfrentarse con el problema denominado “tragedia de los comunes”, escenario en el cual cada usuario maximiza su beneficio personal, afectando los beneficios de los demás involucrados. Conforme la explotación aumenta, el recurso se reduce, por lo que el resultado es una tragedia en la que todos los usuarios explotan indiscriminadamente el recurso hasta agotarlo (Hardin, 1968).

Las interrogantes precedentes se pueden responder desde la perspectiva de los derechos de uso, esto es, “los derechos que tienen los pescadores o las comunidades pesqueras de usar los recursos pesqueros” (Charles, 2005, p. 127). Y aunque existe una considerable diversidad entre los sistemas de derechos de uso, en general, se pueden dividir en dos categorías principales: derechos de acceso,

1 La pesca se define como aquella actividad que se realiza para extraer pescado y/u otros organismos acuáticos. Puede realizarse en aguas continentales o marítimas. Este trabajo se centra en la pesca marítima.

que autorizan la entrada a una pesquería o a un área de pesca específica (por ejemplo, restringiendo el número de embarcaciones a través de censos cerrados, o limitando las zonas donde se puede pescar); y derechos de aprovechamiento (extracción), que típicamente involucran el derecho a una cantidad específica de esfuerzo de pesca (por ejemplo, pescar durante un período de tiempo específico o con cierta cantidad de equipo) o el derecho a aprovechar una captura específica, a través del establecimiento de cuotas de captura o mecanismos similares (Ortega Cerdá, 2013).

Lógicamente, ante un recurso pesquero limitado, los pescadores tienden a restringir el acceso a otros potenciales interesados para repartirse entre ellos el recurso disponible. En efecto, históricamente en muchas zonas costeras del mundo se desarrollaron organizaciones pesqueras que facilitaban la tecnología necesaria y al mismo tiempo realizaban una gestión conjunta de la pesca local, limitando también el acceso a la misma a sus miembros, mucho antes de que el Estado comenzara a intervenir en la planificación de la gestión de los recursos. Estas prácticas de gestión comunal fueron progresivamente abandonadas conforme los Estados fueron aumentando su intervención en la gestión pesquera, pasando estos a decidir quién tiene derecho a acceder a la pesca y quién no, a través de una compleja reglamentación.

El supuesto de que es necesaria una autoridad externa para evitar la “tragedia de los comunes”, condujo a que los gobiernos centrales controlaran la mayoría de los sistemas de recursos naturales. Pues, si no puede esperarse que los intereses privados protejan la propiedad común, entonces se requiere la regulación externa a través de entidades públicas, gobiernos o autoridades internacionales (Ehrenfeld, 1972).

En definitiva, una vez que los Estados comenzaron a asignar los derechos de uso, existe todavía la cuestión medular de si estos deberían ser transferibles. En otras palabras: ¿Se pueden comprar y vender los derechos de uso pesquero? ¿Se pueden traspasar dentro de una familia de una generación a la siguiente o pueden ser transferidos temporalmente a otro pescador en una temporada de pesca? En las últimas décadas ha aumentado la presión para privilegiar entre todas las alternativas posibles una de ellas: la gestión a través de las llamadas cuotas individuales transferibles. Estos sistemas:

Funcionan a través de la asignación a cada embarcación –de manera individual– del derecho a pescar una cantidad determinada de recursos, permitiendo explícitamente en la mayoría de los casos, y en cualquier caso implícitamente, la compraventa de los derechos, así como el alquiler o venta temporal de los mismos. (Ortega Cerdá, 2013, p. 69)

Llegado a este punto, es posible señalar que se pueden usar varios enfoques respecto a la transferencia de los derechos de pesca. No obstante, es menester tener presente que las poblaciones de peces se distribuyen en determinadas áreas de los

mares y océanos, sin entender de fronteras políticas. Es biológicamente imposible pretender la gestión de una parte del conjunto de la población, sin contar con el apoyo del resto de los Estados que mantienen entre sí estrechas interacciones. Este rasgo supraestatal se ha acentuado en la actualidad con la Política Pesquera Común (en adelante PPC) de la Unión Europea, cuyo contenido se ha redefinido a partir del año 1983.

Pero la amplitud y variedad de los aspectos de la mencionada política genera también una gama variable y flexible de técnicas jurídicas que se refieren a las distintas fases del proceso económico pesquero, a su impacto social y a su relación con el medio ambiente. En lo que dice relación con la transferencia de cuotas de pesca, la PPC contempla un amplio margen para que los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE) puedan desarrollar sus propios sistemas, los cuales, en definitiva, están en función de las distintas y heterogéneas circunstancias sociales, económicas y territoriales (González Laxe, 2004).

Por lo tanto, pese a su vocación universalista, la regulación de los derechos transferibles de pesca sigue siendo una actividad que está sustancialmente estatizada. En efecto, los distintos regímenes jurídicos nacionales presentan peculiaridades propias en cuanto a la organización administrativa de las actuaciones públicas, en función de la inercia histórica o del modelo de distribución territorial de la soberanía. En lo demás, las diferencias son menores y dependen de la mayor o menor modernidad de los ordenamientos respectivos y del nivel de desarrollo económico (Martín Mateo, 1997).

A partir de este margen de competencia que otorga la UE a los Estados miembros, este documento presenta los resultados del análisis de la regulación que ha adoptado la UE, y en particular España, en lo referente a los derechos transferibles de pesca, comparándolo con el sistema vigente en Chile. La elección de España se debe a la tradición e importancia de su flota pesquera y a la existencia de comunidades altamente dependientes de dichas actividades, configurando un subsector económico de gran importancia en el conjunto de su economía. En efecto, según datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (en adelante FAO), España es el 18° productor mundial de pesca de captura en aguas marinas, con un total 1,1 millones de toneladas capturadas, siendo el mayor productor de la UE y el tercero en importancia en Europa (por detrás de la Federación de Rusia y Noruega) (FAO, 2016).

Por su parte, Chile ocupa el 11° lugar en la producción mundial de pesca de captura en aguas marinas, con un total de 2,1 millones de toneladas, siendo el tercer país de América (después de Estados Unidos y Perú) en importancia (FAO, 2016)². Lo anterior se debe principalmente a que Chile tiene una posición geográ-

2 El total mundial de la producción de pesca de captura en aguas marinas, en el año 2014, fue de 81,5 millones de toneladas. China es el principal productor (14,8 millones de toneladas), seguida de Indonesia (6 millones), los Estados Unidos de América (4,9 millones) y la Federación de Rusia (4 millones).

fica privilegiada, pues presenta un extenso borde costero con dos ecosistemas de gran productividad (la corriente de Humboldt y el sistema de fiordos con canales sur australes). De ahí que Chile se encuentre en el sexto puesto de los principales países exportadores de pescado, alcanzado el año 2014 las exportaciones un volumen de 1,3 millones de toneladas con un valor total de USD 6.164.871 (*Free On Board*), alcanzando un 7% del total generado por las exportaciones a nivel nacional (Kornblum, 2016).

Dicho lo anterior, cabe señalar que toda investigación en el ámbito del derecho comparado comienza con el planteamiento de una pregunta de investigación. Ahora bien, la pregunta que se efectuó en este estudio comparativo se hizo sin hacer referencia a los conceptos contenidos en el propio sistema jurídico. Así, en vez de preguntarse ¿Cómo regula la Unión Europea –y en particular el derecho español– y el derecho chileno la transferencia de las cuotas de pesca? La pregunta en esta investigación apuntó por determinar ¿Cómo el derecho español y el derecho chileno satisfacen el deseo de los pescadores de transferir sus derechos de pesca, sin que se produzcan repercusiones sociales y económicas derivadas de dicha regulación?

Para responder a este interrogante, fue necesario efectuar un informe del sistema jurídico vigente tanto en España como en Chile, pues “el proceso propiamente comparativo comienza sólo cuando se han concluido los informes respecto de los diferentes sistemas legales” (Zweigert & Kötz, 2002, p. 48). Luego, el análisis comparativo reveló las diferencias entre las soluciones propuestas por ambos sistemas. Sin embargo, no es mucho lo que se gana con mencionar las similitudes y divergencias existentes, pues ello equivale a repetir, de forma más precisa, lo que contienen los informes de cada jurisdicción. Por tal razón, luego de concluir el análisis de cada uno de los sistemas, se realizó una evaluación crítica, la cual se presenta en el presente artículo de reflexión.

Ahora bien, es a través de la metodología que los estudios jurídicos comparativos pueden presentar una perspectiva nueva, o al menos diferente, con respecto a la disciplina del derecho. De ahí que la perspectiva metodológica de la investigación se enmarcó dentro de una estrategia de tipo cualitativa, en razón del interés por el sentido y alcance del sistema de transferencia de derechos de pesca vigente tanto en España como en Chile.

Por otro lado, cabe señalar que el tipo de investigación que se llevó a cabo fue de carácter no experimental, concretamente una investigación de tipo descriptiva. Pues los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Valles Martínez, 1999), y para el caso de esta investigación se busca especificar las propiedades del sistema jurídico español y chileno en lo tocante a la transferencia de las cuotas de pesca. En efecto, tal como se señaló, el proceso

propiamente comparativo comienza sólo cuando se han concluido los informes describiendo los diferentes sistemas jurídicos.

Por otra parte, cabe indicar que este trabajo presenta características exploratorias, dado que un análisis comparado del sistema de transferencia de derechos de pesca de Chile y España no es un tema que haya sido abordado con anterioridad. Sobre todo, si se tiene en cuenta que ambos sistemas han sufrido recientes e importantes modificaciones legislativas (2013 y 2017, respectivamente).

En definitiva, el presente artículo de reflexión presenta los resultados de la investigación comparada del sistema de transferencia de derechos de pesca vigente en Chile y España, los cuales fueron sometidos a asuntos claves relacionados con la eficacia, la movilidad de la pesquería, la cohesión social y la concentración de derechos.

1. La transferencia de los derechos de pesca en la Unión Europea

La pesca es una actividad importante para la UE. Muestra de ello es que la Unión aparece como una de las principales potencias pesqueras mundiales, dentro de la cual España tiene un elevado peso específico (FAO, 2016). En este marco se ha de tener presente que la pesca, como actividad económica dependiente de un recurso natural público y de carácter renovable, requiere de regulación y de la adopción de políticas capaces de preservar su renovación. La UE, como sujeto internacional competente:

(...) viene, desde hace años, esforzándose en liderar el diseño y aplicación del Derecho internacional de la pesca en términos de sostenibilidad y coherencia. El esfuerzo en mantener un sistema de control eficaz no es sólo un objetivo a escala interna europea, sino toda una estrategia de corrección político-pesquera internacional. (Rey Aneiros, 2012, p. 1770)

En consonancia con lo anterior, es posible señalar que la conservación de los recursos biológicos marinos es una de las cinco competencias exclusivas de la UE tras la definición expresa realizada por el Tratado de Lisboa. En efecto, el art. 3º, letra d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”), dispone que la UE dispondrá de competencia exclusiva en “la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común”.

Es el artículo 38.1 del TFUE el que establece que la UE definirá y aplicará una política común de agricultura y pesca³. Por su parte, el artículo 43.2. del mismo tratado dispone que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo

3 Continúa el apartado 38.1. señalando que “El mercado interior abarcará la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos. Se entenderá que las

al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, la organización común de los mercados agrícolas (incluida la pesca), así como las demás disposiciones que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de la política común de agricultura y pesca.

Sobre la base de dichas disposiciones, el Parlamento Europeo y el Consejo definieron con cierta exhaustividad los grandes pilares de un sistema de control eficaz, global, integrado, uniforme, racional, simplificado y estandarizado (Rey Aneiros, 2012), mediante la adopción, en diciembre del año 2013, del Reglamento N° 1380/2013, en virtud del cual se fijó una nueva PPC, cuyo objetivo fundamental es garantizar que las actividades de la pesca sean sostenibles ambientalmente a largo plazo y se gestionen de forma coherente con los objetivos de generar beneficios económicos, sociales y de empleo, y de contribuir a la disponibilidad de productos alimenticios.

Una de las novedades previstas en esta nueva Política Pesquera fue la creación de las concesiones individuales de pesca transferibles, definidas por el artículo 4.1.23. del Reglamento N° 1380/2013, como derechos revocables de utilización de una parte específica de las posibilidades de pesca asignadas a un Estado miembro o establecidas en los planes de gestión aprobados por un Estado miembro, que pueden ser transferidos por un titular individual a otros titulares elegibles. Es decir, se trata de un derecho de uso que se otorga a un titular, consistente en una cantidad fija de capturas de unas determinadas poblaciones de peces, el cual tiene la capacidad de vender, comercializar o arrendar a terceras personas y, en principio, su derecho puede ser revocado.

Cabe subrayar también que en el considerando 42 del citado Reglamento Europeo, se establece que “Los Estados miembros deben poder introducir un sistema de concesiones de pesca transferibles”. Lo cual se materializa en el artículo 21 del Reglamento, en donde se otorga la posibilidad a los Estados miembros de establecer un sistema de concesiones transferibles de pesca.

En consecuencia, en la nueva PPC se contempla un amplio margen para que los Estados miembros puedan desarrollar sus propios sistemas de gestión de cuotas de pesca que están en función de las distintas y heterogéneas circunstancias sociales, económicas y territoriales.

2. Las cesiones de posibilidades de pesca en España

Desde la integración de España en las Comunidades Europeas (1986), las instituciones comunitarias han asumido buena parte de las competencias que el Estado

referencias a la política agrícola común o a la agricultura y la utilización del término «agrícola» abarcan también la pesca, atendiendo a las características particulares de este sector”.

español tenía en la materia, conforme a la previsión contenida en los artículos 93 y 96 de la Constitución Española. El derecho comunitario, y por tanto la PPC, pasaron a formar parte del ordenamiento interno.

Pese a lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el ejercicio de la potestad normativa por parte del Estado en materia pesquera exige una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa definida en la Constitución y en los Estatutos⁴. Al respecto, el artículo 149.1.19 de la Constitución española atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuya a las comunidades autónomas.

Con base en lo anterior, el Estado español dictó la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado, la cual regula el ámbito estricto de la pesca marítima, competencia exclusiva del Estado y, por tanto, vedada a la acción normativa y ejecutiva de las comunidades autónomas. Dicha ley, en su artículo 27.1, establece que el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, para mejorar la gestión y el control de la actividad pesquera, así como para favorecer la planificación empresarial, “podrá disponer la distribución de las posibilidades de pesca entre buques o grupos de buques habituales en la pesquería”. Continúa el apartado 2, del citado artículo, señalando que “la distribución de las posibilidades de pesca podrá cifrarse en volúmenes de capturas, esfuerzo de pesca, tiempo de pesca, o presencia en zonas de pesca”.

Acto seguido, la Ley 3/2001 se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, lo cual se puede llevar a cabo previa autorización del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y previo informe de la Comunidad Autónoma del puerto base del buque (artículo 28). Lo anterior, siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se determine y conforme a los siguientes criterios:

- a. Se busca evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados.
- b. Se debe establecer un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería.
- c. Se debe justificar que la transmisibilidad esté restringida a buques o grupos de buques pertenecientes a determinadas categorías o censos. En consideración a las exigencias técnicas de las pesquerías, podrán establecerse los requisitos relativos a las condiciones técnicas de los buques objeto de la transmisión.

4 Tribunal Constitucional Español, Sentencia 56 (1989).

- d. Se debe establecer, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

De conformidad con la parte expositiva de la Ley 3/2001, dichas medidas se ajustan a los principios constitucionales de libertad de empresa (en el marco de la economía de mercado) y de defensa de la productividad, consagrados en el artículo 38 de la Constitución española. Pues la regulación de la cesión de las posibilidades de pesca pretende racionalizar la actividad pesquera y fomentar la libre competencia, velando que no se vean perjudicados terceros con mejor derecho y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio en el sector pesquero.

3. La transferencia de los derechos de pesca en Chile

Las normas para limitar el acceso y la extracción de recursos pesqueros que se han establecido en Chile durante las últimas décadas -normalmente en respuesta a situaciones de crisis- han creado distintos tipos de derechos de pesca para los pescadores artesanales e industriales (Ríos & Gelcich, 2017). Estas reglas encuentran su fundamento último en la Constitución Política de la República de Chile del año 1980.

En efecto, el artículo 19 N° 21 de la citada Carta Fundamental, reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Por su parte, el artículo 19 N° 23 consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así; agregando que una ley de *quórum* calificado y cuando así lo exija el interés general, puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de ciertos bienes. En definitiva, el Estado chileno mediante una ley establece los requisitos para acceder a la actividad pesquera y las limitaciones a que se encuentra sometida.

Fue a comienzos del año 2013 cuando se aprobó el último gran cambio legislativo en materia de derechos de pesca mediante la Ley N° 20.657. Dicho cuerpo legal modificó la regulación pesquera en forma integral y en materia de derechos de pesca industrial introdujo una modificación sustantiva, pues permitió que los armadores industriales renunciaran en forma voluntaria a sus autorizaciones de pesca industriales e indefinidas y las reemplazaran por Licencias Transables de Pesca (en adelante "LTP") clase A. Las LTP clase A permiten extraer un porcentaje fijo de la cuota industrial por un periodo de 20 años y son renovables con ciertas

condiciones. También se contempla la subasta de hasta el 15% de las LTP clase A, lo que da origen a las LTP clase B que no son renovables, pues después de 20 años se vuelven a subastar.

En definitiva, la fracción industrial de la cuota global de captura (es decir, la cuota industrial) se administra mediante Licencias Transables de Pesca Clase A o B, siendo destacable el hecho de que sean plenamente transferibles, total o parcialmente, en forma separada de la nave o naves que han dado origen a dicha asignación o con la que son extraídos los recursos hidrobiológicos; y la transferencia puede ser temporal o definitiva.

La regulación de esta materia en la legislación chilena es bastante escueta, pues solo basta con mencionar el artículo 30 de la Ley General de Pesca y Acuicultura (en adelante "LGPA"), el cual establece que "las licencias transables de pesca serán divisibles, transferibles, transmisibles⁵ y susceptibles de todo negocio jurídico".

Por otro lado, dentro del ámbito de la pesca artesanal, de conformidad con el artículo 55 N de la LGPA, los titulares de asignaciones individuales –en el marco de un Régimen Artesanal de Extracción (en adelante RAE)⁶– podrán ceder las toneladas asignadas para el respectivo año calendario a otro titular de la misma región o a titulares de otras regiones, siempre que se trate de una misma unidad poblacional. También podrán celebrar estos actos jurídicos en beneficio de uno o más pescadores artesanales inscritos en el Registro Pesquero Artesanal, en el recurso respectivo, que no estén sometidos al RAE y dentro de la misma unidad poblacional. Asimismo, los titulares de asignaciones artesanales individuales podrán ceder total o parcialmente las toneladas asignadas para un año calendario a un titular de LTP de la especie de que se trate, quienes podrán extraerlas de acuerdo con su normativa, debiendo ésta efectuarse siempre dentro de la misma unidad poblacional.

Es menester precisar que en estos casos lo que se cede no es el derecho de pesca, sino las toneladas que representan el respectivo derecho. Pues los derechos solo pueden ser transferidos con la embarcación artesanal porque están indexados a ella y no son divisibles.

Finalmente, los Permisos Extraordinarios de Pesca (en adelante PEP) se adjudican anualmente en pública subasta entre todas las partes interesadas (in-

5 En el derecho civil chileno suele usarse el verbo "transferir" y sus derivados, el sustantivo "transferencia" y el adjetivo "transferible", para significar el traspaso entre vivos del dominio; en tanto que el verbo "transmitir", los sustantivos "transmisión" y "transmisibilidad" y el adjetivo "transmisible" para mentar el traspaso por causa de muerte (Guzmán Brito, 2006, pág. 96).

6 De conformidad con el artículo 55 I de la LGPA, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, puede establecer un sistema denominado "Régimen Artesanal de Extracción" el cual consiste en la asignación de la fracción artesanal de la cuota global de captura (cuota artesanal) en una determinada Región, ya sea por área o flota, tamaño de las embarcaciones, caleta, organizaciones de pescadores artesanales o individualmente.

cluyendo industriales, artesanales) respecto de aquellas pesquerías declaradas en recuperación o desarrollo incipiente⁷. En dichas pesquerías la cuota global de captura no se fracciona entre pescadores artesanales e industriales, sino que todos los años se subastan PEP equivalentes al 10% de dicha cuota.

Los PEP permiten a los adjudicatarios extraer recursos durante 10 años, después de lo cual se vuelven a subastar por 10 años adicionales, y así sucesivamente. Y de conformidad con el artículo 31 de la LGPA, los PEP son divisibles, transferibles una vez al año y transmisibles; y pueden ser arrendados y dados en comodato.

4. Evaluación crítica de los derechos de pesca de España y Chile en cuanto a su transferibilidad

Como es posible apreciar, el sistema español y el chileno prescriben soluciones muy similares, pese a significativas diferencias en estructura conceptual y criterios para hacer operativa la transferencia de los derechos de pesca. Sin embargo, se detecta una cierta superioridad en uno de ellos, al momento de someterlo a asuntos clave relacionados con la eficacia, la movilidad de la pesquería, la cohesión social y la concentración de derechos.

4.1. Eficacia

La transferibilidad a menudo se promueve como medio para mejorar la eficacia económica. “En teoría, un sistema orientado hacia el mercado, con divisibilidad y transferibilidad de derechos de insumo y de producto, mejora la eficacia, ya que los armadores aumentan al máximo las utilidades que resultan de una cuota dada” (Charles, 2005, p. 149). La idea es que, con la transferibilidad, los armadores más “eficaces” permanecen en la pesquería, mientras que otros venden su cuota y desaparecen, en un proceso de “supervivencia del más fuerte”, lo que conlleva al aumento general en la eficacia de los pescadores individuales.

Tal como se señaló, uno de los instrumentos previstos en la nueva PPC (2013) fue el establecimiento de un sistema de concesiones individuales de pesca transferibles. La razón de la incorporación de este nuevo instrumento es el exceso de capacidad de las flotas. Pues:

7 El régimen en recuperación se declara respecto de pesquerías sobreexplotadas y sujetas a una veda extractiva de a lo menos tres años para su recuperación, en la que se puede fijar una cuota global de captura. Por su parte, el régimen de desarrollo incipiente se declara cuando no existe esfuerzo de pesca o cuando las capturas son inferiores al 10% de la cuota global de captura.

Las flotas europeas en su conjunto son excesivamente grandes para los recursos disponibles y este desequilibrio constituye la raíz de todos los problemas relacionados con la escasa rentabilidad económica, la deficiente observancia de la normativa y la sobreexplotación de los recursos (Comisión de las Comunidades Europeas, 2009).

Es por ello que la nueva PPC incorporó este mecanismo, con el objeto de que las flotas pesqueras europeas se adapten y sean proporcionales a los recursos disponibles. Pues la utilización de instrumentos de mercado, tales como los derechos de pesca transferibles, a juicio de la Comisión, sería un medio más eficiente y menos costoso de reducir el exceso de capacidad. Señala la Comisión que:

Son varios los Estados miembros que en los últimos años han dado pasos para favorecer estos instrumentos (por ejemplo, España). En general, ello se ha traducido en unas decisiones de inversión más racionales y en reducciones de la capacidad, puesto que los agentes económicos han adaptado la flota a sus derechos de pesca para conseguir la eficiencia económica (Comisión de las Comunidades Europeas, 2009, p. 9).

En julio de 2011 la Comisión Europea presentó su propuesta para la nueva PPC y, en un principio, la propuesta en relación con las concesiones individuales de pesca transferibles generó polémica, toda vez que propuso la implantación obligatoria de dicho sistema con el objeto de resolver el exceso de capacidad de algunas flotas. No obstante, tras el Consejo de Ministros de junio de 2012, se modificó sustantivamente la propuesta de la Comisión, planteándose, en definitiva, la aplicación voluntaria de las concesiones individuales de pesca transferibles, por parte de los Estados. En concreto, en el caso de que algún país decidiera el establecimiento de este sistema, debía limitar su ámbito de aplicación a los grandes buques pesqueros.

Dicha situación acontece en España, pues el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles se aplica de forma voluntaria a los grandes buques pesqueros y, además, la transferencia va acompañada de unas cláusulas de salvaguardia adecuadas para evitar la excesiva concentración de la propiedad o los efectos negativos sobre las pesquerías y las comunidades costeras.

En efecto, la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, instaurando como criterios: evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; estableciendo un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería; y disponiendo, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

La situación anterior no tiene recepción en la legislación chilena, toda vez que las LTP clase A y B, y los PEP son transferibles y susceptibles de todo negocio jurídico sin un límite temporal, lo que ha dado lugar a “pescadores de papel”, es decir, personas que no ejercen la actividad pesquera y que se dedican a obtener beneficios con el arriendo de sus cuotas de pesca. No obstante, el límite temporal sí tiene cabida respecto de los titulares de una asignación RAE, los cuales solo pueden ceder, en un período de tres años corridos, hasta el 50% de la cuota asignada para dicho período, y en caso de que sobrepasen este límite, se caduca su inscripción en el Registro Pesquero Artesanal.

Finalmente, es menester señalar que, si bien la transferibilidad puede mejorar la eficacia económica respecto de los pescadores, no obstante, puede ser poco eficiente desde el punto de vista de los costos de administración. Pues, por lo regular, se presta poca atención al costo de crear y mantener una entidad encargada de supervisar las cláusulas de salvaguardia adecuadas para evitar la excesiva concentración de la propiedad o los efectos negativos que puede producir la transferencia de los derechos de pesca. El equilibrio óptimo solo se lograría con información exacta, verificación de las capacidades, la credibilidad de las sanciones y los nulos costos de administración (Ostrom, 1990).

4.2. Movilidad de los pescadores

La transferibilidad aumenta la movilidad de los pescadores individuales, permite que cada uno salga de la pesquería cuando el ingreso obtenido de la venta de los derechos de uso excede los beneficios esperados de permanecer en la pesquería (Charles, 2005). Esto ofrece máxima flexibilidad para el pescador, y facilita para los administradores reducir la participación en la pesquería. Sin embargo, en ausencia de restricciones que mantengan los derechos de uso en la comunidad local, esta movilidad puede reducir la estabilidad de las comunidades pesqueras.

Estas restricciones existen en el sistema español, toda vez que la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado establece un límite mínimo de posibilidades de pesca que debe tener el buque cedente, por debajo del cual, debe abandonar la pesquería. No obstante, dichas restricciones no están presentes en el sistema chileno, pues el titular de una LTP o PEP puede ceder temporalmente todos sus derechos sin límite de tiempo, y sin perder la calidad “pescador”. A mayor abundamiento, como las LTP y PEP son divisibles, es posible que tanto el titular como uno o más de sus cesionarios efectúen la actividad pesquera en forma simultánea, aumentando así la cantidad de pescadores.

Sin embargo, tal como se señaló anteriormente, el límite temporal sí tiene cabida respecto de los titulares de una asignación RAE, los cuales solo pueden ceder, en un período de tres años corridos, hasta el 50% de la cuota asignada para dicho período.

En opinión del Consejo Económico y Social Español resulta cuestionable que el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles sea un sistema eficaz para lograr reequilibrar la capacidad de la flota y, sobre todo, que ese reequilibrio se pueda llevar a cabo con un bajo coste social. Pues si bien habría reducción de capacidad, dicha reducción tendría un coste social importante, especialmente en comunidades altamente dependientes de la pesca: “el comercio de los derechos de pesca facilitarían la salida de los propietarios de buques del sector, pero no habría compensaciones ni protección para los asalariados” (Consejo Económico y Social España, 2013, p. 112).

Se comparte la apreciación del Consejo, pues, en definitiva, se suscita una confusión respecto a los diferentes actores que forman parte del sector de las capturas, porque la nueva PPC no toma en cuenta el impacto diferente que se produce al momento de ceder las posibilidades de pesca en los propietarios de los buques y los pescadores empleados; toda vez que estos últimos no recibirían ninguna compensación y no disfrutarían de ningún tipo de protección en caso de que sus empleadores cesaran sus actividades.

De hecho, la experiencia de Chile, en donde se encuentra implantado un sistema de derechos de pesca transferibles, ha suscitado estos problemas, pues se ha tenido como consecuencia la concentración de las actividades de pesca en las manos de unos pocos operadores y algunos de esos operadores no forman parte del sector y subcontratan actividades de pesca a otros (que en la mayoría de los casos eran los que previamente pescaban en las mismas aguas).

4.3. Cohesión social

La transferibilidad puede tener un impacto sustancial sobre el bienestar social, pues puede llevar a la pérdida de la cohesión social, toda vez que:

La transferencia elimina derechos de pesca de la comunidad, lo que resulta en una menor participación de ésta en la pesquería, reduciendo el empleo y con el correspondiente aumento en la proporción de ‘foráneos’ que pescan sobre lo que habían sido recursos controlados localmente (Charles, 2005).

Este criterio hay que enlazarlo necesariamente con la actividad pesquera artesanal, la cual se practica en zonas marítimas cercanas a la costa, presentando, por tanto, una alta dependencia socioeconómica de los puertos. Es por lo mismo que la aplicación del sistema de cesiones de posibilidades de pesca en la flota artesanal, en la que predomina más el componente socioeconómico:

Podría provocar que zonas altamente dependientes de la pesca se vieran privadas de posibilidades de pesca necesarias para la supervivencia, ya que las concesiones de pesca transferibles podrían favorecer el mercadeo a corto plazo de las cuotas, concentrar los derechos en

pocas manos de la pesca industrial y conducir a la desaparición de la pesca artesanal. (Consejo Económico y Social España, 2013, p. 58)

Al respecto, es posible sostener que el proceso de transferencia en el sistema chileno no garantiza la cohesión social en el entorno territorial, toda vez que la regulación chilena permite que los derechos de uso se transfieran entre buques que operan en cualquier parte del país, reduciendo así el conocimiento ecológico y económico tradicional sobre la ordenación pesquera en un determinado sector. En efecto, las LTP y PEP pueden ser transferidas a cualquier persona, sea esta pescadora o no, y sea donde quiera que se encuentre.

Donde sí existe un respeto a la cohesión social es en las cesiones de las toneladas asignadas a los titulares de un RAE, pues éstas solo se pueden ceder a otro titular de la misma región o a titulares de otras regiones, siempre que se trate de una misma unidad poblacional.

El sistema español, por su parte, restringe la transmisibilidad a buques o grupos de buques pertenecientes a determinadas categorías o censos, siendo este uno de los criterios que establece la Ley 3/2001 y el cual está presente en todas las cesiones de posibilidad de pesca que presenta la regulación española. Además, el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles se restringe únicamente a la pesca industrial.

4.4. Concentración de derechos

La transferibilidad, por lo general, lleva a la concentración de la propiedad de derechos de pesca en manos de unos pocos. Si la meta es reducir el número de pescadores, los derechos transferibles podrían lograr el objetivo. Sin embargo, “la concentración de derechos provoca preocupaciones sociales y económicas, particularmente en relación con la equidad global de la economía costera y la estabilidad de las comunidades pesqueras” (Charles, 2005, p. 150).

Para prevenir la concentración, pueden establecerse límites sobre el número máximo de derechos que puede tener una persona o empresa. Tal situación acontece con la legislación española, al evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; y, por otro lado, al establecer un porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

La situación anterior no acontece en Chile, pues no existe un límite máximo a la hora de concentrar derechos y tampoco mínimos por debajo de los cuales el titular de un derecho debe abandonar la pesquería.

Conclusiones

Luego del análisis de cada uno de los sistemas, fue posible descubrir que la solución proporcionada por la legislación española parece “mejor”, toda vez que, a diferencia del sistema chileno, el Estado español vela porque no se vean perjudicados terceros personas y no se produzcan situaciones de monopolio u oligopolio en el sector pesquero.

En efecto, el sistema de concesiones individuales de pesca transferibles en España se aplica de forma voluntaria a los grandes buques pesqueros y, además, la transferencia va acompañada de cláusulas de salvaguardia adecuadas para evitar la excesiva concentración de la propiedad o los efectos negativos sobre las pesquerías y las comunidades costeras.

La Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado se encarga de establecer el marco regulador de la transmisibilidad de las posibilidades de pesca, estableciendo como criterios: evitar la acumulación de posibilidades de pesca en un buque en volúmenes superiores a los que puedan ser utilizados; estableciendo un límite mínimo de posibilidades, por debajo del cual el buque debe abandonar la pesquería; y disponiendo, a efectos de favorecer la libre competencia, el porcentaje máximo de posibilidades de pesca que pueden ser acumulados por una misma empresa o grupo de empresas relacionadas societariamente en una misma pesquería.

Es posible identificar en la legislación española un marco regulador de la transferencia de los derechos de pesca que se somete a un procedimiento estricto, sujeto a determinados criterios, minimizando con ello las repercusiones sociales y económicas derivadas de las cesiones. Situación que no acontece en el sistema chileno, que regula de forma muy escueta la transferencia de los derechos de pesca, dando un amplio margen de libertad a los titulares de estos.

Referencias

1. Libros

- David, R. (1969). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Traducido por Pedro Bravo Gala. Madrid: Aguilar S.A.
- Ehrenfeld, D. W. (1972). *Conserving life on earth*. Oxford University Press.
- Martín Mateo, R. (1997). *Tratado de Derecho Ambiental* (Vol. III). Madrid, España: Editorial Trivium S.A.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.

Valles Martínez, M. (1999). *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. Madrid: Síntesis S.A.

Zweigert, K. y Kötz, H. (2002). *Introducción al Derecho Comparado*. Traducido por Arturo Aparicio Vázquez. Ciudad de México: Oxford University Press México S.A.

2. Artículos de revista

Charles, A. (2005). Derechos de uso y pesca. En FAO, & K. Cochrane (Ed.), *Guía del administrador pesquero. Medidas de ordenación y su aplicación*. Roma, Italia, 127-155. Recuperado de http://www.nuestromar.org/adobe/guia_del_administrador_pesquero_FAO.pdf

González Laxe, F. (2004). La transferibilidad de los derechos de pesca y las cuotas individuales: análisis del caso español. (A. y. Ministerio de Agricultura, Ed.) *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* (203), 233-262. Recuperado de http://www.mapama.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_REEAP/r203_09.pdf

Guzmán Brito, A. (segundo semestre de 2006). Los vocablos “transferir” y “transmitir” y sus derivados en el “Código Civil de Chile” con especial referencia a la definición de título traslativo de dominio. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXVII), 95-103. Recuperado de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/623/587>

Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science* (13), vol. 162, 1243-1248, Recuperado de <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>

Kornblum, P. (2016). Economía Marítima de Chile. *Mundo Plural* (4), 13-15. Recuperado de <https://www.yumpu.com/es/document/view/56089119/n-4-octubre-2016>

Ortega Cerdá, M. (2013). Pesca, de los comunes a las cuotas. *Ecología Política* (45), 68-70. Recuperado de http://ent.cat/wp-content/uploads/2015/10/045_Ortega_2013.pdf

Rey Aneiros, A. (2012). Un nuevo sistema de control para una nueva política pesquera común. En M. Aznar Gómez, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González II*, pp. 1751-1772). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Ríos, M., & Gelcich, S. (2017). *Los derechos de pesca en Chile: asimetrías entre armadores artesanales e industriales*. Center of Applied Ecology and Sustainability, Santiago. Recuperado de https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/noveno/Energia_Rios_Monica.pdf

3. Documentos institucionales

Campaña de Océanos de Greenpeace. (2010). *La pesca en España: una lección no aprendida. Estudio de las pesquerías y recomendaciones ante la reforma de la*

Política Pesquera Común. Madrid: Greenpeace España. Recuperado de <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/oceanos/100430.pdf>

Comisión de las Comunidades Europeas. (2009). *Libro Verde. Reforma de la Política Pesquera Común*. Bruselas. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0163:FIN:es:PDF>

Consejo Económico y Social España. (2013). *Informe/2013 La Reforma de la Política Pesquera Común*. Departamento de Publicaciones. Madrid: Consejo Económico y Social.

FAO. (2016). *El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2016. Contribución a la seguridad alimentaria y la nutrición para todos*. Roma: FAO. Recuperado de <http://www.fao.org/3/a-i5555s.pdf>

4. Legislación

Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. (1992). Decreto N° 430. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus Modificaciones, Ley General de Pesca y Acuicultura. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13315>.

España. Corte Generales. (2001). Ley 3. De Pesca Marítima del Estado. Boletín Oficial del Estado [en línea]. Núm. 75, 28-03-2001, p. 11509-11532. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2001/03/28/pdfs/A11509-11532.pdf>.

Unión Europea. Parlamento Europeo y del Consejo. (2013). Reglamento (UE) núm. 1380/2013. Sobre la Política Pesquera Común (DOUE L, núm. 354, 28-12-2013, págs.22-61). Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1380&from=ES>.

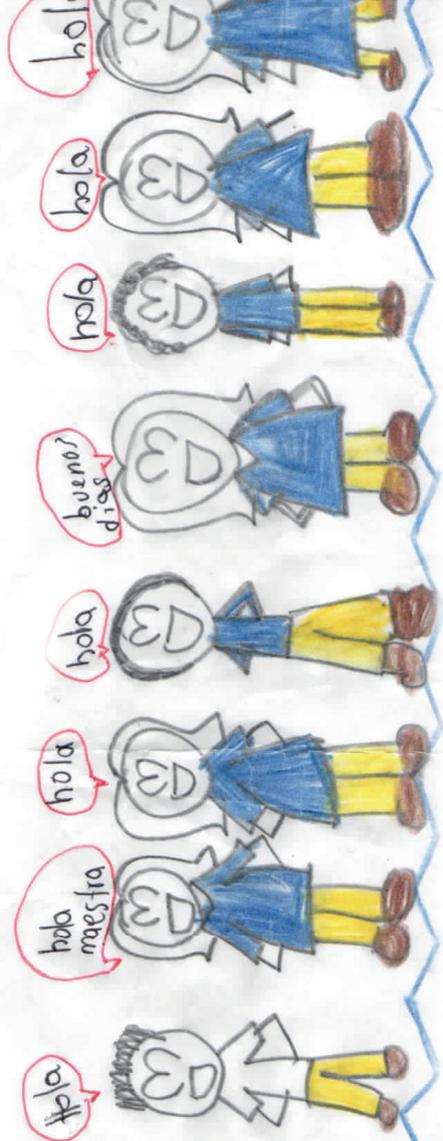
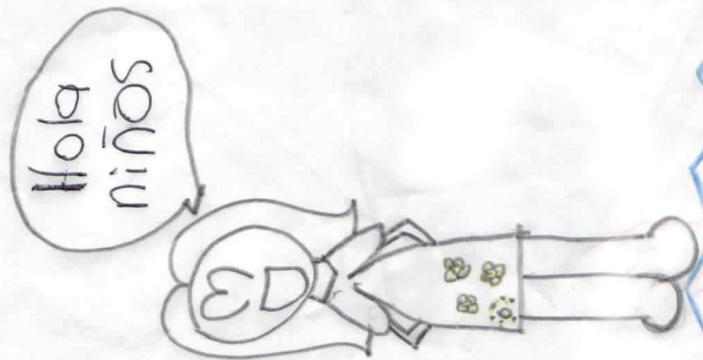
5. Jurisprudencia

España. Tribunal Constitucional Español, Sentencia 56 (1989)

¿Que es para ti la educación?

el aprendizaje

el aprendizaje es enseñar y aprender



Autor: Laura Sofia

E.L.I.S.A¹, sexo, drogas, rock and roll.

Construcciones farmacopornográficas del cuerpo abyecto en la ciudad de Medellín (1984 - 1989)*

Daniela Gómez Giraldo**

Resumen

Este artículo presenta un análisis cualitativo acerca de los contenidos y márgenes de la producción semiótico-política que en la ciudad de Medellín, durante la década de los 80, reproducen un régimen de gestión farmacopornográfico en relación a los cuerpos portadores de VIH – SIDA. A su vez, conceptualmente revisa la óptica desde la cual se están pensando los escenarios y procesos de tramitación de la vida y lo vivo mediante la eliminación y modulación de los llamados cuerpos “otros”. Por medio de una metodología que utiliza algunas de las herramientas del análisis del discurso, se abordan varios de los momentos y necesidades históricas, políticas y relacionales vinculadas con las posibilidades de gestión de la vida en occidente, esto desde lugares de enunciación y reflexión que no son tradicionales u obedecen a un lugar académico hegemónico para el análisis politológico.

Palabras Clave: SIDA; farmacopornografía; cuerpo abyecto; Medellín.

E.L.I.S.A, sex, drugs, rock and roll. Pharmacopornographics constructions of abject body in Medellín city (1984 – 1989)

Abstract

The article presents a qualitative analysis about the contents and semiotic-political production margins in Medellín during the 80's, which reproduced a pharmacopornographic management regime in relation to HIV – AIDS carrying bodies. At the same time, it conceptually reviews the aspects from which the scenarios and processing proceedings of life and the alive are being thought through the elimination and modulation of the denominated "other" bodies. Through a methodological approach that uses some of the tools of the discourse analysis, several of the moments and historical, political and relational needs linked the possibility of managing life in the West are addressed, from enunciation and reflection places that are not traditional nor obey a hegemonic academic place for political analysis.

Key words: AIDS, pharmacopornographic, abject body, Medellín

E.L.I.S.A, sexo, drogas, rock and roll. Construções fármaco-pornográficas do corpo abjeto na cidade de Medellín (1984 - 1989)

Resumo

Este artigo apresenta uma análise qualitativa sobre os conteúdos e as margens da produção semiótico-política que na década dos anos 80 na cidade de Medellín reproduziam um regime de gestão fármaco-pornográfico em relação com os corpos portadores de HIV –AIDS. Ao mesmo tempo, examina conceitualmente a ótica desde a qual estão sendo pensados os cenários e processos de tratamento da vida e do vivo por meio da eliminação e modulação dos chamados corpos “outros”. Por meio de uma abordagem metodológica que utiliza algumas das ferramentas da análise do discurso, abordam-se vários dos momentos e necessidades históricas, políticas e relacionais vinculadas com as possibilidades de gestão da vida no ocidente, isto desde lugares de enunciação e reflexão que não são tradicionais ou obedecem a um lugar acadêmico hegemônico para a análise política.

Palavras-chave: AIDS, fármaco-pornografia, corpo abjeto, Medellín.

1 ELISA (acrónimo del inglés Enzyme-Linked Immuno Sorbent Assay, 'Ensayo por Inmunoabsorción Ligado a Enzimas') es una técnica de inmunoensayo que se usa en muchos laboratorios para determinar si un anticuerpo particular está presente en la muestra de sangre de un paciente, usualmente se le conoce como una de la pruebas de laboratorio más utilizadas para detectar el virus del SIDA.

* El presente artículo es producto de la investigación adscrita al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas titulada "E.L.I.S.A, sexo, drogas, rock and roll. Biopolítica, tanatopolítica y resistencias contrafarmacopornográficas en la era de la producción postfordista inmaterial", proyecto desarrollado por la estudiante Daniela Gómez Giraldo en asesoría del profesor Edwin Jader Suaza Estrada, finalizado el 1 de Agosto del año 2018.

** Politóloga de la Universidad de Antioquia, adscrita a la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: daniela.gomez17@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-2421-6901

Cómo citar este artículo: Gómez Giraldo, D. (2019). E.L.I.S.A, sexo, drogas, rock and roll. Construcciones farmacopornográficas del cuerpo abyecto en la ciudad de Medellín (1984- 1989). *Estudios de Derecho*, 76 (168), pp-pp.143-165
DOI: 10.17533/udea.esde.v76n168a06

Fecha de recepción: 03/08/2018 Fecha de aprobación: 19/03/2019



E.L.I.S.A, sexo, drogas, rock and roll. Construcciones *farmacopornográficas* del cuerpo abyecto en la ciudad de Medellín (1984 - 1989)

1. Introducción

Para el año de 1963, Michel Foucault nos propone en su libro, *“El nacimiento de la clínica”*, una lectura de las transformaciones socioculturales y económicas de la sociedad europea occidental entre los siglos XVIII y XIX; esto a partir de la observación o mirada atenta de las estructuras lingüísticas y las técnicas anatomopatológicas que la institución clínica construye como prácticas recurrentes. El autor sugiere que a cada modelo de poder corresponde un cuerpo encuadrado en el orden de lo normal o en alguno de los subórdenes de lo patológico, los cuales, vinculan directamente cuerpos sanos y enfermos a discursos y prácticas de producción y gestión de lo vivo.

Para los años 80 del siglo XX, el contexto político cambia radicalmente en la mayoría de sociedades occidentales y occidentalizadas: la nueva gestión neoliberal, la economía de la deuda, el desmonte del *Welfare State* y los recortes de servicios sociales anunciarían el fin de la clínica como paradigma de la gestión biopolítica. ¿Cuál será entonces el modelo de gestión política de la vida que caracterizará a las sociedades neoliberales contemporáneas?

Aquel modelo de sociedad que veríamos caer en los años 80, el fordismo, se sintetizaba y definía como un modo de producción y de consumo que “taylorizaba”¹ la vida en una suerte de banda de montaje en serie y una estética definida en relación a las formas de habitar el espacio interior y la ciudad como centros del

1 Término que surge a partir de la obra de Frederick Winslow Taylor, desarrollada al inicio del siglo XX, época que marca la búsqueda por la eficiencia, la racionalidad, la organización del trabajo, la productividad y la ganancia como premisas básicas de las nacientes plantas industriales heredadas de los talleres fabriles del siglo XIX. De esta manera, la taylorización advierte que los procesos de producción parten de una división de tareas generalmente secuenciales, por medio de las que se pretendía un aumento de la productividad y un menor control al trabajador. (Barba Álvarez, 2010)

agenciamiento² conflictivo del cuerpo y la máquina. Con su caída emergen nuevos sectores portadores de las transformaciones de la economía global, en donde las industrias bioquímicas, electrónicas y de la comunicación pasarán a ser los nuevos soportes industriales del capitalismo. Es una época en donde la ciencia ocupará un lugar hegemónico como discurso y práctica cultural, gracias a su capacidad para inventar y producir artefactos vivos, tales como las prótesis, los fluidos y fármacos somáticos; la construcción de genitalidad y sus roles asignados, entre otros. Una suerte de régimen donde las manifestaciones científicas del saber/poder (sicología, endocrinología, sexología, cibernética, bioingeniería, nanotecnología, etc.) convierten sus representaciones de la normalidad/anormalidad en realidades materiales, en sustancias químicas, prótesis y moléculas susceptibles de ser comercializadas; en cuerpos y biotipos humanos que pueden ser gestionados como bienes de intercambio por las grandes multinacionales, como son las farmacéuticas. Hablamos así del estatuto de gestión de la potencia de vida al que el filósofo Paul B. Preciado llamará *farmacopornográfico*.³

En este régimen emergen nuevas técnicas de gestión de lo vivo, agenciamientos que producen y patologizan mediáticamente el cuerpo anormal: migrantes, discapacitados, autistas, depresivos, hiperactivos, obesos, infértiles, intersexuales, transexuales, drogadictos; serán *otredades* que devienen nuevas o resignificadas a partir de la “autoridad material” de la ciencia. Esto es, crear y no simplemente describir la realidad. Así, la sociedad contemporánea es habitada por subjetividades que se definen: por las terapias de lo normal/sano híper representadas en la imagen y el deseo, por las sustancias que dominan sus metabolismos, por las prótesis cibernéticas a través de las que se vuelven agentes. En general por los tipos de deseos *farmacopornográficos* que orientan sus acciones.

Frente al modelo *farmacopornográfico* el sujeto/cuerpo seropositivo y las coaliciones de activistas del SIDA representan un ejemplo temprano y paradigmático tanto del agenciamiento como de la resistencia en la era de la reproducción/producción neoliberal. Agenciamientos que tendrán en la potencia de vida que

2 El concepto de agenciamiento puede entenderse como “un estado preciso de mezcla de cuerpos en una sociedad que incluye todas las atracciones y repulsiones, las simpatías y las antipatías, las alteraciones, las alianzas, las penetraciones y expansiones que afectan a todo tipo de cuerpos relacionados entre sí. Un régimen alimentario, un régimen sexual, regímenes que regulan sobre todo mezclas de cuerpos obligatorias, necesarias o permitidas.” (Deleuze y Guattari, 1994, p. 12). Asimismo, como lo plantearán “Deleuze y Guattari, deseo y creencia son los dos aspectos de todo agenciamiento, los cuales son la base toda sociedad, porque son flujos como tales cuantificables, verdaderas cantidades sociales, mientras que las sensaciones son cualitativas y las representaciones, simples resultantes.” (Heredia, 2012, p. 97)

3 La *farmacopornografía* es un término acuñado por Paul B. Preciado para hacer referencia a “un tipo de capitalismo refleja el entrelazamiento intrínseco que existe entre sus dos industrias fundamentales: la farmacéutica y la pornográfica. “La industria farmacéutica y la industria audiovisual del sexo son los dos pilares sobre los que se apoya el capitalismo contemporáneo, los dos tentáculos de un gigantesco y viscoso circuito integrado” (p. 45). De acuerdo con Preciado, el vínculo entre ambas industrias se expresa en el programa de acción del farmacopornocapitalismo: “controlar la sexualidad de los cuerpos codificados como mujeres y hacer que se corran los cuerpos codificados como hombres” (p. 45)” (Gros, 2015, p.255).

transita por los cuerpos herederos de la fuga que implicó el sexo, las drogas y el *rock and roll* en los años 60 y 70 del siglo pasado, a sujetos que disputarán y demandarán el acceso a los aparatos de verificación de la verdad y normalización de los cuerpos como válidos.

De ahí que el cuerpo portador del VIH-SIDA estratégicamente se defina como una de las tantas subjetividades somáticas⁴ que produce el neoliberalismo, una entidad patológica que se construye a partir de test virales como E.L.I.S.A, el cual, lo califica no como enfermo o sano, sino como positivo o negativo en relación a un estatuto viral, que implica para su portador ser cuerpo/objeto de una determinada producción de capital basada en las terapias que consume o deje de consumir.

En este orden de ideas, el artículo buscará evidenciar los contenidos y los márgenes de la producción semiótico-política que en la ciudad de Medellín durante la década de los 80, producen y reproducen un régimen de gestión *farmacopornográfico* en relación a los cuerpos portadores de VIH – SIDA.

La realización de una lectura como la propuesta parte de un hecho importante y pertinente para el contexto actual. Este es la necesidad de revisar la óptica desde la cual se está pensando los escenarios y procesos de tramitación de la vida y lo vivo y las formas en que se ha pretendido, desde eliminar hasta modular los cuerpos “otros”. Es decir, aquellas manifestaciones abyectas de vida que de una u otra forma han intentado, y en algunos casos han logrado, escapar a los tentáculos del biopoder.

En cuanto al abordaje metodológico, se partió de un análisis cualitativo de los discursos que tratan sobre las relaciones políticas y culturales existentes entre el neoliberalismo y las prácticas de configuración y control social de los cuerpos a través de biopolíticas que obedecen a un modelo de gestión *farmacopornográfico*. Para ello, se prestó particular atención al lenguaje -signos y símbolos- que

4 El soma es una droga que aparece en la novela *Un mundo feliz* (*Brave New World*) (1931) de Aldous Huxley, en la que los personajes la consumen y con la que curan sus penas, ya que en la novela el soma es una droga que todo el mundo toma cuando se encuentra deprimido. En la novela se dice que un gramo de soma cura diez sentimientos melancólicos y que tiene todas las ventajas del cristianismo y del alcohol, sin ninguno de sus efectos secundarios. En la obra se puede leer: «Si por desgracia se abriera alguna rendija de tiempo en la sólida sustancia de sus distracciones, siempre queda el soma: medio gramo para una de asueto, un gramo para fin de semana, dos gramos para viaje al bello Oriente, tres para una oscura eternidad en la Luna». La droga parece poder ser destilada en casi cualquier alimento, así pues los personajes consumen helados de soma, agua con soma, solución de cafeína (café) con soma... En la obra literaria la gente toma a menudo vacaciones de soma para encontrarse mejor anímicamente. A su vez, el Estado se encarga del reparto de esta sustancia a fin de controlar las emociones sentidas por los miembros de la comunidad con el fin de mantenerlos contentos, factor necesario para no poner en peligro la estabilidad de la Metrópolis (nombre de la ciudad de la novela). En 1960, Aldous Huxley publicó *Nueva visita a un mundo feliz*. Dijo entonces que muchas de sus imaginadas truculencias de *Un mundo feliz* (1931) se convertían en penosas realidades con una rapidez que no había podido soñar.

aparece en el corpus de las noticias que fueron analizadas: periódico El Mundo años 1984 a 1989⁵.

Se aprovecharon y aplicaron algunos métodos de análisis documental útiles para las fuentes de información que se privilegiaron y que sirvieron de apoyo al método histórico básico, la heurística y la síntesis que, en resumidas cuentas, partió de un tratamiento crítico, tanto descriptivo como analítico, de contenidos significativos.

Además, se acudió a planteamientos e instrumentos metodológicos del *Análisis del Discurso* (AD). En este sentido se estudiaron los textos puestos en contexto, es decir, se propuso un análisis situado que incorporó el contexto mediático, productivo, social y cognitivo que rodea al texto y explica su producción, forma, significado y posible comprensión.

Así las cosas, el artículo se desarrolla a partir de tres momentos, en el primero se introduce la discusión teórica general acerca de modelo farmacopornográfico y se describen algunos conceptos necesarios para la comprensión del fenómeno de estudio, para después ubicar algunas coordenadas del origen y expansión del SIDA, y presentar la problemática de dicho fenómeno como gestión de la vida en Medellín; en el segundo momento se presenta el análisis empírico y teórico que desarrolla el objeto y la cuestión de estudio. Finalmente, en el tercer momento se proponen algunas conclusiones que sintetizan y dejan algunas claves de posibles lecturas a realizar en tanto agenda de investigación.

2. Entrecruzamientos entre vida, política y poder: elementos conceptuales para la comprensión de la *farmacopornografía*.

2.1 Mecanismos disciplinario y de regulación: la *anatomopolítica* y la *biopolítica*

Según Foucault (1998), el capitalismo “no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos” (p.170). Así, para el autor francés, existen dos series de mecanismos en los que se articula la invasión política de la vida –biopoder– en cuanto fenómeno decisivo para el desarrollo del capitalismo. En primer término, señala la que toma al cuerpo de los individuos como una máquina a la que es preciso educar para producir riquezas, bienes, o

5 Dicha temporalidad responde a que es en el año 1984 que se reportan las primeras noticias acerca del SIDA en Colombia, teniendo como base el año de su surgimiento (1980). Además, se da prioridad al periódico El Mundo, en tanto que para esta época, era un medio identificado con tendencias liberales.

producir otros individuos; hacerla útil y dócil, arrancándole fuerza para obtener ciertas ventajas, para integrarla eficazmente en sistemas de control a partir de técnicas de individualización del poder.

Esta es la serie de la disciplina como tecnología que se ejerce sobre el cuerpo/máquina, es una especie de anatomía política que abarca el conjunto de la sociedad alcanzando los átomos sociales mismos, es decir, los individuos, hasta anatomizarlos; que Foucault denomina *anatomopolítica*. Para estas técnicas de poder los problemas fundamentales son “cómo vigilar a alguien, cómo controlar su conducta, su comportamiento, sus actitudes, cómo intensificar su rendimiento, cómo multiplicar sus capacidades, cómo situarlo en el lugar en que sea más útil” (Foucault, 1999, p. 243).

La segunda forma en que se desarrolla el biopoder la constituye una tecnología que Foucault llamará *biopolítica*, dicho mecanismo no disciplinario del poder, se aplica a la vida de los seres humanos, es decir, se aplica sobre el cuerpo/especie como masa global recubierta por procesos de conjunto que son específicos de la vida, tales como “los procesos biológicos: la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad con todas las condiciones que pueden hacerla variar” (Foucault, 1998, p.168). Por tanto, esta serie de problemas se toman la vida a partir de toda una multiplicidad de intervenciones y controles reguladores que caracterizan a la *biopolítica* como ejercicio del poder sobre la “población”, instalándose como mecanismo de *regulación/control* en torno a lo que haya de aleatorio en ella, se trata, finalmente, de optimizar y asegurar la vida (Foucault, 2001).

2.2 La gestión farmacopornográfica

El régimen *farmacopornográfico* obedece a una época en donde la ciencia ocupará un lugar hegemónico como discurso y práctica cultural, gracias a su capacidad para inventar y producir artefactos vivos. Es una suerte de régimen donde las manifestaciones científicas del saber/poder (sicología, endocrinología, sexología, cibernética, bioingeniería, nanotecnología, etc.) convierten sus representaciones de la normalidad/anormalidad en realidades materiales, en sustancias químicas, prótesis y moléculas susceptibles de ser comercializadas, en cuerpos y biotipos humanos que pueden ser gestionados como bienes de intercambio por las grandes multinacionales, como son las farmacéuticas; hablamos así del estatuto de gestión de la potencia de vida.

Este régimen emerge a la par de nuevos sectores portadores de las transformaciones de la economía global, en donde las industrias bioquímicas, electrónicas y de la comunicación pasarán a ser los nuevos soportes industriales del capitalismo, relevando en algunos contextos de las sociedades occidentales a los

mecanismos e instituciones de gestión del cuerpo que ya había señalado Foucault: las prisiones, las escuelas, las clínicas, los cuarteles y demás instituciones ortopédico-disciplinarias (Moro, 2003).

Es así que la *Farmacopornografía* funcionará de manera paralela a lo que Foucault llama Régimen Disciplinario, claro está, diferenciándose de éste por la forma en la que opera, la cual según Paul B. Preciado (2015):

(...) no se trata ya del viejo modelo “panóptico” de control arquitectónico que determina los cuerpos desde fuera (como la jaula determina a la rata, como la ciudad al ciudadano), sino de un nuevo modelo de control sintético que trabaja, casi invisible, desde el interior del cuerpo mismo, a un nivel molecular, modificando directamente la composición química del individuo y de paso sus deseos (...). (p.2)

Partiendo de lo anterior, Preciado describirá al SIDA como la primera enfermedad de la condición neoliberal, en tanto es construida mediática y comercialmente a partir de agenciamientos que se enmarcarán en un conjunto de técnicas de gobierno que implicarán un control no solo del cuerpo anatómico, sino también de la manera en que los seres humanos se relacionan entre sí. En este sentido, se considerará a dicha enfermedad como punto de partida para el régimen de gestión *farmacopornográfico*, pasando de ser un asunto netamente científico, a ser un debate liderado por la intervención y comercialización farmacológicas, el cual buscará que los cuerpos considerados serológicamente positivos, es decir, patológicos, sean esterilizados. Cuerpos portadores de SIDA que permitirán la definición de un nuevo sujeto subalterno que se fuga de las lógicas de la sexualidad tradicional (Preciado, 2013).

2.3. El SIDA: apuntes contextuales para una discusión

La historia ha estado marcada por diversos acontecimientos que, en muchas ocasiones han llevado a determinar la manera en que los sujetos de una sociedad se relacionan, no solo entre ellos, también con la naturaleza misma. Dentro de estas dinámicas, la enfermedad ha estado presente, y ha llevado incluso a transformar políticas de Estado, enfocadas en la intervención de entornos, de ecosistemas, de cuerpos mismos; permitiendo entonces que la enfermedad haya llegado a determinar la catástrofe o el bienestar de una nación, su extinción o su sobrevivencia.

Ese es el caso del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), una enfermedad que, como todas, tiene su origen o es definida a partir del desequilibrio que puede generar en el ser humano y las implicaciones que puede tener en la preservación o ruptura del equilibrio y la “normalidad” social esperada.

Partiendo de variadas hipótesis sobre su origen, que pasan desde una suerte de conspiración norteamericana para eliminar el comunismo durante el periodo de la guerra fría, hasta el castigo divino por prácticas antinaturales y aberrantes; el SIDA nace como una alteración del Virus de Inmunodeficiencia Simia; virus que sería contraído en África por el contacto entre monos y cazadores, quienes posteriormente lo expandirían por diferentes lugares del mundo.

De esta manera, fue a inicios de los años 80 cuando en Estados Unidos, principalmente en las ciudades de Nueva York, Los Ángeles y San Francisco se reportarían una serie de casos que implicaban a personas enfermas de *Neumonía pneumocystis*, una enfermedad manifestada únicamente en organismos con baja presencia de defensas. Los casos reportados fueron de cinco personas que compartían algunas características: eran jóvenes, hombres y homosexuales. Ellos, al igual que los más de 26 casos evidenciados para la época en este país, presentaban un sistema inmune altamente debilitado, para lo cual, durante algunos meses los médicos no encontraron explicación (El Mundo, 1985).

Sin embargo, las circunstancias que unían a estos jóvenes, generaron en torno al SIDA una fuerte estigmatización que llevaría a catalogarlo como una enfermedad propia de una población específica, y que además, dio pie a una de sus primeras connotaciones “el cáncer gay” o “la peste rosa”. De esta manera, la revolución sexual abanderada por el Movimiento Gay durante la época, sería tomada como una de las principales causas de la expansión del síndrome (Llamas, 1994).

Con el transcurrir del tiempo lo anterior sería cuestionado tras detectar la presencia del SIDA en otros grupos poblacionales, entre los que se encontraban hombres y mujeres consumidores de drogas por vía intravenosa, hemofílicos y personas que hubiesen recibido transfusiones de sangre, mujeres con compañeros sexuales bisexuales, y niñas y niños con madres enfermas de SIDA (El Mundo, 1985). Surge así una nueva connotación a la enfermedad: la enfermedad de las cuatro H, haciendo referencia a heroinómanos, hemofílicos, haitianos y homosexuales.

Para el contexto de Latinoamérica, los primeros casos conocidos serían diagnosticados en Brasil, donde se estableció el padecimiento de la “peste gay” en ocho personas con orientaciones homosexuales y bisexuales. En este sentido, a lo largo de los países de América Latina se dan una serie de políticas preventivas por parte de los gobiernos, los cuales, en su mayoría, buscarían a través de la educación, tanto en colegios como en espacios públicos, generar una toma de consciencia frente a la problemática que empezaba a presentarse en el territorio; acompañadas además de campañas publicitarias en medios de comunicación escritos y televisivos.

Particularmente en Colombia, el primer caso conocido mediáticamente se da en el año 1984 en la ciudad de Cartagena, que identificaba como portadora a una mujer que ejercía el trabajo sexual; sin embargo, otro de los casos reportados en el mismo año es el de un joven universitario que moriría prontamente tras no

tener aún conocimiento en el país del tratamiento requerido para dicho síndrome (El Mundo, 1987).

Específicamente en Antioquia, los primeros casos conocidos son establecidos en 1985. Posteriormente, para el año 1987 serían reportados aproximadamente 60 casos, correspondientes principalmente a hombres. No obstante, para este año serían detectados los primeros casos en mujeres. Como en los demás territorios del mundo, en Antioquia, el mayor número de personas afectadas eran homosexuales (El Mundo, 1987).

De hecho, el SIDA sería planteado como una suerte de contenedor que llevaría a reevaluar la forma en que estaba siendo vivida la sexualidad, partiendo de ideas *heteronormadas* que, inicialmente plantearían la enfermedad ajena a la heterosexualidad. Enfermedad que a su vez desarmaría a quienes estaban enfrentando un contexto que marginaba y excluía (aún hoy), pero que da origen a un aparataje de movilización encabezado por el movimiento gay que, no permitiría que sus compañeros y compañeras siguieran muriendo, en muchas ocasiones por la negligencia del Estado.

3. Producciones semiótico-políticas en Medellín

“El mundo es un posible que se actualiza en las almas y se encarna en los cuerpos, esta idea de Leibniz se rehace en el pensamiento de G. Deleuze, como el mundo es un virtual, una multiplicidad de relaciones y de acontecimientos que se expresan en un agenciamiento colectivo de enunciación (en las almas) que crean lo posible.”

Mauricio Lazzarato, 2012.

3.1 El cuerpo como territorio de semiosis política

La conceptualización del cuerpo y de las tecnologías de subjetivación en relación al VIH-SIDA en Medellín se imbrican para conformar y poner en escena una suerte de economías morales⁶ específicas. Las narrativas de las circunstancias en las que

6 Las economías morales hacen referencia a todos aquellos comportamientos de las poblaciones que se explican más allá de una lógica dicotómica de la oferta y la demanda. Es decir, dichas economías plantean que en las sociedades contemporáneas los individuos no construyen sus relaciones políticas, económicas y culturales como agentes anónimos que simplemente compran y venden, sino que en esta dinámica de consumo siempre están poniendo en juego valores morales, los cuales se pueden traducir en: estatus, la idea de justicia, el bien y el mal, las necesi-

algunos hombres y mujeres seropositivos devinieron en este estado *sitúa* a sus cuerpos en contextos específicos de abyección, que, si bien son muy particulares de sus experiencias, marcan parámetros dicotómicos de lo que es una vida susceptible de ser vivida de manera válida en una sociedad como Medellín. Es así que microprocesos asociados a la propia historicidad del sujeto enfermo o portador del virus entran en el ámbito de la gestión biopolítica. Estos cuerpos se convierten en una *tabula rasa*, donde escribir modos específicos y concretos de normativizar al cuerpo normal en la ciudad, tanto en problema político asociado a la vida y lo vivo.

La materialidad de lo abyecto-viviente en tanto discurso híper representado conforma y simultáneamente, es conformada, por referentes de lo deseado para vida de los habitantes de Medellín. Las elecciones políticas y las economías morales en gestión frente al VIH-SIDA en la ciudad, no serán un mero estado biológico sino el resultado de una cierta disposición de las relaciones sociales, y cómo estas son mostradas con el fin de informar, pero también de formar y modelar a partir de imágenes que se describen en el límite de lo no válido, lo inmoral, lo malo, lo decadente. Este es el caso de una mujer de joven edad que sería uno de los primeros casos que la prensa de Medellín ilustraría como emblemáticos en relación al virus en la ciudad⁷.

Esta mujer nacida en el seno de algún hogar de la ciudad de Medellín, caracterizada por su belleza y elegancia, y con una serie de oportunidades económicas que le permitieron desarrollarse en ambientes culturales y sociales sofisticados desde Colombia hasta Europa, devino en cuerpo abyecto al contraer el SIDA. Su condición de mujer la llevó a ser muypreciada al interior de su familia, quienes esperarían de ella actitudes de calma, delicadeza y pudor. Sin embargo, ella vivió de manera distinta: abiertamente amorosa, fiestera, extrovertida. Durante el tránsito de su vida se encontró con diversas sustancias que se convertirían en futuros excesos. El alcohol, la marihuana, la cocaína, el bazuco y el hachís harían parte de su cotidianidad y la terminarían llevando a vender su cuerpo para mantener su consumo. Es allí donde contrae el SIDA, una enfermedad que, como al resto de quienes la padecen, deterioró su cuerpo, sus relaciones y finalmente acabó con su vida. La prensa de Medellín, en una edición del periódico *El Mundo* del 11 de mayo de 1987, describiría a esta mujer de la siguiente manera:

De este tren de vida la glamurosa mujer, sacó un alcoholismo que pronto se rodeó de otras necesidades: la cocaína para “templarse” al comienzo del guayabo, el bazuco en dos o tres periodos de sus fiestas o de sus noches que empezaron a ser solitarias sin saberse ni cuándo

dades colectivas, etc. El hombre en sociedad no será entonces un simple homo economicus, tal y como lo planteará el racionalismo instrumental económico. (Scott, 1977)

7 Relato tomado de la noticia “*El patético drama del SIDA*” – Edición del 11 de Mayo de 1987

ni porqué, y marihuana, cuyas enervantes dosis siempre utilizó desde Longchamps para hacer el amor. En algunos casos, los cuatro a la vez, cuando había la oportunidad hachís (especialmente cuando estaba con amigos europeos o europizados) y hasta ácido. (El Mundo, 1987)

A lo largo del relato es posible evidenciar una narrativa que cuestiona y estigmatiza el consumo de ciertas sustancias, consumo que además puede ser categorizado a partir de condiciones como la clase, el género y el territorio en el que se presentan. Asimismo, al nombrar actividades como la prostitución y el trabajo sexual como descarriadas:

El único camino que le quedó fue la calle: de la bohemia lujuriosa y sensual, a la prostitución abierta y aberrante. Hubo días en que llegó a cohabitar con 40 transeúntes diferentes. Y así sol tras sol y luna tras luna, entre la droga, la promiscuidad y una degradación cada vez peor. (El Mundo, 1987)

Expone y reproduce dinámicas de exclusión y segregación social, que terminan por aislar y apartar a personas que ejercen ciertas prácticas o que tienen determinados comportamientos. Esto además, respondiendo a un aparataje de “normalización” que ha sido impuesto desde el sistema, el cual, pretende construir sociedades homogéneas, individuos homogéneos, moldeables, cuerpos del y para el consumo.

Otro de los casos desarrollados por el mismo periódico es el de un joven que, tras irse a Nueva York con el fin de generar dinero para el sostenimiento de su familia en Medellín, se ve en la necesidad de vender su cuerpo, debido a la imposibilidad de emplearse en otra actividad por su condición de indocumentado⁸. Luego de dos años de trabajo en la prostitución, el joven contrae SIDA, lo que no significó un impedimento para que siguiera realizando su trabajo. Tiempo después, sería deportado a Colombia, en un estado avanzado de su padecimiento.

En este relato, se visibiliza un discurso que estigmatiza nuevamente el ejercicio de la prostitución, inclusive en un grado mayor pues se ha entendido también como una actividad más propia de las mujeres que de los hombres, “prefiero morir de hambre!” le dijo el joven. No sabía lo que decía” (El Mundo 1987). También se puede evidenciar la concepción antinatural de la homosexualidad, que se toma como condición desagradable, anormal.

Frente al discurso expuesto en la noticia, se evidencian expresiones que minimizan a la persona de la que se está hablando, “al cabo de un tiempo en la prostitución, envió 100 dólares a su madre y hermanos, y por supuesto la direc-

8 Relato tomado de la noticia “*El patético drama del SIDA*” – Edición del 11 de Mayo de 1987

ción del cuartucho miserable donde vivía” (El Mundo, 1987). Justificada en las condiciones bajo las que vivía, las cuales, eran interpretadas para la época como una suerte de castigo o de “justicia divina” al violentar las prácticas consideradas socialmente naturales.

Partiendo de un discurso enarbolado en la miseria y la abyección en la que, se consideran viven quienes padecen de SIDA, a lo largo de las narrativas descritas en el periódico El Mundo, se hace visible que quienes padecen dicho síndrome son hiper representados, siendo la oposición total de lo que un ser humano considerado “normal” desearía; la antítesis de la normalidad, del bienestar, de los cuerpos socialmente aceptados, aquellos que han sido defendidos por la sociedad dominante y hegemónica antioqueña.

De esta manera, es posible decir que a través de medios de comunicación como la prensa, se llegan a modular y modelar los deseos de las personas, es decir, se sirven de un lenguaje determinado, de cierto vocabulario que, podrían ser considerados como dispositivos *noopolíticos*⁹ por medio de los cuales se pretende generar una suerte de modulación del pensamiento, del ser y del cuerpo que los contiene. Es así, como la repetición de los discursos, posibilita que las personas normalicen y lleguen a reproducir una serie de comportamientos frente a quienes se muestran y construyen como sujetos patológicos, enfermos, abyectos¹⁰; o de permitir en algunas ocasiones el desplazamiento de dichas construcciones, permitiendo la transgresión.

En este sentido, la prensa se sirve de la adjetivación como puente ideológico y de construcción de imaginarios (Barthes, 2016) para generar sentimientos y penetrar en quienes son sus lectores, llevando a la movilización de sus deseos. En el caso de los cuerpos del SIDA, se genera un lenguaje que permite que la enfermedad sea percibida como un estado de abyección, estado que niega cuerpos “otros”, entendiendo que “más que reprimir, el poder opera por normalización, (...) {llegando inclusive a configurar} deseos y mentalidades mismas” (Escobar, 2016, p.28).

9 Como lo plantea Mauricio Lazzarato, la noopolítica como el conjunto de “técnicas de control que se ejercen sobre el cerebro, implicando en principio la atención, para controlar la memoria y su potencia virtual. La modulación de la memoria será entonces la función más importante de la noopolítica. Si las disciplinas moldeaban los cuerpos constituyendo hábitos principalmente en la memoria corporal, las sociedades de control modulan los cerebros y constituyen hábitos principalmente en la memoria espiritual.” (Lazzarato, 2006^a, p. 100)

10 Julia Kristeva propone como abyecto aquello que “en forma sublimada, es parte del arte, literatura, rituales religiosos y aquellas formas de comportamiento sexual que la sociedad tiende a rechazar. Por lo tanto, la abyección no es sólo un aspecto de la constitución del sujeto parlante. Se relaciona con su discurso cultural: arte, literatura, filosofía, etc. Se conecta con las prácticas transgresivas en general, con la experiencia de cruzar límites y manejar prohibiciones. Kristeva sostiene que la abyección es lo que perturba identidades, sistema y orden. Lo que no respeta bordes, posiciones, reglas.” (En Ciénega, SA, SP)

Por otra parte, las noticias desarrolladas a lo largo de esta época en el periódico *El Mundo*, evocan y describen un contexto específico, expuesto a partir de los acontecimientos acaecidos a nivel mundial, que trajeron consecuencias también en el departamento de Antioquia. De esta manera, se hace énfasis en un discurso que reafirma la promiscuidad, el homosexualismo y la prostitución como “antinaturales”. Es así que, como si no fuese suficiente con tener que enfrentarse al SIDA, quienes eran categorizados como seropositivos eran, igualmente, expuestos a la estigmatización y el juicio social, sustentado en comportamientos que desde la moralidad no eran ni son aceptados, en tanto rompen y transgreden los cánones de vida y relacionamiento establecidos por el sistema.

En este sentido, los sujetos con SIDA terminan siendo una suerte de chivo expiatorio, en donde las prácticas de control sobre la vida y la muerte se expresan representándolos como antítesis del sujeto normal que demanda la sociedad de Medellín y su proyecto capital-industrial; donde no solamente se consumen productos, bienes y servicios materiales, sino además, discursos y símbolos del bienestar que estos representan.

Asimismo, encarnan lo abyecto y lo patológico que ciertas prácticas de vida conllevan, por lo que quienes padecen de SIDA en los discursos de la prensa sean descritos a partir de una serie de adjetivos que tienen como eje referencial la idea del sujeto no productivo. Este marcaría entonces un afuera constitutivo del tipo ideal de medellinense: trabajador o trabajadora, hombre o mujer de familia; quienes tienen en su alteridad: homosexual, prostituta, drogadicto; el afuera siempre presente que lo interpela como la negación de la identidad que la ciudad de Medellín a postulado como suya.

Lo que muestra esta parte de la historia, es decir, el surgimiento de un virus que llegaría a ser considerado como una de las peores epidemias, el VIH-SIDA, es que “el cuerpo siempre ha sido objeto de intereses y manipulaciones; en toda sociedad, el cuerpo queda suspendido en el interior de poderes muy ceñidos que le imponen formas, coacciones, interdicciones, obligaciones, códigos de comportamiento” (Pabón en Escobar, 2016, p.85), esto respondiendo a un contexto específico, a una serie de políticas y de formas de control de las cuales hacen uso los Estados, los Gobiernos, el sistema en sí, para poder tener “bajo control” a individuos, con el fin de garantizar la fortaleza, unidad y estabilidad de “un cuerpo nacional”.

En este caso, se presenta una gobernabilidad de los cuerpos por medio de políticas de salud que permiten ordenar y organizar los cuerpos, normalizarlos, y que además, por medio de discursos como el médico, llegan a dirigir el sentido de la existencia individual y colectiva. Este sistema además, en determinados momentos históricos, sociales y políticos, da privilegio a una corporalidad específica, que a su vez, genera estigmatización, censura, invisibilización o exclusión, quizás no en vano, quizás porque es necesaria la existencia de otredades, de marginales, de esa “extrañeza” para dar sustento y justificación a su actuar.

3.2 Memorias de la alteridad

El mundo es un lugar diverso, tanto como el número de personas que lo habitamos. Pensares, sentires y formas de vivirlo pueden variar dentro de un mismo territorio de maneras infinitas. En este sentido, partiendo de las diferencias que se presentan dentro de una sociedad, es posible nombrar a aquello desconocido como alteridad.

Es a partir de eso que se encuentra presente en “el otro” o “lo otro”, y que genera diferenciación y heterogeneidad, que se plantea entonces la alteridad como:

(...) un nombre que guardamos para todo lo Otro, lo que aún no ocurre, *lo absolutamente nuevo* cuyas formas no podemos *prefigurar* pero que desde lo porvenir se *anuncian*, e incluso pueden anunciarse como los heraldos de lo peor, de lo inhumano de la violencia extrema. Pero también nombra a todo aquello que la identidad de lo Mismo ha sometido (...). (Hernández, 2011, p.15)

Es decir, la alteridad rompe con un determinismo preestablecido, el cual, se ha encargado de construir una noción de colectivo, una sociedad en la que los sujetos conviven mediados por un marco normativo por medio del cual se busca garantizar el orden y modular la conducta de los sujetos, esto en pro del bien común. No obstante, la construcción social de ese cuerpo nacional, manifestado en el “nosotros”, trae consigo la construcción de un “otro”, otredad compuesta por un conjunto de sujetos que difieren y rompen con la normalidad establecida, y que por tanto, deben ser y son excluidos de manera directa o simbólica (Granados, 2002).

Si desde lo preestablecido es necesaria la existencia de otro distinto para poder existir y nombrarse desde algún lugar, la alteridad también garantiza su existencia gracias a esa noción de homogeneidad impuesta por los Estados. En este sentido, la alteridad puede ser entendida entonces como punto de fuga, como resistencia que toma nuevos puntos de referencia a partir del cambio en los contextos históricos y sociales. Son las vivencias cotidianas y el constante relacionamiento con el entorno, las que permitirán a aquellos sujetos otros, relatarse desde la transgresión y la ruptura; es allí donde la memoria ocupará un lugar importante.

La memoria, como lo planteará Pilar Calveiro (2006) “parte de la experiencia, de lo vivido, de la marca inscripta de manera directa sobre el cuerpo individual o colectivo” (p.377), es por tanto, una práctica tanto individual como colectiva, entendiendo que, si bien cada sujeto vive de manera distinta los hechos que acontecen en su vida, lo que este genera a partir de ellos, permitirá su deconstrucción cuando se relacione con el otro y comparta algunos sentires frente a contextos específicos.

Desde la alteridad, la memoria como acto permite generar una suerte de identificación no hegemónica, que busca, igual que con lo preestablecido, romper con una construcción de memoria que se ha entendido como dispositivo de dominación

desde la ideología, permitiendo un control de los sujetos a partir de aquello que se conoce como verdad. En este sentido, la memoria de la alteridad, de los sujetos exóticos, pasa a transformarse en memoria de la resistencia, e inclusive, en acto resistente a una cultura dominante que homogeniza y normaliza.

Partiendo de lo anterior, es posible decir que tras el surgimiento del VIH – SIDA en la década de los 80, sería creado un imaginario social nuevo, que pondría en el escenario público a un grupo poblacional determinado que, debido a sus “diferencias” debía ser nombrado de manera distinta; debía ser tratado, intervenido, normalizado: una alteridad que tendría su sustento en una orientación sexual no hegemónica, prácticas sexuales abiertas y diversas, consumos excesivamente placenteros y la liberación del cuerpo como primer territorio habitado.

Ahora bien, teniendo como base el modelo de gestión de lo vivo *farmacopornográfico*, planteado por Paul B. Preciado, en el cual, desde el sistema neoliberal se busca un control de los cuerpos a partir del control de la sexualidad y del sexo; uno de los sujetos que sería más cuestionado durante la explosión del SIDA sería el homosexual, propiamente los hombres homosexuales: sexualmente abiertos, amantes en muchas ocasiones de sustancias psicoactivas, pero sobre todo eso, homosexuales, sujetos que rompían con la heteronorma, con la heterosexualidad obligatoria. Así:

(...) la irrupción del mal en América, sus ataques a grupos cerrados (sociedades homosexuales) y entre estos a personas de condiciones diametralmente opuestas, pues tan pronto atacaba a un inédito “gay” de los barrios bajos de las grandes metrópolis, también lo hacía con una luminaria del celuloide, un encumbrado miembro de las finanzas, o un distinguido e influyente político, fue rápida y violenta. ¿Qué determinaba esta “selección” de víctimas? Un común denominador las aglutinaba: eras homosexuales promiscuos. (El Mundo, 1985)

Esta particular clase de enfermos de SIDA, serán entonces sujetos otros no deseados, o mejor, alteridad que sustenta aquello que no se debe ser. Sujetos que, por sus prácticas y preferencias erótico-afectivas fueron marginados en una época que sin dolencia alguna los estaba exterminando. Sin embargo, las muertes no fueron en vano, estas serían el motor que pondría en la esfera pública un tema que debía mantenerse en el ámbito privado: el sexo, su práctica, sus implicaciones. El surgimiento del SIDA generaría en la comunidad gay la necesidad de tomarse las calles, gritarle al mundo entero que estaban muriendo, y que como muchas otras personas, estaban siendo víctimas de un sistema de salud excluyente, de una sociedad que juzgaba la forma en que habían decidido vivir. De ahí que se planteará una comprensión del mundo en la cual:

La sociedad moderna o de consumo, reformada por los efectos del macro comportamiento de la liberación sexual, estaba permitiendo

salir de la clandestinidad a los homosexuales. Esta aparición en la luz pública con sus aparentes derechos de amor y sexo, coincidió con la fuerza del SIDA y dio origen a un sinnúmero de connotaciones sociales y a las expectativas de un mal tan letal, que en principio, y mientras no se conozcan soluciones, condena al homosexualismo a una dolorosa desaparición. (El Mundo, 1985)

En este sentido, la ciudad de Medellín, no fue la excepción. Con la irrupción del SIDA en territorio antioqueño, el discurso manifestado por los medios de comunicación y el gobierno, si bien dejaba expuesta una preocupación frente a la situación de salud pública que se estaba viviendo, y se buscaron políticas de prevención; éstas respondieron a dinámicas de relacionamiento que visibilizaban la liberación sexual y el homosexualismo como prácticas antinaturales y erróneas, que no debían seguirse si se quería ser una persona “sana”, así puede leerse en una edición del periódico El Mundo del 11 de Mayo de 1987:

El perfil del SIDA apunta a que es un mal justiciero, pues ha echado sus raíces, básicamente, en homosexuales, drogadictos y promiscuos. Como si por extraño designio las prácticas antinatura y los excesos se pagaran con la muerte irreversible que es la característica de este mal, luego de lacerar profundamente el cuerpo y el espíritu. (El Mundo, 1987)

De esta manera, se podría hablar entonces de una forma de relación erótico-afectiva dominante: la heterosexualidad. Esta ha sido vista como designio natural, la cual limita y pone en cuestión esas formas otras de relacionamiento, y que encuentra su sustento en presupuestos biológicos con fines reproductivos, dejando de lado la satisfacción y el placer del ser humano.

El homosexual con SIDA¹¹ será quien encarne la “desviación” de una sociedad, en tanto, además de tener una orientación sexual distinta a la considerada “normal”, será un enfermo patológico, que rompe con la normalidad, perturba el orden y es incompetente frente a una sociedad que exige un aporte mínimo por parte de los sujetos que la conforman.

Ahora bien, el hombre homosexual como alteridad se construirá a partir de la transgresión que genera frente al orden sexual que ha sido instituido. Para muchos de ellos, el homosexualismo será la manera de hacer visible su cuestionamiento frente a las dinámicas que reproducía el sistema imperante, en el cual, se pretendía (y pretende) regular los cuerpos desde diversas maneras, entre estas, la sexualidad, propiamente la práctica sexual. Es así, como en este momento de la historia, el hombre *gay* saldrá a la luz de lo público para contar otra historia, para marcar el

11 “No hay en concreto una explicación por qué tres cuartas partes de los casos SIDA son homosexuales. Posiblemente se deba a que es un crimen contra natura y recto con pene es antinatura (...)” (El Mundo, 12 de septiembre, 1985)

contexto de la época con un relato nuevo, con una vivencia nueva, opuesta a una memoria histórica hegemónica que con el paso del tiempo se ha encargado de reproducir discursos y formas específicas y excluyentes para entender la sociedad.

Lo anterior sería visible en la sociedad paisa, en la cual, si bien no hubo una movilización que implicara la organización colectiva de los homosexuales, la llegada del SIDA a la ciudad permitirá que se ponga en la agenda pública una problemática que venía desarrollándose quizás de manera silenciosa: la exclusión social presente en Medellín por el hecho de ser homosexual.

La visibilización mediática que empezó a tener el síndrome en la ciudad, permitió que la sociedad en general conociera otras formas de relacionamiento. No obstante, la narrativa usada en algunas ocasiones implicó el crecimiento de un estigma que se venía gestando y que encrudecería tras conocerse que, eran ellos, los diferentes, esos otros quienes se encontraban en un estado de enfermedad que además, alcanzó una expansión en un punto incontrolable. En este sentido, ante la sociedad en general el homosexual:

Era visto no sólo como un enfermo [también era visto como un sujeto que causaba] muerte, por lo que el SIDA era una enfermedad que no valía la pena atender [en un inicio] porque no afectaba a los hombres y mujeres heterosexuales. (Mancero, 2007, p.40)

Desde el cuerpo homosexual como alteridad se genera una resistencia, la cual permite entender que es a partir de él desde donde debe lucharse (Llamas, 1994), en este caso, no solo frente a la enfermedad que consume, sino también, frente a la sociedad que juzga. El cuerpo homosexual produce una nueva voz que expone un conjunto de políticas de tratamiento a una enfermedad que discriminan y dominan, políticas de control que, desde un discurso curativo ponen como sujeto “otro”, como cuerpo no deseado al homosexual.

No obstante, la memoria de sujetos homosexuales también ha sido intervenida por discursos y formas dominantes. En este sentido, algunos de ellos han dejado de ser sujetos transgresores –sin desconocerse que por su orientación sexual ya transgreden–, han tenido una transición en la cual, muchos han pasado de ser subjetividades excéntricas –aquellas que ponen en cuestión dinámicas de producción y relacionamiento heteronormales– a subjetividades que han sido integradas dentro de un modelo de vida heteronormativa, la cual responde a formas de vida y consumo propias del sistema capitalista. Es aquí donde las dinámicas del sistema neoliberal pasan a apropiarse de ciertas formas de relacionamiento para garantizar su existencia, permeando discursos y prácticas transgresoras.

Asimismo, es posible entender quizás que lo que produce el SIDA, respondiendo a una serie de políticas de salud pública promovidas por los Estados y que además tienen sustento en el sistema mismo, es una suerte de contención a

lo que para la época se conoció como la revolución sexual. El SIDA, es una suerte de contenedor a prácticas y orientaciones homosexuales que tendrán su máximo desarrollo a partir de la década de los 60, “el mejor método preventivo es restringir las prácticas homosexuales” (El Mundo, 1985). La enfermedad entonces, construye una alteridad encabezada por el cuerpo gay; un cuerpo que no se configura a partir de presupuestos hegemónicos dominantes, sino que de manera desordenada se reconoce como cuerpo libre materializado en formas de vida bohemia y alegre, que generarán en “los mismos” temores e incomodidad (Vélez, 2004).

En este sentido cabe decir que, neoliberalismo, encarnado en la figura de Estado, se ha encargado de aislar, estigmatizar y por ende controlar al ser humano desde todas las esferas. De esta manera, teniendo en cuenta que, como lo plantearía Foucault, el poder penetra los cuerpos, se generará entonces un control de la sexualidad, desde la cual se contendrá cualquier forma de alteración de la heteronorma, lo que será entendido entonces como patología, delito o desviación.

Entonces, el sexo funcionará como un centro de control de subjetividades; el cual parte de desterritorializar, de *descorporizar*, en el caso del cuerpo homosexual, al ano como órgano de placer, en tanto no es apto para la reproducción y gestación de la vida, elemento esencial para el neoliberalismo (Carbone, 2014). Así, el cuerpo homosexual podrá denominarse como alteridad sexual; desde la cual se rompe con un régimen heterosexual que ve al ser humano como una máquina de producción de vida, olvidando que más que nada, el ser humano es pasión y deseo.

Conclusiones

Partiendo de lo planteado por el filósofo Paul B. Preciado, para quien el SIDA será la primera enfermedad de la condición neoliberal, en tanto puede tomarse como una pandemia construida a partir de nuevas formas de gestión, o mejor aún, podrá entenderse en sí misma como dispositivo de control de los cuerpos desde ámbitos antes no controlados como la sexualidad y las prácticas sexuales; los cuerpos del SIDA en la ciudad de Medellín, podrán ser entendidos como cuerpos abyectos-transgresores.

En este sentido, será a partir de lo anterior que el sistema empezará a promover una serie de ideales específicos de relacionamiento, tales como la heterosexualidad y la monogamia, pretendiendo hacer un poco de contención al contexto desarrollado en el mundo a partir de los años 60, en el que grupos específicos poblacionales, haciendo uso de discursos y prácticas contraculturales, muestran su inconformidad y oposición a órdenes establecidos, órdenes que llevarían al desarrollo de sociedades clasistas, excluyentes, segregadas y segregantes.

Lo anterior se visibiliza entonces a lo largo de las noticias consultadas en el periódico El Mundo, a partir de las cuales se puede inferir el contexto bajo el cual

se presentaría la enfermedad en Medellín durante esta época. Tal ciudad, será entonces un lugar que estaría inscrito en la percepción general, que crearía y construiría al cuerpo portador de SIDA como cuerpo abyecto, entendiéndolo no solo desde la enfermedad; también desde las prácticas donde las mismas se realizaban.

En primera medida, se difunde la idea de la libertad en la prácticas sexuales como antinatura, lo que permitirá responder a lo que se ha catalogado como un régimen heterosexual, desde el cual el sistema capitalista, entendiendo la reproducción como actividad esencial para su sostenimiento, promoverá todo un constructo heteronormativo que definirá a la pareja hetero como la forma adecuada de relacionamiento erótico-afectivo, pues es la que garantiza la reproducción de la vida.

En segunda medida, y como consecuencia de lo anterior, se hará énfasis en el carácter sexual de la enfermedad como forma más decadente de transmisión, por lo que se hará un juicio mucho mayor frente a este. En este sentido, que sea catalogada como enfermedad de transmisión sexual hará alusión, como lo plantea Susan Sontag (1987), no solo al exceso sexual, sino a la perversión sexual; es decir, a formas de relacionamiento no concebidas como las homosexuales.

Asimismo, la sociedad antioqueña, permeada por la percepción expuesta en diferentes lugares del mundo, promovió el imaginario, no solo de la homosexualidad como condición del SIDA, sino además la idea –partiendo de visiones nacionalistas, de pureza y de clase– de que los cuerpos del SIDA, en tanto abyectos, serían considerados cuerpos desalmados, tal como serían considerados los cuerpos de mujeres, drogadictos, depresivos, afros, pobres, inmigrantes; seres que para ser nombrados serán categorizados como alteridad.

Es así, como al partir de un régimen de gestión de lo vivo como la *farmacopornografía*, entendido desde una dicotomía de normalidad/anormalidad, se visibiliza que discursos como el médico han pretendido la intervención de los cuerpos por medio de prácticas que, si bien en muchos casos, son curativas y permiten la sanación de las personas, son prácticas que pretenden la normalización de determinados cuerpos, normalización que a su vez responde a políticas de un sistema que ha determinado la manera en que se “debería” habitar y vivir los espacios, la vida. Los cuerpos del SIDA en la ciudad de Medellín, serán vistos entonces como extraños, anormales y patológicos; cuerpos que rompen con los márgenes prestablecidos, considerados “inútiles” al interior de un sistema que busca sujetos productores y reproductores.

Ahora bien, entendiendo que, como lo planteará Foucault, “donde hay poder, hay resistencia”, es decir, desde el momento mismo en que se da una relación de poder, existe una posibilidad de resistencia; la potencia de vida del enfermo de SIDA –cuestionada, denigrada y promovida como antinatural– puede ser considerada entonces como un punto de fuga, como forma de resistencia dentro del sistema hegemónico, en tanto rompen con la norma establecida por el mismo.

En este sentido, la presente investigación deja como futuras indagaciones la profundización en cuestionamientos que llevan a preguntarse por el cuerpo abyecto como punto de fuga y resistencia en la sociedad neoliberal. Asimismo, cabrá preguntarse por la cosificación de los diversos sujetos en pro de un crecimiento económico, garantizando el consumismo en las sociedades actuales.

Además, frente a la temática desarrollada en este artículo, sería importante realizar una lectura contemporánea de los cuerpos del SIDA, en tanto, es posible observar en algunos contextos cómo algunas condiciones dadas durante la década de los 80, siguen vigentes en la actualidad; lo que podría permitir un análisis del modelo de gestión de la vida y lo vivo que sigue permeando la sociedad.

Referencias

- Barthes, Roland. (2016). *El placer del texto y lección inaugural*. Zaragoza: Editorial Titivillus
- Calveiro, Pilar. (2006). Los usos políticos de la memoria. En *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta* (pp. 359-382). Santa María del Buen Aire: Gráficas y servicios
- Carbone, Rocco. (2014). Reflexiones desde el cartismo: tortura, deseo y homosexualidad. En *Stronismo Asediado 2014 - 1954: Orden político, sexualidades, cuestión obrera, rutualidades*, pp. 41 - 65. Paraguay: Arandura Editorial
- Castrillón, Alberto & Pulido, Martha. (2003). Biopolítica y cuerpo: medicina, literatura y ética en la modernidad. *Revista Educación y Pedagogía*, XV (37), pp. 187 - 197
- Castro-Gómez, Santiago. (2009b). Disciplina, biopolítica y noopolítica en Mauricio Lazzarato. En *I. Mendiola (Ed.) Rastros y rostros de la biopolítica* (pp. 71-92). Barcelona: Anthropos.
- Ciénega, Erika. (SA). *Mutaciones del cuerpo: hacia la construcción de nuevas formas de subjetivación y sus implicaciones éticas. Reflexiones en torno a lo abyecto en las prácticas estéticas contemporáneas*. Recuperado de: http://www.iztacala.unam.mx/errancia/v1/PDFS_1/POLIETICAS1_MUTACIONESDELCUERPO.pdf
- Deleuze, Gilles, (1999). ¿Qué es un dispositivo?. En: *Michel Foucault, filósofo*. Ed. Gedisa.
- Deleuze, Gilles & Guattari, Félix. (1994). *MIL MESETAS: Capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Editorial Pre-textos
- Escobar, Manuel Roberto. (2015). *Cuerpos en resistencia: experiencias trans en Ciudad de México y Bogotá*. Bogotá: Ediciones Universidad Central
- Foucault, Michel. (1998a). *Historia de la Sexualidad, 1. La Voluntad de Saber*. México: Editorial Siglo XXI, 25a edición
- Foucault, Michel. (1999). *La arqueología del saber*. México: Siglo Veintiuno.

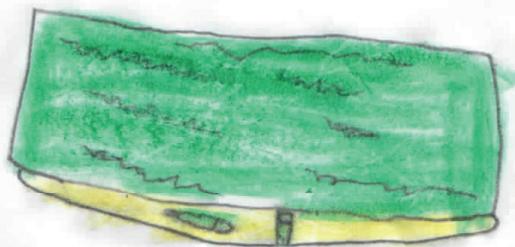
- Foucault, Michel. (1999b). *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquest Editores.
- Foucault, Michel. (2001). *Defender la Sociedad, Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2a reimpresión.
- Granados, José. (2002). Orden sexual y alteridad: la homofobia masculina en el espejo. *Nueva Antropología*, XVIII (61), pp. 79 – 97
- Gros, Alexis. (2015). Judith Butler y Beatriz Preciado: una comparación de dos modelos teóricos de la construcción de la identidad de género en la teoría queer. *Revista Civilizar*, XVI (30), pp. 245 – 260
- Heredia, Juan Manuel. (2014). Dispositivos y/o agenciamientos. *Contrastes*, XIX (1), pp. 83 - 101
- Hernández, Donovan. (2011). Formas de la alteridad: un reto epistemológico y político. *Revista Andamios*, VIII (16), pp. 11 - 31
- Lazzarato, M. (2006a). *Por una política menor. Acontecimiento y política en las sociedades de control*. Madrid: Traficante de sueños.
- Llamas, Ricardo. (1994). La reconstrucción del cuerpo homosexual en tiempos del SIDA. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (68), pp. 141 – 171
- Mancero, Cristina. (2007). *La construcción del movimiento gay y sus manifestaciones sociales, culturales, y políticas en la ciudad de Quito*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) – sede Quito, Ecuador
- Moro Abadia, Óscar (2003). ¿Qué es un dispositivo? *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, N.º 6, pp. 29-46.
- Preciado, Beatriz Paul. (2008). *Testo Yonqui*. Madrid, Espasa.
- Reihling, Hanspeter. (2006). *La biopolítica del SIDA en Uruguay: Madres desgraciadas, niños afortunados y adolescentes invisibles* [en línea]. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/237662515_La_Biopolitica_del_SIDA_en_Uruguay_Madres_desgraciadas_nios_afortunados_y_adolescentes_invisibles
- Sontag, Susan. (2016). *La enfermedad y sus metáforas. El SIDA y sus metáforas*. Zaragoza: Titivillus
- Scott, James. (1977). *The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia*. Yale.
- Tarde, Gabriel (2006). *Monadología y sociología*. Buenos Aires.
- Véliz, Beatriz. (2004). Espectáculo corporal: ¿frontera de violencias insidiosas de género? En Medellín: *fronteras invisibles de exclusión y violencia*, pp. 103 - 136. Medellín: Fondo Editorial Centro de Estudios de Opinión
- Villamil, Fernando. (2013). Cuerpos, virus y economías morales: la prueba del VIH. *Política y Sociedad*, 50 (3), pp. 865 – 892.
- Zambrano, Aquiles. (2015). Beatriz Preciado y su régimen farmacopornográfico. En *Andén Digita*. Recuperado de <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=194587>

Referencias Periodísticas

- Gómez, Jairo. (1985, Agosto 22). Afirma MinSalud: Diagnosticados 26 casos de SIDA en el país. *El Mundo*, p. 8
- Gómez, Jorge. (1985, Septiembre 12). El SIDA: ¡Qué bomba señores! *El Mundo*, p. 5
- Gómez, Jorge. (1987, Mayo 10). El SIDA sí da con perfil colombiano. *El Mundo*, p. 4b – 5b
- Gómez, Jorge. (1987, Mayo 11). El patético drama del SIDA. *El Mundo*, sección Ciudad
- Gómez, Jorge. (1987, Mayo 12). SIDA: mitos y realidades. *El Mundo*, p. 5b
- EFE, Viena. (1987, Junio 16). Sobre base genética, logran vacuna contra el SIDA. *El Mundo*, p. 5
- Gómez, Jorge. (1987, Junio 21). El SIDA amenaza al continente. *El mundo*, p. 4b – 5b
- Ikeda, Nestor. (1987, Junio 22). El SIDA estremece a Nueva York. *El Mundo*, p. 4b
- AP-EFE, París. (1987, Junio 30) Conferencia de la OMS y la UNESCO: “Prevención del SIDA es tarea de educadores”. *El Mundo*, p. 10
- Intermedios, Bogotá. (1987, Septiembre 8). Aumenta notoriamente el SIDA en Colombia. *El Mundo*, sección Nacional
- EFE, Washington. (1987, Septiembre 20). Droga contra el SIDA espera licencia. *El Mundo*, p. 2b
- Abello, Patricia. (1987, Octubre 23). El origen del SIDA: la historia de un falso rumor. *El Mundo*, sección Opinión
- AF- Boston, EE.UU. (1988, Febrero 21). SIDA: Noticias cada vez peores. *El Mundo*, p. 9
- Redacción. (1988, Noviembre 16). Desde 1985, 49 muertos por el SIDA en Antioquia. *El Mundo*, p. 1b – 2b
- EFE, Ginebra. (1988, Diciembre 1). Hoy jornada mundial. SIDA: Noticias cada vez peores. *El Mundo*, p. 8 a
- Villada, José Manuel. (1989, Febrero 5). El SIDA le respira en la nuca a Medellín. *El Mundo*, p. 4b
- Cadavid, Fernando. (1989, Abril 30). SIDA en Medellín: Es que lo compran a uno muy fácil. *El Mundo*, p. 1b
- Redacción. (1989, Mayo 3). Laboratorio Departamental: A cuatro ojos con la sangre. *El Mundo*, p. 1b
- Cadavid, Fernando. (1989, Mayo 4). SIDA en Medellín: Nos está matando la ignorancia sexual. *El Mundo*, p. 1b
- Arango, Adriana. (1989, Diciembre 1). El repudio, un suplicio mortal. *El Mundo*, p. 2b
- Redacción. (1989, Diciembre 5). El repudio a los afectados, genera un problema de salud pública. *La Tercera Epidemia*. *El Mundo*, sección Ciudad
- Reuter, Washington. (1989, Diciembre 18). SIDA: La batalla final. *El Mundo*, p. 10

que es para ti la educación

es ser un niño estudioso y educado y
portarse bien y no pegarle a la profesora
es aprender a escuchar y ser atento



Autor: Anónimo

Estudios
de Derecho

Fundada en 1912



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

Politicización y profanación de los dispositivos jurídicos neoliberales. El caso del derecho a la consulta previa en Colombia*

Julián Trujillo Guerrero**

Resumen

En tiempos neoliberales, el uso y significado del derecho a la consulta previa opera en la tensión entre proyectos políticos diversos: el neoliberal y el de las comunidades que habitan territorios apetecidos por el desarrollo. Desde una concepción conflictiva de lo jurídico donde entran en tensión el poder y la libertad, y utilizando algunas categorías de Giorgio Agamben, se indaga por qué la consulta se ha despolitizado, operando como un dispositivo funcional al modelo de desarrollo neoliberal que opera a plena marcha en contextos de precariedad. Enseguida, se examina un camino de politicización y profanación del derecho y, frente a la lectura peyorativa de Agamben sobre los dispositivos, se propone un giro que consiste en un uso profano de los dispositivos jurídicos en conjunto con otro movimiento que no puede dejarse de lado en la era neoliberal: el de la desprecarización.

Palabras Clave: Neoliberalismo; dispositivo, politicización, despolitización, precariedad.

Politicization and desecration of neoliberal legal dispositives. The right of prior consultation in Colombia

Abstract

The use and meaning of the right to prior consultation on neoliberal times is framed within the tension between two different political projects: neoliberalism and communities that ancestrally inhabit territories that are now desired by development projects. Departing from a conflictive conception of law where power and freedom are in tension, and using some of Giorgio Agamben's categories, it is inquired why the consultation has been depoliticized, operating as functional dispositive to the neoliberal development model that runs at full speed in contexts of precariousness. Right away, the text examines a path of politicization and desecration of law and proposes a twist to the pejorative reading of Agamben's dispositive in the sense of a profane use of legal dispositive, together with the movement of deprecarization that cannot be left aside in neoliberal times.

Key Words: Neoliberalism; dispositive; politicization; depoliticization; precarity.

Politicização e profanação dos dispositivos jurídicos neoliberais. O caso do direito à consulta prévia na Colômbia

Resumo

Em épocas neoliberais, o uso e significado do direito à consulta prévia tem influência na tensão entre projetos políticos diversos: o neoliberal e o das comunidades que habitam territórios desejados pelo desenvolvimento. Desde uma concepção conflitiva do jurídico onde entram em tensão o poder e a liberdade, e utilizando algumas categorias de Giorgio Agamben, questiona-se sobre por que a consulta tem se despolitizado, funcionando como um dispositivo funcional ao modelo de desenvolvimento neoliberal que obra em plena marcha em contextos de precariedade. Depois, examina-se um caminho de politização e profanação do direito e, diante da leitura pejorativa de Agamben sobre os dispositivos, propõe-se uma virada consistente em um uso profano dos dispositivos jurídicos em conjunto com outro movimento que não pode ser ignorado na era neoliberal: o da desprecarização.

Palavras-chave: Neoliberalismo; dispositivo; politização; despolitização; precariedade.

* Artículo de reflexión. Realizado en el marco de la Clínica Jurídica sobre Derecho y Territorio de la Universidad Javeriana dentro del Proyecto de Presupuesto Social San Francisco Javier. LP: Juan Felipe García Arboleda. Lugar de la investigación: corregimiento Arroyo de Piedra, zona norte de Cartagena: enero de 2015 - septiembre de 2016. En este artículo se da curso a los problemas planteados inicialmente en la tesis de grado del autor.

** Profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Abogado y candidato a magíster en filosofía de la misma universidad. Correo electrónico: juliantrujilloguerrero@gmail.com ORCID: 0000-0002-9484-4874



Politización y profanación de los dispositivos jurídicos neoliberales. El caso del derecho a la consulta previa en Colombia

Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo.

Karl Marx

*'Cause every tool is a weapon
If you hold it right.*

Ani Di Franco

1. Introducción. Tensiones políticas en la arena del derecho

El antagonismo entre subjetividades políticas en tiempos neoliberales aparece como una gran polémica en torno al *uso y significado* de los derechos. En Colombia el derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada (en adelante CPLI) se ha constituido como un escenario de tensión entre proyectos políticos diversos donde la crisis neoliberal se muestra con toda su fuerza.

Por un lado, la reconfiguración de las técnicas de gobierno en el modo de producción capitalista actual, consolidaron al neoliberalismo como una racionalidad política en que la dinámica del capital y la competencia permean completamente la vida, produciendo subjetividades, relaciones sociales y desintegrando triunfos materiales y aspiraciones de democracia radical (Laval & Dardot, 2013) (Brown, 2015). Asimismo, el neoliberalismo ha funcionado como un proyecto político y económico para restaurar el poder de clase (Harvey, 2005) mediante nuevas formas de acumulación de capital por medio de las finanzas, la guerra y la desposesión (Harvey, 2003), que en el campo de la pregunta por el desarrollo en los países del Sur ha significado la imposición de una concepción dominante del territorio caracterizada por la explotación de recursos naturales y la precarización de sus habitantes. Por otro lado, y al mismo tiempo, los movimientos sociales han encontrado en el derecho un lugar para darle curso a sus luchas y cuestionar el

modelo de desarrollo dominante (McAdam, McCarthy & Zald, 1996) a partir de la reivindicación de la libre determinación de los pueblos (Anaya, 2002), la defensa del medio ambiente y del territorio (Gilbert, 2006) (Svampa, 2008).

El lenguaje común de los dos proyectos ha sido el derecho. ¿Cómo entender que la tensión opere bajo el lenguaje y las armas del derecho? ¿Qué desplazamientos políticos han permitido que los excluidos usen el derecho en sus estrategias pero al tiempo éste sea la herramienta de su oponente para mantener las asimetrías? Estas tensiones que acontecen en la realidad nos obligan a estudiar lo jurídico por fuera de su expresión formal para situarlo, en cambio, en el contexto de convulsión social donde tienen lugar las relaciones de poder; e indagar por las posibilidades que tienen el derecho y la narrativa de los derechos para configurarse como herramientas efectivas de emancipación y transformación social. En ese sentido, lejos de proporcionar una teoría general sobre la naturaleza emancipadora del derecho, el presente ensayo busca explorar la experiencia política del derecho a la CPLI en la encrucijada neoliberal y ofrecer herramientas teóricas para abordar la cuestión. Dicho esto, se propone abordar la tensión existente entre el uso y significado de la CPLI descendiendo a la disputa entre el modelo de desarrollo neoliberal y los pueblos que reivindican el derecho a la libre determinación.

Pero la tensión no está equilibrada: la balanza se ha materializado del lado del proyecto neoliberal. La CPLI ha perdido su aspecto político originario, vaciándose, para centrarse en asuntos procedimentales y de administración económica, terminando por ser un dispositivo funcional al modelo de desarrollo imperante. Además, la producción de subjetividades del gobierno neoliberal ha causado que dicho uso y concepción esté presente, no solo en quienes realizan y defienden los proyectos, sino también en el de algunos pueblos que los padecen¹². La experiencia de la CPLI de muchas comunidades ha estado mediada por una vida precaria, donde la insatisfacción de los derechos más básicos no es la excepción sino la regla. La precariedad es al tiempo la consecuencia de la neoliberalización y el terreno fértil para el vaciamiento de la CPLI. Sobre este panorama se hace urgente preguntar ¿mediante qué estrategia política sería posible politizar las herramientas jurídicas y ponerlas a trabajar para desactivar los avances neoliberales?

Para darle curso a estas preguntas, comienzo por situar este trabajo dentro de las discusiones en filosofía sobre la dimensión política del derecho y su relación con la sociedad. En un segundo lugar, presento el contexto neoliberal dentro del cual tiene lugar la CPLI. Seguidamente, abordo las preguntas de este ensayo a partir de los trabajos del filósofo italiano Giorgio Agamben sobre el dispositivo y la guerra

12 Este ha sido el caso de la comunidad del corregimiento Arroyo de Piedra en la zona norte de Cartagena, con la que la Clínica Jurídica sobre Derecho y Territorio de la Universidad Javeriana ha trabajado conjuntamente en el caso de la expansión hotelera en la región.

civil. El derecho usado por el neoliberalismo funciona como un dispositivo en el sentido de una *oikonomía*, de una gestión. Según los estudios críticos del multiculturalismo, la gestión de los territorios étnicos se ha dado a partir de estrategias jurídicas de multiculturalismo neoliberal, que vaciaron el contenido político de los derechos y garantías impulsados por los movimientos sociales (principalmente indígenas) de la década de los años 80 en adelante. Este uso del derecho ha sido posible por un proceso de despolitización de escenarios que le correspondían al debate político, acompañado también por procesos de precarización. En ese sentido, el reto que enfrentan los excluidos ante los dispositivos jurídicos neoliberales es el de la politización, para lo cual se hace urgente mantener la tensión o umbral que permitió su despolitización, y recorrer el camino contrario buscando nuevos usos en clave de emancipación.

2. Situación teórico-política del ensayo

Las inquietudes de este texto tienen en cuenta algunas discusiones y presupuestos teóricos sobre el derecho que esbozo a continuación.

2.1. El derecho y su juego entre el poder y la libertad

La obra inacabada de Michel Foucault, da cuenta de una investigación que se movió entre la configuración de los saberes y el poder en Occidente desde el ejercicio de la libertad. En esta, el poder no es una sustancia coherente y estable que pueda estudiarse a partir de un principio universal, sino un campo complejo de convulsión en el que se entrelazan prácticas, saberes e instituciones; más que una sustancia unitaria, el poder es una práctica y una red que tiene lugar en diferentes niveles de la sociedad y ámbitos de la existencia. Allí, donde un metafísico pregunta *qué es el poder*, a Foucault le interesa *cómo funcionan las relaciones de poder*: “si el poder se ejerce, ¿qué es ese ejercicio? ¿En qué consiste? ¿Cuál es su mecánica?” (Foucault, 2001, p.28).

Quizás por lo anterior, en su obra el derecho se encuentre en un lugar ambiguo. En un primer momento podemos situarlo en la década de los setenta, en trabajos como *La verdad y las formas jurídicas* (conferencia de 1973), el francés estudia genealógicamente el derecho, es decir, enfocándose en la emergencia de una serie de formas jurídicas en que se disputa y fabrica la verdad a partir de relaciones y necesidades estratégicas de poder. Así, el derecho y sus formas de decir verdad se configuran como un escenario en que las relaciones económicas y políticas entran en un juego conflictivo y producen al sujeto de conocimiento y su relación con la verdad. Aquí, las formas jurídicas son ficciones o instrumentos que ocultan una realidad de dominación. Posteriormente, en el volumen 1 de *Historia de la Sexualidad: la voluntad de saber* de 1976, Foucault

hará una caracterización de las formas jurídicas del poder como dominación, en otras palabras, como un ejercicio del poder que implica una relación asimétrica de completa disposición del otro que, no importa el ámbito en que se ejerza, este procede siempre bajo la forma de la obediencia. Hay una *unidad en los dispositivos de poder que actúa en la forma de dominio* y que le corresponde, en consecuencia, la “forma general de la sumisión” (Foucault, 1998, p. 51). En ese sentido, en este período del pensamiento *foucaultiano* el derecho es una forma ficcional y un ejercicio del poder como sujeción.

En un segundo momento, cuando el autor se enfoca en el problema de la gubernamentalidad, se produce un desplazamiento: el poder ya no se inscribe solo en la forma de la dominación sino también de la resistencia, en una apertura que permite relacionar los juegos del poder con los de la libertad. Como veíamos, la reducción del ejercicio del poder y del derecho a una forma general de dominación era una limitación a las posibilidades para pensar el ejercicio de un contra-poder. Ahora el problema principal no es el poder: “Desde el momento en que hay una relación de poder, hay una posibilidad de resistencia. Jamás caemos en la trampa del poder: su influjo siempre puede modificarse, en condiciones determinadas y de acuerdo con una estrategia precisa” (citado por Fontana & Bertani, 2001, p.250). Foucault tiene claro que no es posible deshacerse de las relaciones de poder, pues estas están en permanente movimiento y permean la vida individual y social; el punto está, en cambio, en construir las condiciones y estrategias para una resistencia que implique el establecimiento de relaciones de poder en términos de libertad. Desde esta perspectiva, se vislumbra la posible materialización de estrategias de libertad a través de formas jurídicas como un ejercicio del poder sin dominación.¹³ En ese sentido, el presente ensayo es un intento por pensar esta relación ambigua entre poder, derecho y libertad a partir de la problemática de los dispositivos y la experiencia convulsa del derecho a la CPLI en Colombia.

2.2. El énfasis en los usos del derecho frente a la convulsión social

El trabajo de Foucault supuso también una transformación en el modo de pensar el poder en relación con la economía, pues lo entiende como un campo material de producción en continua relación con ésta. En concreto, este altera las versiones fuertes del materialismo histórico dominadas por la metáfora de la infraestructura

13 Frente a la crisis actual del neoliberalismo, algunos autores han intentado perseguir los vínculos entre poder y libertad en Foucault entrelazando productivamente los dos períodos mencionados. Desde una perspectiva europea, Marco Díaz Marsá ofrece una lectura del francés que sitúa al derecho como una práctica de libertad que ejerce un *límite real al poder* (Díaz Marsá, 2017). Y desde una perspectiva plebeya —tanto europea como latinoamericana— Luciana Cadahia se pregunta por caminos no unilaterales donde se vislumbran usos alternativos del derecho y las instituciones en los “dispositivos estético-políticos” y el “populismo republicano” (Cadahia, 2013, 2017, 2018). Los trabajos de Cadahia y el apoyo que me ha brindado han sido decisivos para darle curso a mis preguntas sobre el derecho, los dispositivos y, sobre todo, la tarea actual de la filosofía en América Latina.

y la superestructura de la sociedad, derivadas de una lectura cerrada del prólogo a la *Contribución de la crítica de la economía política* de Marx¹⁴. Según esta, hay un dominio conformado por las fuerzas materiales y las relaciones de producción que determina, y sobre el cual se erigen, las formas de conciencia como el derecho y la política. En cambio, Foucault intenta “aplanar” esta descripción topológica para estudiar la producción como un espacio conformado por lo económico y lo político. El ejercicio del poder funciona en el mismo nivel de las instancias económicas, pues se trata de dos dimensiones que se entrelazan y trabajan mutuamente en la producción¹⁵ social de la existencia.

Este aplanamiento tiene consecuencias en las discusiones que se han dado alrededor de la pregunta por la emancipación en el derecho. En el caso de la tradición de realismo jurídico estadounidense el asunto ha girado en torno a una pregunta fundamental: ¿cuál es la relación del derecho con la sociedad? Como se observa, para esta línea de investigación lo jurídico no se aborda a la manera del metafísico sino en clave relacional: este tiene una relación con algo “otro” que es la sociedad. A partir de lo anterior, el poder emancipador del derecho depende de su grado de autonomía frente al cuerpo social (Tomlins, 2007), de manera que la pregunta por la libertad se formularía así: ¿qué tan autónomo es el derecho con respecto a la sociedad y cuál es la capacidad que tiene para actuar sobre ella y transformarla? Pues bien, por un lado, el movimiento conocido como *Law and Society*¹⁶ ha defendido la teoría del derecho como un reflejo de las relaciones sociales que cumple funciones instrumentales para cubrir ciertas necesidades dentro de la sociedad, es decir, determinadas completamente por ésta a través del tiempo; y por otra parte, la corriente *Critical Legal Studies*¹⁷ ha considerado, en cambio, que el derecho ostenta una autonomía relativa y que no tiene exclusivamente un rol pasivo o determinado por la base económica sino que es activo con respecto a la producción de realidad. Para este segundo grupo de académicos, el derecho es un escenario político (1) donde entran en pugna intereses antagónicos y (2) que cuenta con cierta capacidad de acción frente a otras dimensiones de la vida social, como por ejemplo, (3) la formación de la conciencia jurídica en una comunidad de abogados y la forma en que sus reglas discursivas inciden en la decisión sobre casos difíciles (González Jácome, 2017).

14 El marxismo ortodoxo leyó a Marx a pesar de que éste hubiera formulado la metáfora no como algo absoluto sino como el “hilo conductor” de su investigación.

15 Un ejemplo de esto son las instituciones del poder disciplinario que producen sujetos dóciles y útiles a la vez, es decir, individuos cuya fuerza de trabajo es necesaria para el engranaje económico capitalista. Vista así, la dimensión política no es reproducción ideológica de la base económica sino producción material.

16 Entre sus miembros están Lawrence Friedman, David Trubek y Frank Remington.

17 Se destacan Morton Horowitz, Robert Gordon y Duncan Kennedy.

Aunque en la postura del *Critical Legal Studies* exista cierta cercanía con nuestra cuestión, si retomamos la senda abierta por Foucault, la centralidad del problema está en el campo de fuerzas en que se mueve el derecho y no en establecer si su relación con la sociedad es de autonomía o reflejo, de dinámica interna o determinación externa. En otras palabras, el hilo de la investigación estaría en las operaciones prácticas que realiza el derecho como dispositivo en el problema de la gubernamentalidad, y no en su lugar frente a la sociedad como si esta fuera “otra” dimensión con respecto a lo jurídico. Si tomamos al poder como un campo de fuerzas que discurre en los diferentes niveles del entramado social, y si el derecho es una de esas formas en que esto tiene lugar y en que el poder muestra su productividad, entonces, la pregunta sobre la relación externa entre derecho y sociedad se hace inoperante para nuestro examen, pues no tiene sentido tomarlos por separado.

Lo anterior nos lleva a preguntar por la dimensión creativa o productora de realidades del derecho a partir de los posibles usos y estrategias que ofrecen los dispositivos jurídicos frente a los problemas políticos de la actualidad. La experiencia latinoamericana del derecho y las instituciones nos enseña que estos se pueden articular tanto en las luchas de los movimientos sociales que reivindican la libre determinación sobre sus territorios, como en las estrategias de sujeción de sus adversarios. Dicho esto, procuro continuar esta línea de investigación aportando una mirada desde la filosofía política contemporánea al campo tenso y problemático de la experiencia de lo jurídico en el contexto de los dispositivos en la crisis del neoliberalismo actual.

3. Neoliberalismo y precariedad

Las consecuencias de la neoliberalización han significado la “acentuación de las desigualdades preexistentes y la emergencia de nuevas brechas políticas, económicas y culturales. (...) Un nuevo escenario caracterizado por la *gran asimetría de fuerzas*” (Svampa, 2008, p.76). Podemos dividir sus resultados en dos momentos, que se entrecruzan y no se excluyen entre sí. Con el primero, a finales de la década de 1970, se configuraron reformas que implementaron las características generales de la neoliberalización que conocemos hoy: intervención del Estado para desregular los mercados y financiar cada vez más la economía, sometimiento de la población a esquemas de deuda permanentes, privatización de servicios públicos, medidas de austeridad, reformas de flexibilización laboral, entre otras (Harvey, 2005) (Lazzarato, 2011) (Laval & Dardot, 2013) (Brown, 2015). Una vez dada esta irrupción inicial, comenzó con fuerza la segunda oleada, dominada por el modelo extractivo-exportador (Svampa, 2008). No es objeto de este artículo desarrollar las consecuencias de la neoliberalización. Me centraré en los puntos más significativos alrededor de la CPLI y el derecho a la libre determinación.

Paradójicamente, paralelo a los derechos culturales y colectivos conquistados principalmente por los movimientos indígenas a partir de la década de 1990, expresados en instrumentos internacionales y en la serie de reformas constitucionales latinoamericanas, la neoliberalización “posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, dando lugar a nuevas formas de despojo territorial” (Yrigoyen, 2011, p.143). La forma de violencia denunciada por Yrigoyen está marcada por la construcción de dos nociones del territorio medidas en términos neoliberales. El “territorio eficiente”, generador de PIB e inserto ya en las dinámicas occidentales de la producción, *versus* el “territorio ineficiente”, “vacío” o “desierto”, habitado por pueblos atrasados e incivilizados, que debía ser incluido en la producción civilizada (Svampa, 2008). Geográficamente, los proyectos extractivos se han realizado en zonas aisladas, no solo porque allí se encuentran las mayores riquezas naturales, sino porque sus condiciones de pobreza y baja densidad demográfica permiten sustentar la idea del desierto donde se “puede” y “debe” intervenir.

En esta apuesta por el desarrollo en que la economía global tiene una alta demanda de materias primas, la industria extractiva se ha radicalizado en una competencia desmedida por los recursos naturales, que implica la búsqueda de nuevos territorios por explotar (Rodríguez, 2012). Pero estos territorios no están vacíos, no son desiertos, no son nuevos. En efecto, esta búsqueda irrumpe en lugares donde no operan las mismas narrativas sobre el desarrollo. De manera que, tiempo después de la colonización europea del Nuevo Mundo, y ahora bajo la globalización neoliberal, los pueblos indígenas, afrodescendientes, gitanos y campesinos, enfrentan amenazas renovadas a su territorialidad y proyectos de vida comunitarios por la llegada de los grandes proyectos¹⁸. Este es el lugar de la CPLI.

Ahora pensemos en la expresión “locomotoras del desarrollo”. La temporalidad del desarrollo es también la de una máquina que transcurre en clave de progreso, sin considerar mejor el trayecto porque considera que solo hay uno. Además, sus planes son intensos y a corto plazo. El “auge de los recursos no va a durar para siempre y, por consiguiente, según sus promotores, hay que aprovecharlo al máximo en el menor lapso” (Santos, 2014, p.73). Con todo, el afán y brillo del desarrollo la hacen ciega frente a las consecuencias ambientales y culturales que vendrán: “el brillo del corto plazo cubre las sombras del largo plazo” (Santos, 2014, p.73). Este modelo de desarrollo destruye el ambiente, impacta culturalmente y desplaza,

18 La neoliberalización territorial prende alarmas sobre el posconflicto en Colombia. Un sector de la sociedad considera que la consolidación de la paz debe darse en los términos de la neoliberalización. De esta forma, las condiciones de abandono y violencia sufridas en el campo colombiano serían sustituidas por procesos político-económicos dominados por la explotación de recursos naturales diseñada desde el centro y no los territorios. En ese sentido, el pulso por participar en la definición de qué es desarrollo es uno de los principales retos de la transición, y la CPLI juega un papel decisivo en ello. Para una lectura de la transición y los recursos naturales: (García Arboleda, 2015).

transforma y/o extermina la vida de los pueblos con otras territorialidades. Esto se traduce en que tiende a desligar formas de vida cuyo proyecto vital protege el equilibrio de la naturaleza con el hombre en un lazo espiritual y material.

Pero no es solo la explotación de recursos naturales; el turismo (Ojeda, 2012), la infraestructura, la flexibilización laboral, los tratados de libre comercio, la militarización de los territorios y la criminalización de la protesta (Borón, 2014), son espacios políticos donde también se disputa el desarrollo y se libran las consecuencias de la neoliberalización. Nos han dicho que son excepciones, casos aislados, pero hoy vemos que son la regla (Lorey, 2016) en la configuración material del poder en la posmodernidad. “Las ‘excepciones actuales’ —los sin techo, los que viven en guetos, los desocupados permanentes— son el síntoma del sistema universal del capitalismo tardío; constituyen una evidencia permanente, en aumento, que nos recuerda cómo funciona la lógica inmanente del capitalismo tardío” (Zizek, 1998, p.177).

Hay una proliferación de las consecuencias de la neoliberalización. El neoliberalismo es un gran movimiento económico y político cuyo producto es la *precariedad* en diferentes niveles y escenarios. Para los propósitos de este texto, y sin abordar las discusiones de largo aliento que algunos autores han hecho sobre el asunto (Butler, 2004, 2010) (Standing, 2011), es posible definir la precariedad como la ausencia efectiva de derechos y de condiciones mínimas para vivir dignamente. Se trata una manera de vivir predominante en los países del Sur Global, asociada al desarrollo del capitalismo neoliberal según la cual se carece permanentemente de un trabajo formal y de un ingreso estable que permita satisfacer las necesidades básicas de supervivencia (Kasmir, 2018). Es el drama que atraviesa “una clase que está excluida de los beneficios de la sociedad civil, una clase que está privada de los beneficios de los derechos humanos elementales” (Zizek, 1998, p.177).

Pero además de consecuencia, la precariedad hace parte de su estrategia, pues lo integra perfectamente. Se trata de la producción de sujetos dóciles, subjetividades precarias sobre las cuales el poder actúa hasta lo más profundo de la vida social: es un “instrumento de gobierno... al servicio de la regulación y el control social” (Lorey, 2016, p.17). Son individuos que se rebuscan permanentemente la vida para mantenerse a flote y, gracias a esto, los *dispositivos* neoliberales la regulan allí completamente: “mediante la precarización, somos gobernados y seguimos siendo gobernables” (Lorey, 2016, p.18). Sin un fondo de precariedad no serían posibles las promesas de desarrollo que se dan con cada CPLI.

Este contexto de neoliberalismo y precariedad nos permite situar las disputas sobre la CPLI en la arena del derecho, y observar en qué sentido las discusiones puramente jurídicas expresan la materialidad del poder y, al tiempo, comprender por qué las respuestas jurídico-formales al problema son incapaces de asumir la encrucijada neoliberal.

4. Dos usos y significados del derecho a la consulta previa, libre e informada

4.1. Desarrollo y consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La Corte Constitucional colombiana ha desplegado una línea jurisprudencial sobre la tensión existente entre dos bienes protegidos por la Constitución: el “interés general”, que expresa la noción de desarrollo mayoritaria, y los derechos fundamentales de los pueblos étnicamente diferenciados, abriendo un camino para aliviarla.

El problema jurídico que ha guiado esta serie de decisiones ha sido si, bajo la normatividad nacional e internacional, uno de los dos intereses debe prevalecer o no sobre el otro, pero la pregunta decisiva versa sobre la disputa política por el desarrollo. Concretamente, por la manera en que diversas formas de vida lo conciben, y por la lucha de los pueblos étnicamente diferenciados siendo incluidos dentro del mismo, o respetados fuera de él, teniendo en cuenta sus perspectivas culturales y de territorio. En efecto, afirmar que se trata de una *tensión entre distintas formas de desarrollo*¹⁹ ha sido la formulación más contundente de este órgano judicial²⁰.

En la sentencia T-129 del 2011²¹, la Corte realizó una interpretación según la cual, para que los proyectos de desarrollo sean viables, es preciso respetar los límites culturales y ambientales que prevé la Constitución, dentro de los cuales se encuentra el respeto a la CPLI con todas sus garantías. De esta forma, se construye un concepto de desarrollo cultural y ambientalmente sostenible, que se traduce en que no hay una tensión excluyente entre derechos fundamentales e interés general, sino una suerte de equilibrio entre tres elementos: la protección de la *cultura* y el *ambiente* hacen parte del *interés general*, pues su protección implica garantizar derechos de todos los colombianos. Decir desarrollo e interés general es decir medio ambiente y cultura.

Para el Tribunal, las distintas formas de vida no pueden excluirse en la construcción de la noción de desarrollo, para lo cual la CPLI es el escenario para el reconocimiento del otro. No «se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de

19 Corte Constitucional. Sentencia T-129/2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

20 Podría decirse que una forma para medir el grado de “radicalidad” de las demandas de los movimientos sociales y la respectiva respuesta institucional está en tres niveles: la aceptación del desarrollo dominante bajo negociaciones económicas; la formulación de formas de desarrollo alternativas; o, de manera más contundente, alternativas al desarrollo (Archila, 2015, p. 145).

21 Caso del resguardo Chidima-Tolo y Pescadito de los indígenas Embera Katío del municipio de Acandí, Chocó, que interpusieron una acción de tutela para proteger sus derechos a la vida, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, a la CPLI y a no ser desplazados por cuatro amenazas que se extendían por su territorio. La construcción de una carretera que atraviesa el resguardo, el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, concesiones mineras, y la invasión y fragmentación del mismo.

infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos» (Corte Constitucional, Sentencia T-129/2011)²².

Ahora, para establecer qué es desarrollo en cada caso de CPLI, la Corte estableció que es necesario evitar criterios occidentales, como la cuantificación de las utilidades, y tener en consideración asuntos cualitativos que se adecúen a la situación de cada proyecto y pueblo consultado. Así, a través de la CPLI se establecería un escenario conciliador de *diálogo intercultural igualitario*.

Sin embargo, no siempre habrá lugar para puntos intermedios entre las concepciones sobre el desarrollo. Hay casos en los que las afectaciones directas del proyecto consultado son tan graves que el estándar se eleva al *consentimiento*. En los eventos en que las afectaciones son más extremas, se deben ponderar los intereses involucrados, dice el Tribunal, de manera que los pueblos consultados puedan decidirse por la alternativa menos lesiva o modificar el proyecto. De todas formas, cuando todas las opciones sean radicales en términos de exterminio, deben prevalecer los derechos de los pueblos étnicamente diferenciados sobre el proyecto, es decir, manifestar su *consentimiento* y no una simple consulta.

Visto así, para la Corte, el desarrollo es un escenario bajo permanente disputa y tensión que, en la CPLI, debe definirse caso a caso a través del diálogo intercultural entre formas de vida diferentes que se reconocen como iguales.

La complejidad del contexto neoliberal sobre el uso y significado de los derechos nos muestra que los abordajes *monodisciplinarios* y formalistas del problema que cierran la discusión porque “el derecho ya ha hablado”, además de correr el riesgo de ser una instancia ideológica de reproducción del modo de producción capitalista que juega a la despolitización, son insuficientes tanto para comprender la cuestión como para ofrecer vías alternas de potencia emancipadora.

En la práctica no es común el seguimiento del razonamiento jurídico adoptado por la Corte. La regla general, por el contrario, es la de un encuentro asimétrico en el que la CPLI es entendida como un factor paralizador del desarrollo. Cuando en la materialidad de las relaciones de poder predomina la concepción dominante, se atenta contra los derechos fundamentales y la posibilidad de pervivir física y culturalmente de otras formas de vida. Se ejerce un dominio, en suma, a favor de la homogeneización y control de la vida. En estos eventos, comunes en el territorio, la tensión alrededor del desarrollo revive aquella que la Corte intentaba superar, a saber, entre los derechos fundamentales y el desarrollo entendido como interés general. Veamos.

22 Esta posición también ha sido planteada en otras sentencias como en la del caso del resguardo indígena de Cristianía: Corte Constitucional, Sentencia T-428/1992).

4.2. La concepción neoliberal: obstáculo para el desarrollo o la fórmula del *sí, pero*

Para los exponentes de la neoliberalización en Colombia, una versión fuerte de la CPLI en clave de libre determinación riñe con su noción de desarrollo, que consideran de interés general. Desde esta perspectiva, si la formulación y ejecución de un proyecto requiere de varias etapas económicas y legales, la CPLI viene a ser una de aquellas instancias, la más política, demorada y sujeta a debate de todas.

El Estado colombiano, asumió la reglamentación de la CPLI, adoptando esta visión procedimental y de obstáculo (Arboleda, 2015), como un problema que debía resolverse para favorecer los intereses empresariales. La solución ha sido la de un procedimiento a seguir, con pasos cortos y rápidos, de tal forma que cuando un inversionista requiera consultar un proyecto, baste con seguir una lista de requisitos con los que pueda *negociar* la compensación de los impactos con las comunidades, sin mayores traumatismos para su proyecto económico²³.

Esta situación ha convertido a la CPLI en un *check list*: una serie de requisitos que deben cumplirse. Dicha noción provoca que el derecho adquiera la temporalidad y economía del progreso: si de lo que se trata es de realizar un proyecto de desarrollo, la CPLI debe ser un trámite que ocupe la menor cantidad de recursos posibles. Entonces, con la modalidad del chequeo sin debate, su ritmo se torna vertiginoso y sienta un contraste frente a la temporalidad de las comunidades que tradicionalmente habitan los territorios en disputa, como los pueblos indígenas²⁴. Esta velocidad no da tiempo para pensar temas cruciales y complejos para la vida de una comunidad, teniendo en cuenta que se socializan asuntos técnicos, largos y de grandes impactos, cuya comprensión no es pacífica para personas con las que no se comparten los mismos saberes, lenguaje y cultura. Esta situación favorece la toma de decisiones *express*, sin espacios de reflexión internos y autónomos de las comunidades²⁵.

Sí, pero. Entre empresarios y servidores públicos, esta es una expresión que se repite. En palabras siempre políticamente correctas, la CPLI nunca es planteada como algo negativo: se dice que es un derecho que debe ser respetado, sin embargo, su uso ha sido abusivo y llevado al extremo, convirtiéndose en un mecanismo paralizador del progreso. Esto me permite sostener que para los exponentes

23 Ruta metodológica del gobierno: Ministerio del Interior. Dirección de Consulta Previa. Recuperado el 1 de octubre de 2017. En http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf

24 Como escribe César Rodríguez, es el “reemplazo de las discusiones sustantivas por los debates procesales. Las controversias sobre los plazos, las certificaciones y el cronograma de reuniones tienden a soslayar los conflictos sobre la tierra, los recursos y la autodeterminación que están en el fondo de las consultas” (Rodríguez, 2012, p. 23).

25 Para un estudio sobre la experiencia de la consulta previa en el contexto del extractivismo en la Guajira y la lucha por una *consulta autónoma*: (Archila, 2015).

del neoliberalismo, el respeto de la CPLI y sus titulares está supeditado a una interpretación débil que no ponga en cuestión, desde el territorio, las nociones dominantes sobre el desarrollo.

Detrás de estas formulaciones estratégicas, se esconde un único modelo de desarrollo viable, que nunca es problematizado, siempre atento a una nueva astucia para salvaguardarse de los tropiezos étnicos y democráticos. En definitiva, el problema de la CPLI como un obstáculo y un trámite, radica en que ésta se vacía de su contenido político alrededor del derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que significa la ausencia de un cuestionamiento real del desarrollo y una distancia abismal frente a la noción de diálogo entre iguales y desarrollo de la Corte Constitucional.

4.2.1. La consulta previa en tiempos de multiculturalismo neoliberal

Según se anticipaba en el capítulo introductorio, el derecho ha sido el lenguaje común de dos proyectos en pugna. En las reformas constitucionales de América Latina de la década de 1990 en adelante, se introdujeron avances relativos a la cuestión étnica que, en menor o mayor medida, buscaban eliminar las relaciones coloniales preexistentes²⁶. Pero, al mismo tiempo, como en un mismo movimiento, las constituciones integraron unos artículos, antes o después, como normas de neoliberalización (Yrigoyen, 2011). Este ha sido el caso de la Constitución colombiana de 1991. Es un constitucionalismo de tensión, lo que Roberto Gargarella (2014) reviste con el nombre de *constituciones de mezcla*: “Constituciones que asumen compromisos morales, políticos y/o jurídicos contradictorios, radicalizando sus tensiones internas” (p.141). Este cruce de caminos ha tenido consecuencias desfavorables, como el auge en la extracción de recursos naturales y su incidencia en dinámicas territoriales de despojo (Yrigoyen, 2011). Todo ello, bajo el manto del derecho.

Pero, ¿estaremos frente a una paradoja? Si observamos estos dos procesos más allá de sus contradicciones y nos enfocamos en el funcionamiento de cara amable de la neoliberalización, encontramos que se trata, más bien, de elementos que convergen en un mismo paquete de políticas (Hale, 2002).

El espacio político ganado por los movimientos sociales de finales del siglo XX, generó el riesgo de pensar inocentemente, que las asimetrías habían terminado y que el capitalismo había hecho sus correctivos, que venía el fin de la historia, la era total de los derechos humanos. Los derechos conquistados no se aceptaron a cualquier precio: lo que siguió fue “la neutralización de los nuevos derechos conquis-

26 Para una revisión de los desarrollos constitucionales latinoamericanos sobre la cuestión multicultural, ver: (Sieder, 2002), (Stavenhagen, 2006), (Bonilla, 2006), (Clavero, 2008), (Yrigoyen, 2011).

tados” (Yrigoyen, 2011, p.143). Desde entonces, se ha desplegado una estrategia de neutralización de triunfos democráticos aceptando su reconocimiento formal pero limitando sus alcances efectivos. Multiculturalismo sin interferencias: *sí, pero*.

Según las investigaciones sobre derechos culturales y gobernanza en América Central, del antropólogo Chales Hale, esta neutralización se produjo a través del fenómeno del *multiculturalismo neoliberal*, que refiere a la estrecha relación existente entre el auge de los derechos colectivos y la neoliberalización (Hale, 2005). Podríamos leerlos únicamente como fenómenos contradictorios, pero estos también se han integrado dentro de la tendencia de despolitización de los derechos. El giro multicultural es parte integral de la ideología neoliberal (Hale, 2005), es la lógica cultural de la era actual del capitalismo transnacional (Zizek, 1998). En una clara ejecución de la fórmula del *sí, pero*, el *multiculturalismo neoliberal* acepta al otro, al diferente, en la medida en que no implique un riesgo para el proyecto político dominante y, sobre todo, para el funcionamiento del modo de producción capitalista. La aceptación se somete a que la neoliberalización siga su ritmo de acero y se configure como el marco incuestionable dentro del cual, ahí sí, se respetarían los diferentes estilos de vida (Zizek, 1998), neutralizando en este caso la politización de los conflictos sobre el territorio (Archila, 2015).

Es el problema de la tolerancia liberal. “Cualquier cuestionamiento a fondo de la sociedad liberal que lo tolera, ya no será tolerado” (Castro-Gómez, 2014, p.14). De ahí que Zizek observe una nueva forma de racismo políticamente correcto — que se niega y no es explícito o directo—, ya que “respeta” al otro siempre que se mantengan las distancias, y mantenga su lugar como diferente despolitizado (Zizek, 1998). El respeto por el otro está supeditado a la pérdida de lo que lo constituye realmente como otro, a la privación de su sustancia. Y así, vemos que los exponentes del neoliberalismo se molestan y orquestan estrategias en contra de un “otro real”, que verdaderamente los cuestiona y se niega a aceptar el estado actual de las relaciones económicas (Zizek, 1998), las consecuencias y el funcionamiento de la neoliberalización.

Observada la tensión de la CPLI y su captura por el multiculturalismo neoliberal, en el siguiente apartado intentaré perseguir la siguiente pregunta: ¿cómo funciona esta neutralización del derecho? ¿Cuál es la estructura política por la cual se hace posible el vaciamiento de los derechos como la CPLI en tiempos neoliberales?

5. Politización y despolitización: la estructura política de la guerra civil

Nos encontramos entonces, ante el *vaciamiento del contenido político de las herramientas jurídicas*. Este desplazamiento hacia lo económico y procedimental, observado en la CPLI, aplaza o reduce los disensos más importantes, dejando intactas

las relaciones económicas y de poder (Rodríguez, 2012). Asimismo, contribuye a la formación neoliberal del *sentido común*, en el entendido en que nos somete a naturalizar la siguiente creencia: que el conflicto fue disuelto o que nunca existió, porque siempre se trató de una cuestión de compensación económica, que se resolvía en el curso de un procedimiento con normas claras, rápido y expedito. El problema merece ahora una mirada al tránsito político hacia la despolitización, así como a las posibilidades para recuperar lo perdido o abrir nuevos caminos.

Stasis es el término con que los griegos designaban la guerra civil, pero también al acto de levantarse, de ponerse sobre los pies. Dentro del proyecto *Homo Sacer* en que Agamben indaga por la estructura originaria del poder soberano en Occidente, se pregunta por la guerra civil como paradigma político, que para los filósofos e historiadores de la Grecia clásica era un escenario propio y deseable de la vida política. Partiendo y tomando distancia de Nicole Louraux, Agamben señala que el lugar propio de esta figura es la relación entre la casa (*oikos*) y la ciudad (*polis*), entre el lugar donde habita la *zoé* –la vida que designa el simple hecho de vivir– y *bios* –la vida cualificada en comunidad–, que encarna la pregunta fundamental sobre cómo vivir, sobre la forma de vida²⁷.

Para el autor, la guerra civil “constituye un umbral de indiferencia entre *oikos* y *polis* (...) confunde, en un doble desplazamiento, lo que pertenece al *oikos* y lo que es propiamente de la *polis*, lo íntimo y lo ajeno²⁸” (Agamben, 2015, p.15). La *stasis* griega tiene su lugar entre dos lugares, constituyéndose como una zona de indiferencia entre un espacio impolítico y uno político, de tal manera que lo que pertenece al primero se politiza al cruzar el *umbral*, y lo que pertenece al segundo se despolitiza al hacer lo mismo. De ahí que Agamben parezca sostener que el término clave para entender la política y su dinámica es el *umbral*, el espacio donde habita la tensión y la convulsión social.

Solo hay política donde hay conflicto. Sin éste no hablaríamos propiamente de política sino de un escenario despolitizado: una *oikonomía* donde, como en un hogar o industria, la administración y tratamiento de los problemas son diferentes a los del espacio común de la comunidad. ¿Se puede acaso resolver los asuntos políticos de la *polis* de la misma forma que se resuelven los de una casa, y vice-

27 Estas relaciones entre *zoé* y *bios*, *oikos* y *polis* habían sido estudiadas por nuestro autor en el primer volumen de *Homo Sacer*. Allí se proponía entre otras cosas problematizar; a través de la estructura del estado de excepción, la idea de que la ciudad es una superación de la casa. Aunque para los griegos la vida en cuanto simple hecho de vivir debía ser excluida de la ciudad y relegada a la casa, y a la vida buena le correspondía la ciudad, esta exclusión operaba al mismo tiempo como una inclusión. Al igual que el soberano, que para preservar el orden jurídico suspende el derecho aplicando la figura jurídica del estado de excepción, manteniendo a lo excluido en una suspensión, aplicando la ley al desaplicarla, *oikos* y *zoé* estarían incluidas en la *polis* y *bios* a través de su exclusión. Lo que opera es “una exclusión inclusiva (una *exceptio*) de la *zoé* en la *polis*, como si la política fuera el lugar en que el vivir debe transformarse en vivir bien, y fuera la nuda vida lo que siempre debe ser politizado” (Agamben, *Homo Sacer I*, 1998, p.17).

28 Traducción propia.

versa? Desde esta perspectiva, la política es un “campo de fuerzas cuyos extremos son el *oikos* y la *polis*: entre ellos, la guerra civil marca el *umbral* a través del cual lo impolítico se politiza y lo político se economiza” (Agamben, 2015, p.22). Por eso, en la despolitización de lo político nos corresponde la tarea de hacer claridad sobre el problema, sobre la estructura que opera detrás del truco economizador, pues solo de esta manera, manteniendo la tensión, es posible invertir el rumbo hacia una politización. Si en un contexto despolitizado como el que atraviesa la CPLI en tiempos de neoliberalización, alejamos la mirada del *umbral*, el camino de regreso a la política parecerá cada vez más lejano.

Siguiendo el examen de Agamben podemos decir, además, que el desplazamiento de la despolitización es propiamente un ejercicio del poder, una manera de gobierno. El hecho de que el tránsito por el umbral hacia la *oikonomía* nos aleje de la *polis* no significa que este paso no sea parte de la política pues, por el contrario, es una forma de economizar profundamente la vida: la despolitización es ella misma un ejercicio del poder. Abordo este asunto en el siguiente apartado.

6. El dispositivo de la consulta previa y su profanación

A continuación, intento seguir brevemente la construcción que hace Agamben del dispositivo, para argumentar posteriormente que en tiempos de multiculturalismo neoliberal la consulta previa es un mecanismo que ha transitado por el umbral de la despolitización ya mencionada.

6.1. El dispositivo en la obra de Giorgio Agamben

En una primera genealogía, este filósofo nos sitúa en el papel que el término cumple en la obra de Michel Foucault. La tesis de Agamben es que en Foucault, la noción de dispositivo es una herencia del término de positividad del joven Hegel por intermedio de los trabajos de su maestro Hyppoplite. Para el alemán, la religión positiva²⁹ establece una relación de mando y obediencia que no solo se da en los rituales como una fuerza exterior, sino también desde el interior del creyente, en la medida en que este interioriza los mandatos religiosos y se somete a ellos sin coerción manifiesta. Según esto, *positividad* es el elemento histórico con que Hegel se ocupa de los procesos con que el poder externo —las reglas, los ritos, las instituciones— se le impone a los individuos mediante formas en que estos lo internalizan en sus creencias y sentimientos. Para Agamben entonces, Foucault

29 Hegel diferenciaba entre una religión natural y una positiva. En palabras de Agamben, la primera es “la relación inmediata y general de la razón humana con lo divino”, y la segunda, las reglas y rituales que se le imponen a los individuos desde afuera, en un momento histórico (Agamben, 2014, p.10).

usaría primero el término positividad —en los años sesenta— y luego de dispositivo —en los setenta—, para referirse a una red de elementos heterogéneos (discursos, instituciones, leyes, en suma: lo dicho y lo no dicho), que se inscribe, como saber/poder, dentro de las relaciones de fuerza y los procesos de subjetivación, con el fin de cumplir una función estratégica en un contexto determinado.

La segunda es una genealogía teológica que termina por articularse con la filosofía de Heidegger y el sentido propuesto por Foucault. Agamben parte de una pregunta concreta: “¿qué estrategia práctica o de pensamiento, en qué contexto histórico se originó el término moderno?” (Agamben, 2014, p.13).

El “sentido doméstico originario” de la *oikonomía* nos habla de una *praxis* de gestión que persigue la función estratégica de organizar la casa, lo que implica enfrentar problemas específicos del orden de la casa y resolverlos tomando ciertas decisiones, disponiendo de las cosas (Agamben, 2008). Posteriormente, el término se introduce en los debates de los primeros Padres de la Iglesia y se genera “desplazamiento de su denotación hacia el ámbito teológico” (Agamben, 2008, p. 47-48) que funda una historia de expansión en la que el término comienza a usarse en los lugares más diversos, manteniendo siempre el sentido práctico y doméstico original. Producto de ello, en nuestros días, la *oikonomía* —economía diríamos hoy— es la actividad que despliega un orden en la casa, como también en las empresas y en los territorios.

Más adelante, con la consolidación del cristianismo como religión monoteísta, el término es decisivo en los debates teológicos del siglo II sobre el problema, al tiempo ontológico y práctico, de la Trinidad. Los padres cristianos se valen de la palabra griega para resolver un asunto que los preocupa y pone a prueba: una caída en el politeísmo y paganismo. ¿Si Dios es uno, cómo conciliar que un Dios sea a la vez Padre, Hijo y Espíritu Santo sin que esto suponga una triplicación de su ser? Frente a ello, “el concepto de *oikonomía* es el operador estratégico” que permite conciliar la idea “de la Trinidad con la unidad divina” (Agamben, 2008, p.72): Dios es uno en cuanto a su ser, pero en el ámbito de su *oikonomía*, de su obrar sobre el mundo, es trino. Así, *oikonomía* es la actividad ordenadora que nos remite a un Dios unitario en su ser y trino en su actuar, que dispone a su vez del mundo que ha creado. Y la palabra latina con que se traduce el término griego es, en efecto, *dispositio*.

Con los elementos tomados de Foucault y los padres cristianos, se completa la reconstrucción del dispositivo con *gestell*, palabra alemana que, según Agamben, guarda una familiaridad etimológica con dispositivo, y con la que Heidegger examina la era moderna. Para éste, estamos marcados por el protagonismo de la técnica, cuya esencia es una forma de ordenación total del mundo. En un tono peyorativo que luego hereda Agamben, Heidegger sostiene que la era actual está

atravesada por la completa ordenabilidad de lo presente, un disponer de las cosas y hombres como si fueran recursos (Agamben, 2008).

Dicho esto, podemos afirmar que la *oikonomía* es el lazo común que une el dispositivo de los teólogos, de Foucault y de Heidegger. Es el conjunto heterogéneo de prácticas, saberes e instituciones, que tienen como objetivo ejercer una gestión o control sobre los hombres, en un sentido estratégico que se pretende útil (Agamben, 2014). Lo que en el plano de la Trinidad debía ser ordenado hacia la salvación, en el capitalismo se traduce en el gobierno integral y absoluto del mundo (Agamben, 2008). Para el italiano, entonces, dispositivo es cualquier cosa que tenga dicha capacidad de captura y gestión sobre los variados escenarios en los que se desenvuelve la vida de los hombres y tienen lugar procesos de subjetivación. Si dispositivo es cualquier red que captura y somete, el pronóstico de Agamben es desalentador: “parecería que hoy no hay un solo instante de la vida de los individuos que no esté modelado, contaminado o controlado por algún dispositivo” (Agamben, 2014, p.19). La marca de nuestro tiempo es la de una gran proliferación y diseminación de dispositivos y, en consecuencia, de procesos de subjetivación. La *oikonomización* de cada rincón de la vida, el ejercicio de poder como producción económica de lo viviente.

Retomando la guerra civil podemos afirmar que el tránsito por el umbral de la despolitización está mediado por dispositivos, aquellos artefactos que permiten la gestión total del mundo. Uno de ellos es precisamente la CPLI de la era neoliberal. En el siguiente apartado intentaré usar la categoría de dispositivo para comprender el funcionamiento actual de este derecho fundamental.

6.2. La consulta previa es un dispositivo

En medio del contexto de despolitización que atraviesan los derechos que integran la arena política, la CPLI de los exponentes del modelo neoliberal deviene en una herramienta jurídica funcional para la gestión del territorio. Como he venido defendiendo, la despolitización de este derecho ha conducido a su integración en la lógica neoliberal como dispositivo que contribuye a la imposición de una noción determinada de desarrollo en los territorios marginados. Asimismo, la despolitización no se predica solo del mecanismo jurídico sino también de los actores políticos que lo usan y, más relevante aún, de sus titulares. Los procesos de subjetivación que tienen lugar en el funcionamiento de los dispositivos operan también en la experiencia de la CPLI en Colombia, pues su vaciamiento viene acompañado de la construcción de sujetos dóciles (precarios) en cuyas demandas jurídicas no se cuestiona a fondo el proyecto consultado y predominan los asuntos meramente cualitativos y procedimentales. Se trata, en suma, de discusiones *express* en que los participantes son fáciles de direccionar. Similar a la positividad estudiada por el joven Hegel en los asuntos religiosos, la noción neoliberal de este derecho no se ha impuesto por la mediación física de la violencia. En cambio, en los rituales

jurídicos así como en el papel que han cumplido los medios de comunicación y las posturas oficiales del Gobierno Nacional, esta forma de la CPLI se ha implantado “pacíficamente”, en libertad y, sobretodo, a partir de la experiencia cotidiana de la precariedad.

Por motivos de espacio y concreción de este texto no es posible perseguir esta línea de la cuestión (a saber, el problema de las subjetividades e identidades étnicas), sin embargo, me interesa esbozar algunas preguntas que nos ofrece el problema y que podrían ser trabajadas en el futuro a partir de la biopolítica y la producción de subjetividad en la obra del filósofo francés. Frente a la relación entre neoliberalismo y precariedad, ¿qué procesos de subjetivación ocurren en las tensiones que rodean la aplicación de la CPLI? Si la despolitización de este derecho en su confluencia con la producción de precariedad producen a un sujeto dócil que no acude al derecho para cuestionar el desarrollo sino tan solo para negociarlo, ¿qué ocurre con la configuración del sujeto titular de la CPLI, esto es, del indígena, del afrodescendiente y del gitano? En otras palabras: ¿qué tipo de sujetos políticos se construyen alrededor de una CPLI politizada y de una despolitizada? ¿qué ocurre con su identidad étnica en estos procesos de subjetivación?, ¿cuál sería el indígena ideal para una consulta neoliberal?

Si como se decía en el apartado sobre *stasis*, la despolitización implica que las discusiones políticas sobre cómo vivir en la diferencia y qué se entiende por desarrollo en los territorios sean transferidas al espacio del cálculo económico y procedimental, nos encontramos en el escenario impolítico que evita el conflicto social alrededor de los derechos. Lo anterior conduce a que los dos proyectos políticos que inicialmente parecían encontrarse en pugna y en orillas opuestas —esto es, el proyecto neoliberal y el de los movimientos sociales que protegen su territorialidad a partir de la libre determinación— terminen por encontrarse para formar un mismo círculo: el del multiculturalismo neoliberal. La despolitización de los derechos hace que tanto los reclamos por la libre determinación como la CPLI con la que estos tienen lugar pierdan el impulso crítico para cuestionar al desarrollo y, por ende, no colisionen políticamente con el modelo neoliberal. En este movimiento de despolitización, dos fenómenos que en un escenario politizado podrían chocar y entablar relaciones *adversariales* de tensión, acaban por ser concurrentes y funcionar dentro de una misma estrategia de gestión en que operan los dispositivos.

En ese sentido, la CPLI de la fórmula del *sí, pero* es otro dispositivo de la gran proliferación que menciona Agamben. Como en cualquier dispositivo, la CPLI despolitizada adquiere una nueva función estratégica: cubrir con un manto de legalidad formal el procedimiento mediante el cual un proyecto de desarrollo conquista un territorio “desierto”. Con el objetivo estratégico de ejecutar proyectos de desarrollo (predominantemente de extracción de recursos naturales), este derecho se convierte en el dispositivo mediante el cual se legaliza la intervención en los territorios habitados por pueblos con formas de vida y narrativas diferentes sobre el desarrollo. “Es así

como la consulta, de mecanismo para proteger los derechos deviene en instrumento para su vulneración” (Betancur, 2014, p.9), pues las demandas basadas en la libre determinación son controladas en un ambiente descafeinado en que, ante cualquier proyecto, la respuesta solo podrá ser afirmativa. De ahí que los defensores de la noción débil de este derecho se rasguen las vestiduras cuando sus adversarios argumentan en favor del poder de veto, la objeción cultural o el estándar de consentimiento previo, libre e informado desarrollado por la Corte Constitucional.

El tránsito de la consulta previa por el umbral de la despolitización ha provocado su transformación en un dispositivo jurídico neoliberal. En nombre de una defensa frágil de la cultura y del medio ambiente, se disuelven las disputas políticas a la vez que se confecciona un *uso* en que la CPLI es desprovista de su contenido político originario para operar como el dispositivo que le abre paso a la locomotora del desarrollo neoliberal y evita las fricciones territoriales en la casa (*oikos*) globalizada del capitalismo actual.

La categoría dispositivo permite entender cómo funciona el poder en la encrucijada neoliberal de los derechos y, a partir de esto, indagar por estrategias de libertad. Por eso, la tarea de comprenderlo se convierte en un trabajo político en el sentido de poner la teoría al servicio de la práctica. Si bien el trabajo creativo que realiza Agamben con el pasado ofrece claves creativas para pensar el poder en Occidente en sentido de dominación, también es cierto que ancla pesadamente su filosofía en este aspecto y termina por cerrar la creación de alternativas en el presente, lo que lo puede ubicar en un ejercicio conservador y elitista de la filosofía (Cadahia, 2017). Sus textos son un espacio al tiempo enriquecedor e insuficiente para la pregunta que guía el siguiente apartado: ¿es posible movilizar nuevamente a la CPLI, restituirle su uso político en defensa de los derechos y la libre determinación de los pueblos étnicamente diferenciados?

7. A manera de cierre: Agamben contra Agamben o un uso profanador de los dispositivos jurídicos en escenarios de precariedad

Ante este diagnóstico surge una pregunta: “¿de qué modo podemos enfrentar esta situación, cuál es la estrategia que debemos seguir en nuestro cuerpo a cuerpo cotidiano con los dispositivos?” (Agamben, 2014, p.19). Si en su entender, estos son exclusivamente artefactos de subordinación negativos, la estrategia política a tomar debe ser una inversión, un cortocircuito que los desactive y permita un desatrapamiento³⁰.

30 Para Agamben no se trata de prohibirlos legalmente o darles un buen uso. Sería una tarea imposible eliminarlos uno a uno con estrategias de penalización, algo que además podría significar continuar regenerándolos. De igual forma, si los dispositivos están acompañados de procesos de subjetivación, no es posible usarlos adecuadamente porque el

Para ello, nuestro filósofo acude a Roma donde las cosas eran sagradas porque se sustraían del libre uso y comercio de los hombres. Aquí, la religión es definida como una separación en la que, a través del sacrificio, se sustraen del uso común cosas, lugares, animales o personas que son consagradas, es decir, ubicadas en un ámbito diferente; de la esfera humana a la divina. El atrapamiento que realiza el dispositivo, le otorga un único uso, un uso *serio*, sagrado, “encorbatado”. Pero no es un asunto exclusivo de Roma. “Cualquiera que sea su forma cultural, la sociedad organiza un espacio (...) sagrado, esto es, lo no disponible, lo inaccesible para el sujeto” (Legendre, 2017, p.82) el capitalismo ha radicalizado. leyes) nario donde tiene lugar: la sala de audiencias, que marca jerarquía. Los dispositivos modernos conservan esta impronta religiosa, que el capitalismo ha radicalizado. Pensemos, por ejemplo, en los personajes del derecho y la economía, en los rituales jurídicos, en las palabras técnicas del economista y el abogado: son los intérpretes autorizados de la ley y la economía; tienen la palabra, ocupan un lugar sagrado con respecto al resto de la sociedad.

En contrapartida, los romanos llamaban profanación al movimiento inverso de liberación y restitución de las cosas al uso común de los hombres. La profanación “implica una neutralización de aquello que profana (...), desactiva los dispositivos del poder y restituye al uso común los espacios que el poder había confiscado” (Agamben, 2005, p.102). Así, consagración y profanación funcionan como dos polos en los que las cosas transitan de un lado a otro a través de un *umbral* que marca la división. El segundo es el contra-dispositivo que restituye lo que ha sido separado y excluido de los hombres; abre la posibilidad para un nuevo *uso*, un “uso incongruente de lo sagrado” (Agamben, 2005, p.99), que desactiva el *uso economizador* que devino en la separación del dispositivo y abre el horizonte a nuevas posibilidades. Retomando el paradigma de la guerra civil: la profanación es el actuar político por excelencia de los tiempos neoliberales.

Entonces, para Agamben, la profanación no hace parte de los dispositivos, sino que es la manera de desarticularlos, neutralizarlos o desactivarlos. Por eso, dice, “es necesario arrancarles (...) la posibilidad de uso que ellos han capturado” (Agamben, 2005, p.119). A mi entender, este es el centro de la cuestión: el problema del *uso*. Allí parece estar la batalla. Volviendo la pregunta central y más general de este texto, ¿es posible un *uso* emancipador del derecho? La lectura unilateral observada resulta problemática para pensar usos alternativos del derecho y del Estado ya que, como dispositivos, solo quedaría su destrucción. En una crítica a la lectura *agambeniana* del dispositivo (solo como mecanismo de sometimiento) Didi-Huberman señala: “lo que desaparece, en tal horizonte de pensamiento, es la posibilidad de aportar una respuesta o una réplica a la economía del poder así descrita” (Didi-Huberman, 2012, p.72). Para esta aproximación los dispositivos parecen tener un solo uso posible —siempre

“usuario” no sería otra cosa que el sujeto generado en el encuentro con el dispositivo y, por ende, su “uso adecuado” sería producto del mismo.

negativo: de captura, atrapamiento, separación—, sobre el que debemos realizar el movimiento inverso de la profanación, a fin de liberarnos completamente de ellos. Una huida total de la *oikonomía* y, por ende, del derecho³¹.

La huida *agambeneana* resulta problemática para el trabajo que realizamos en Colombia por pensar y desarrollar usos alternativos del derecho pues, tanto en dispositivos cerrados, sería necesario renunciar a esta vía de acción política. Propongo ahora un movimiento: Agamben contra Agamben. Si bien es cierto que la mirada del italiano sobre los dispositivos es peyorativa, también hay en ella una permanente tensión, que nos remite al *umbral*. No podemos perder de vista que:

En cuanto se refieren a un mismo objeto, que debe pasar de lo profano a lo sagrado y de lo sagrado a lo profano, (...) [hay] algo así como un residuo de profanidad en toda cosa consagrada y un residuo de sacralidad presente en todo objeto profanado. (Agamben, 2005, 103).

Es preciso insistir en este punto.

En Colombia, la experiencia de la CPLI ha hecho explícita las tensiones que atraviesan los dispositivos en nuestro tiempo. Está la faceta del multiculturalismo neoliberal, pero también aquella que reivindica la libre determinación de los pueblos y cuestiona realmente los proyectos particulares consultados y, a veces con mayor alcance, el modelo general dentro del que se enmarcan. Ejemplo de esto ha sido la apuesta por la consulta autónoma que ha emprendido el pueblo Wayúu en el sur de la Guajira (Archila, et al., 2015) y el uso del derecho y en particular de la CPLI, por los cuatro pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta (Cárdenas & Baquero, 2015).

Allí donde el filósofo sostiene que procede su eliminación, una vía alterna sería trabajar por un *uso profano de los dispositivos*. Este panorama nos remite a diferentes usos posibles, entre los que se encuentra el uso puesto en evidencia por Agamben, como también un uso emancipador que implique movimientos de *politización*, como el mismo filósofo ya lo presentaba en *Stasis*, y como la lucha de los movimientos sociales en América Latina lo demuestra. Los dispositivos jurídicos, entonces, no son exclusivamente redes que atrapan y moldean la vida, sino también escenarios de disputa donde es posible llevar a efecto promesas de libertad. Este uso profanador y politizador sería una apropiación distinta de los mismos, que permite hacerle frente a la neoliberalización a través de la politización de herramientas del derecho como la CPLI. A su manera, y sin usar la categoría de dispositivo, existen trabajos que reflexionan sobre las tensiones del derecho entre dominio y libertad en tiempos neoliberales:

31 En otro texto el italiano estudia la forma en que las ordenes monásticas franciscanas afirmaron la vida (una forma-de-vida) y desafiaron al derecho a través de la cuestión del uso. Uno de los capítulos cruciales del libro se titula, precisamente, "Renunciar al Derecho" (Agamben, 2014b, p., 157)

a partir de la creación de una legalidad cosmopolita contra-hegemónica (Santos, 2002; Santos, & Rodríguez, 2007), desde una resistencia desde abajo con el derecho internacional (Rajagopal, 2005), a través del discurso ambiguo de los derechos humanos (Douzinas, 2008) y en la función antropológica del derecho como lazo entre hermanos contra el tirano (García, 2017).

Es fundamental mantener la tensión presente en los dispositivos: afirmar el *umbral*, la ambigüedad que permite el tránsito de lo sagrado a lo profano, de la *oikonomía* a la política, pues solo así la profanación se hace posible. La “profanación de lo improfanable es la tarea política de la generación que viene” (Agamben, 2005, p.119). Al hacer imposible hablar de improfanables, al politizar lo que había sido relegado al reino de la *oikonomía*, se abre un camino para realizar actos profanatorios y expandir, hacia otra dirección, la estrategia a la que responden los dispositivos neoliberales.

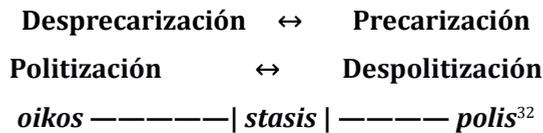
En un gesto formalista de abogado tradicional, pudimos haber abandonado el problema varias líneas atrás y argumentar, luego de la revisión de la jurisprudencia constitucional, que la cuestión ya estaba zanjada porque el derecho había *hablado*. Pero hubiéramos dejado a un lado la estructura política que acabamos de observar. Aquella lectura, aunque precisa en lo técnico-jurídico, es cuestionable en lo político. Corre el riesgo de permitirle al adversario gobernar en el terreno que ya ha ganado, el de la despolitización, pues la estrategia ideológica consiste, precisamente, en pacificar y negar la existencia de un conflicto. Es una explicación que no hace visible la estructura de despolitización que está operando. En consecuencia, al borrar la tensión del examen, se desdibuja el *umbral* y, como vimos, nos priva de la posibilidad de politizar lo despolitizado. Además, según la crítica de Žizek, las batallas por los derechos serían inútiles, pues estarían siempre enmarcadas dentro del capitalismo actual, que permanecería incuestionable.

Aunque algunos afirmen que no existe tensión porque el derecho ya se ha expresado (Viana, 2016), ésta no desaparece por el hecho de ser negada con la palabra. En ese sentido, en el problema de la CPLI hace falta prescindir de lecturas jurídicas y centrarnos, en cambio, en el proceso histórico a través del cual ésta devino en dispositivo, en el multiculturalismo neoliberal, en los sujetos que ha creado, así como en las consecuencias de su dominación. Por eso, en consonancia con el llamado que hace el italiano, la tarea política que nos corresponde —no sólo en la CPLI sino en todos los escenarios de las guerras civiles— es la de decir las cosas por su nombre y hacer claridad sobre cómo opera el poder, pues sólo así podremos enfrentarlo a través de estrategias profanadoras de levantamiento (recordemos que *stasis* también es esto).

Pero el movimiento politizador no es posible si no entendemos que en la actualidad los excluidos sufren por cuestiones básicas; como comer, beber agua potable y tener un techo donde vivir. Estos asuntos son decisivos porque, como se dijo anteriormente, son el presupuesto material para la vida como sujetos políticos: no es posible una vida en tanto *bios* sin *zoé*.

El problema de la precarización da luces sobre la facilidad con que la CPLI se ha vuelto una *oikonomía* o un instrumento de gobierno en palabras. Cuando se consulta a una comunidad que vive en la precariedad, es posible que aflore primero la urgencia por cubrir las necesidades más básicas (Arboleda, 2015), que la difícil decisión de permanecer en el territorio y enfrentarse al proyecto. Por esto, en muchos casos, en los territorios más pobres y apartados, las subjetividades políticas precarias no siempre conciben a la CPLI como un contrapoder para tramitar sus luchas dentro del antagonismo político, sino como una oportunidad para negociar beneficios económicos y hacer más llevadera la miseria, aunque sea solo de manera parcial y por un tiempo más.

La precarización no puede pensarse desconectada de las guerras civiles, pues funciona como una consecuencia de estas y, al mismo tiempo, como un presupuesto para la expansión del proyecto neoliberal. Al producir precariedad en la población se crea un espacio propicio para que las CPLIs sigan el curso de una gestión y se implante el modelo de la *oikonomía* donde no corresponde. Por esto, la politización de la CPLI debe enfrentar el problema de la precariedad, pues de lo contrario se abona el terreno (con un veneno) para que la disputa se mantenga en clave de transacción comercial. En ese entendido, la transición por el umbral de la *oikos* hacia la *polis* no puede ser un paso aislado; requiere de medidas tendientes a la desprecuarización que le hagan frente a la precarización de la vida causada por los dispositivos de la neoliberalización del capitalismo tardío.



Por esto, en escenarios como el de la CPLI, hace falta agregar otro *umbral*, además del que Agamben propone. Un *umbral* a través del cual las cosas no solo se politizan y despolitizan, sino que se precuarizan y desprecuarizan también. Y sugerir que en el siglo XXI, tenemos la tarea política de hacer de los dos movimientos una estrategia conjunta³³, que le abra paso a un uso profanador de los dispositivos jurídicos.

32 Este cuadro explicativo de la *stasis* es de autoría de Agamben, en el libro que lleva su nombre; aquí le agrego el problema de la desprecuarización y precuarización.

33 Tarea conjunta porque los dispositivos jurídicos no son suficientes, por sí solos, para transformar la situación actual del contexto neoliberal. La desprecuarización reclama cambios en el modo de producción capitalista en el que se conjugan tanto relaciones políticas y formas jurídicas, como fuerzas y relaciones económicas. Como se apuntaba unas líneas atrás, si la senda foucaultiana de investigación “aplana” la metáfora del edificio y ubica a la política en el espacio de la producción, la estrategia profana de los dispositivos debe articularse para propiciar cambios económicos: ¿de qué manera los dispositivos jurídicos se pueden articular dentro de un movimiento económico y político de desprecuarización?

Referencias

- Agamben, G. (2005). *Profanaciones*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2008). *El Reino y la Gloria*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2014). ¿Qué es un dispositivo?. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Agamben, G. (2015). *Stasis. Civil War as a Political Paradigm*. (Homo Sacer II, 2), Stanford, Standford University Press.
- Anaya, J. (2002). The Contours of Self-Determination and its Implementation: Implications of Developments Concerning Indigenous Peoples. En Alfredsson, Gudmundur & Stavropoulou, Maria. *Justice Pending: Indigenous peoples and other good causes*, La Haya. Martinus Nijhoff Publishers.
- Arboleda, Z. (2015). Territorio, consulta previa y autonomía. En Archila, M. *Hasta Cuando Soñemos. Extractivismo e interculturalidad en el sur de la Guajira*, Bogotá, CINEP.
- Archila, M. (2015). Sobre interculturalidad y nociones de desarrollo. En Archila, M. *Hasta Cuando Soñemos. Extractivismo e interculturalidad en el sur de la Guajira*, Bogotá, CINEP.
- Archila, M.; Arboleda, Z.; Coronado, S.; Cuenca, T.; García, M. C. & Guariyú, L. E. (2015). *Hasta Cuando Soñemos. Extractivismo e interculturalidad en el sur de la Guajira*, Bogotá, CINEP.
- Betancur, A. C. (2014). *La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. De la participación democrática a la expropiación de territorios*. Recuperado de http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/index.php?option=com_content&view=article&id=344:la-consulta-previa-a-los-pueblos-indigenas-de-la-participacion-democratica-a-la-expropiacion-de-territorios&catid=55:consulta-previa&Itemid=121
- Bonilla, D. (2006). *La constitución multicultural*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Instituto Pensar.
- Borón, A. (2014). *América Latina en la Geopolítica del Imperialismo*. Buenos Aires: Ediciones luxemburg.
- Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, Barcelona, Malpaso ediciones.
- Butler, J. (2004). *Precarious life: the powers of mourning and violence*. London: Verso.
- Butler, J. (2010). *Frames of war: when is life grievable?*. London: Verso.
- Cadahia, L. (2013). Michael Foucault y la gramática del poder y de la libertad. *Estudios de filosofía*, 1 (49), 33-48.
- Cadahia, L. (2017). *Mediaciones de lo sensible: hacia una nueva economía crítica de los dispositivos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Cárdenas Mendoza, O. & Baquero Díaz, C. A. (2015). The Dispute over the “Heart of the World”: Indigenous law meets western law in the protection of Santa Marta’s

- Sierra Nevada. En *Human Rights in Minefields. Extractive economies, environmental conflicts and social justice in the Global South*, Bogotá, Dejusticia.
- Castro-Gómez, S. (2014). *El Multiculturalismo como Ideología. Slavoj Zizek y la Crítica de la Democracia Liberal*. Recuperado de <http://santiagocastrogomez.sinismos.com/blog/?p=585>
- Clavero, B. (2008). *Geografía jurídica en América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. México, Siglo Veintiuno Editores.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-428 (1992).
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-129 (2011).
- Coronel, V. & Cadahia, L. (2018). Populismo republicano: más allá de «Estado versus pueblo». *Nueva sociedad*, 1 (237), 72-82.
- Didi-Huberman, G. (2012) *La Supervivencia de las Luciérnagas*. Madrid, Abada.
- Douzinas, C. (2008). *El fin de los derechos humanos*. Bogotá, Legis, Universidad de Antioquia.
- Fontana A. & Bertani, M. (2001). Situación del curso. En: Foucault, M. (2001) *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (1998) (1976). *Historia de la sexualidad. Vol 1: la voluntad de saber*. México, Siglo XXI editores.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- García Arboleda, J.F. (2015). Transiciones políticas y recursos naturales. Entre el exterminio y la reciprocidad. En Rossel Granados, Jaime; Sampedro Arrubla, J.A.; González Jácome, J. & Szegedy-Maszák, I. (Eds.) Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de Extremadura & Grupo Editorial Ibáñez.
- García Arboleda, J.F. (2017). El reverso de la tiranía: psicoanálisis y derecho para los tiempos difíciles. En Legendre, P. y Goodrich, P. *Psicoanálisis y derecho*. Bogotá, Siglo del hombre editores.
- Gilbert, J. (2006). *Indigenous Peoples. Land Rights Under International Law. From victims to actors*. Ardsley, Transnational Publishers.
- Hale, C. (2002). Does Multiculturalismo Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala. *Journal of Latin America Studies*, Cambridge University Press, (34), 485-524.
- Hale, C. (2005). Neoliberal Multiculturalism: the remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America. *Political and Legal Anthropology Review*, 1 (28) 10-28.
- Harvey, D. (2003). *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal.

- González Jácome, J. (2017). Los debates sobre la historia del derecho: de las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico. En Horowitz, M., Kennedy, D. & Gordon, R.W., *Historias críticas del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes.
- Harvey, D. (2005). *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, Akal.
- Kasmir, S. (2018). Precarity. In *The Cambridge Encyclopedia of Anthropology* (eds) F. Stein, S. Lazar, M. Candea, H. Diemberger, J. Robbins, A. Sanchez & R. Stasch. Recuperado el 22 de enero de 2019 de <http://www.anthroencyclopedia.com/printpdf/282>
- Lazzarato, M. (2011). *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal*. Buenos Aires, Amorrortu editores.
- Laval, Ch. & Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona, Gedisa.
- Legendre, P. y Goodrich, P. (2017). *Psicoanálisis y derecho*. Bogotá, Siglo del hombre editores.
- Lorey, I. (2016). *Estado de Inseguridad. Gobernar la precariedad*. Madrid, Traficantes de sueños.
- Díaz Marsá, M. (2017). *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*. Madrid, Escolar y mayo editores.
- McAdam, D., McCarthy, J.D., & Zald, M.N. (eds.) (1996). *Comparative perspectives on social movements: Political opportunities, mobilizing structures, and cultural framings*. New York, Cambridge University Press.
- Ministerio del Interior. Dirección de Consulta Previa, 2017. Recuperado de http://www.upme.gov.co/Memorias%20Convocatoria%20Redes%20de%20Alto%20Voltaje/MININTERIOR_CONSULTA-PREVIA.pdf
- Ojeda, D. (2012). Green pretexts: Ecotourism, neoliberal conservation and land grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia. *Journal of Peasant Studies* 39 (2): 357-375
- Rajagopal, B. (2005). *El Derecho Internacional Desde Abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia en el tercer mundo*. Bogotá, Ilsa.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en campos sociales minados*. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad.
- Santos, B. S. (2002). *Toward a new legal common sense*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Santos, D. B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá, Dejusticia.
- Santos, D. B. & Rodríguez Garavito, C. (2007). *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona, Anthropos.

- Sieder, R. (ed.). (2002). *Multiculturalism in Latin America*. New York, Palgrave Macmillan.
- Standing, G. (2001). *The Precariat: the new dangerous class*. New York: Bloomsbury Academic.
- Stavenhagen, R. (2006). *La presión desde abajo: derechos humanos y multiculturalismo*. En: Gutiérrez, D. (Coord.) *Multiculturalismo: perspectivas y desafíos*. México, Siglo XXI editores.
- Svampa, M. (2008). *Cambio de Época. Movimientos sociales y poder político*. Buenos aires, Siglo XXI editores.
- Tomlins, C. (2007). How autonomous is law?, *The Annual Review of Law And Social Science*, 3 (1): 45-68.
- Trujillo Guerrero, J. (2015). La tensión entre desarrollo y el derecho a la autodeterminación. Una mirada desde la Consulta Previa en Colombia, *Universitas Estudiantes* 1(12) 71-88
- Viana, A. (2016). *El derecho a la consulta previa*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En Rodríguez Garavito, C. *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Zizek, S. (1998). Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional. En Jameson, F. & Zizek, S. *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Buenos Aires, Paidós.

Que Es Para ti La Educación

1. NO A Sexle Jolin Al con Pañero
2. No Fastidiar Al con Peñero En clase
3. No echar Al compañero ALA dasura El Cuaderno
4. No tirar dasuras Al PISO
5. no pegarle Al compañero.



Autor: Anónimo

Actualidad de la regionalización chilena*

Benoît Delooz**

Resumen

La votación en enero de 2018 de dos leyes relativas a la regionalización chilena, puede marcar un punto de inflexión en la historia de la administración territorial del país, caracterizada como ultra centralizada y presidencial. Sin embargo, a pesar de otorgar a las regiones importantes competencias nuevas, implantar definitivamente la administración de las áreas metropolitanas y proporcionar un nuevo mecanismo de transferencia de competencias, esa profundización de la regionalización no es la descentralización que pretende ser y aún quedan pendientes importantes reformas.

Palabras clave: regionalización; competencias; descentralización; desconcentración; delegación.

Present of the Chilean regionalization

Abstract

The January 2018 vote on two laws related to the Chilean regionalization will mark a turning point in the history of the country's territorial administration, characterized as ultra-centralized and presidential. However, despite granting important new powers to the regions, definitively implementing the administration of the Metropolitan Areas and providing a new mechanism for the transfer of competences, this deepening of regionalization is not the decentralization that it pretends to be and, important reforms are still pending.

Keywords: regionalization; competencies; decentralization; deconcentration; delegation.

Atualidade da regionalização chilena

Resumo

A votação em janeiro de 2018 de duas leis relativas à regionalização chilena pode marcar um momento decisivo na história da administração territorial do país, caracterizada como ultracentralizada e presidencial. No entanto, apesar de conceder às regiões importantes e novas competências, implantar definitivamente a administração das áreas metropolitanas e fornecer um novo mecanismo de transferência de competências, esse aprofundamento da regionalização não é a descentralização que pretende ser e ainda estão pendentes importantes reformas.

Palavras-chave: regionalização; competências; descentralização; desconcentração; delegação.

* Artículo de reflexión. 1) Título del proyecto de investigación del cual se deriva: Fondecyt Iniciación N° 11160082: *Teoría y práctica jurídica de la acción territorial conjunta. Bases para un nuevo paradigma jurídico de la Descentralización, con especial relevancia para Chile* 2) grupo de investigación y línea: Ciencias Jurídicas y Políticas; 3) nombre del investigador principal: Benoît Delooz Brochet; 4) FONDECYT; y 5) fecha de terminación de la investigación: 31 de octubre de 2019.

** Docteur en Droit public de l'Université de Toulouse 1 Capitole (France). Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Académico Docente Investigador (ADI) del Instituto de Investigación en Derecho (IID) Universidad Autónoma de Chile, Chile. Correo electrónico: benoit.delooz@uautonoma.cl. ORCID: 0000-0002-5775-5629



Actualidad de la regionalización chilena

Introducción

En enero de 2018 se publicaron dos importantes leyes para la regionalización chilena¹, que sin duda marcarán un punto de inflexión en la historia de la administración territorial del país, caracterizada como ultra centralizada y ultra presidencial (Godoy, 2003). El retorno a la democracia ha logrado un progreso significativo con respecto a los dos niveles de administraciones territoriales descentralizadas que son los municipios y las regiones. Sin embargo, es este el que, durante los últimos veinte años, ha sido objeto de los más grandes trastornos, por inscribirse en un movimiento internacional de regionalización y de “metropolización” de la acción pública. Este trabajo se limitará a la segunda de estas leyes, porque es sin duda, la más importante y su propósito será analizar críticamente las principales novedades que introduce en la administración territorial del Estado chileno.

En este sentido, esta ley otorga a las regiones relevantes competencias nuevas, inscribe definitivamente en el país la administración de las áreas metropolitanas y proporciona un nuevo mecanismo de transferencia de competencias (II). Sin embargo, esa profundización de la regionalización no es la descentralización que pretende ser (III), y las reformas pendientes son importantes. Para entender mejor los avances de la regionalización chilena, como sus deficiencias, parece útil recordar brevemente la historia de la descentralización chilena (I).

I. Evolución de la descentralización en Chile

El Estado chileno entra en la categoría de Estado de derecho, pluralista, democrático y liberal, y se define como unitario y con pretensión descentralizadora. Así, la Constitución chilena, en su artículo 3 precisa que:

1 Ley N°21.073 que regula la elección de Gobernadores Regionales y ley N°21.074 de Fortalecimiento de la Regionalización del país.

El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional². (Const. Art 3)

Históricamente, podemos destacar para el Chile republicano, un primer periodo entre la independencia y el golpe de Estado de 1973 (A), y uno contemporáneo, desde dicha fecha hasta hoy (B).

a. De la independencia a los años 1970

Autores como Salazar (1998), distinguen una crisis política del sistema (centralista) colonial y post-colonial, que se expandió de 1808 hasta 1829 más o menos, y marcada por el voto del Congreso de 1826 de ocho leyes relativas a la implantación del sistema federal en Chile. Hay que recordar que la primera, aprobada por casi unanimidad, declaraba: “La República de Chile se constituye por el sistema federal”³, y se dividió al país en ocho provincias⁴. La Ley de 26 de julio de 1826 decidió que los Cabildos convocaran a elección popular de sus Gobernadores, como la creación de las Asambleas Provinciales, conformadas por diputados elegidos por el pueblo cada dos años⁵. Estas Asambleas estaban dotadas de facultades legislativas y administrativas, que les permitían, entre otras, nombrar los jueces letrados, imponer nuevas contribuciones, organizar las milicias y crear municipios.

Después del fracaso de este intento federalista, la Constitución⁶, de orientación liberal, de 1828, inspirada en las constituciones francesas de 1791 y 1793 y en la Constitución española de 1812, buscó disminuir el poder del presidente de la república otorgando a las provincias una amplia autonomía, pero a partir de 1829-30 los poderes —en nombre de la lucha contra el estado de anarquía y de desorganización en el cual vivía el país— se concentraron para reforzar el poder central y debilitar la autonomía de las comunidades locales. La Constitución chi-

2 Sobre el sentido de la expresión “El Estado de Chile es unitario” dada por el Tribunal Constitucional, ver: STC Rol 1669-2010 de 15-03-2012, “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle

3 Ley de 14 de julio de 1826. Al respecto véase Valencia (1951) p. 210.

4 Ley de 30 de agosto de 1826. Estas eran las Provincias de Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé.

5 Ley de 30 de agosto de 1826.

6 Ver para un resumen, Hernández (1993), donde el autor presenta una síntesis de los principales rasgos jurídico-institucionales de los procesos de descentralización del Estado chileno a través sus diferentes constituciones.

lena de 1833 que registró el país por varias décadas garantizó un gobierno fuerte, centralizador y basado principalmente en la figura del presidente de la república.

En 1854 fue promulgada la primera Ley Orgánica de las Municipalidades (Illanes, 1993), pero ella solo reforzó la centralización, al subordinar las corporaciones municipales a la autoridad de los gobernadores e intendentes, funcionarios nombrados por el presidente de la república⁷. Luego, y a pesar de la victoria militar y política en contra de los “estallidos provinciales” (Saldaña, 2010) de la década de 1850 por parte del gobierno del presidente M. Montt y del General M. Bulnes, el tema de la “descentralización del Estado” se instaló en el debate político entre 1860 y 1925. G. Salazar tiene una mirada muy crítica tanto de la ley de 1854 como sobre la Ley de la Comuna Autónoma de 1891⁸.

En lo que concierne a la primera, estima que esta:

Mantuvo en el texto legal la cuasi totalidad de las facultades y atribuciones del viejo *cabildo* colonial (educación, salud, policía, desarrollo, obras públicas, etc.), pero, al mismo tiempo, anulaba su autonomía (los alcaldes pasaron a estar en todos los ámbitos bajo el control del Intendente, nombrado por el Presidente, quien además controlaba las elecciones) y redujo sus recursos fiscales y económicos a un punto tal que anulaba igualmente su capacidad operacional. (Salazar, 1998, p.12)

En cuanto a la segunda, reconoce que fue “sin duda, la más osada y la más democrática de las leyes municipales chilenas” (Salazar, 1998, p.17), puesto que concedía a las comunidades locales una gran autonomía política, no solamente para designar sus autoridades, sino que también para decidir sobre sus programas de regulación, inversión y desarrollo. Pero también considera que “constituyó la piedra angular del parlamentarismo anti-democrático y neo-centralista” que permitió al Estado absorber la emergencia de la sociedad civil del fin del siglo XIX. Los intentos posteriores de 1908⁹ a 1924¹⁰, pasando por el movimiento de 1914¹¹, no lograron

7 Arts. 116 y 118 de la Carta de 1833.

8 Se puede también señalar la Ley de Municipalidades de 12 de septiembre 1887. Esa ley separa las funciones locales de las generales, da al alcalde atribuciones privativas en desmedro del gobernador, aunque este continuó siendo el presidente de la municipalidad (cf. artículo n°16 de la ley). Con esa iniciativa, se otorgaba amplias atribuciones a las municipalidades, estableciendo así sus responsabilidades en todos los ámbitos relativos al desarrollo global comunal, pero las limitaciones financieras que afectaban la mayoría de ellas volvieron este intento ilusorio.

9 Creación el 5 de junio de este año de la Junta de Reforma Municipal.

10 La Junta militar que asumió el poder en 1924 derogó por Decreto-Ley n°13, la Ley Orgánica de Municipalidades del 28 de enero de 1915 y ordenó disolver los principales municipios del país, nombrando, en su reemplazo, intendentes municipales (en lugar de los alcaldes) y Juntas de Vecinos (regidores) por designación expresa ministerial, instaurando una doble tutela jurídica y económica.

11 Fundación del Consejo Permanente de Gobierno Local que sucedió a la Junta de Reforma Municipal. El Primer Congreso de Gobierno Local tuvo lugar los días 13, 14 y 15 de septiembre de 1914, en Santiago.

consolidarse y lo mismo ocurrió luego de 1932¹², a pesar de la promulgación de una nueva Ley Orgánica de Municipalidades de 1934¹³, con la aceptación de la doctrina municipal establecida por C. Ibáñez del Campo. A esa época del neo-centralismo (1932-1942), sucederá el apogeo del centralismo democrático (1942-1973).

Tratándose de la constitución de 1925¹⁴, si bien los constituyentes mostraron una clara tendencia a buscar mecanismos que liberaran el país de centralismo excesivo, se mostraron en cambio desconfiados en cuanto a la creación de entidades territoriales dotadas de atribuciones propias. A pesar de su deseo de descentralizar, no tenían, según Bulnes de Granier, una concepción clara del camino que se debía seguir (Bulnes de Granier, 1998). De hecho, si la medida faro de la Carta de 1925 en términos de descentralización era la creación de Asambleas Provinciales, ellas jamás vieron la luz porque la ley orgánica prevista a tal efecto nunca fue votada y quedó así solo como una disposición programática.

b. Del giro de los años 1970 hasta hoy

Durante los últimos 50 años ha sido impulsada una reorganización administrativa en Chile. Así, la dictadura, mediante los Decreto Ley (DL) n° 573 de 1974 y n° 1289 de 1976, reorganizó territorialmente el país creando 13 regiones y 51 provincias¹⁵.

Las reformas del periodo 1973-1989 definen la actual división político-administrativa del país e instalan una importante innovación en materia de atención primaria de salud y educación pública, pre-escolar, primaria y secundaria¹⁶. A partir de los años 90, los esfuerzos se concentran sobre la generación de espacios de descentralización política, sobre la inyección de nuevos recursos a los niveles desconcentrados del aparato de Estado y a la dotación de instituciones y atribuciones adecuadas a nivel regional. Las medidas a favor de la autonomía de los entes territoriales se inscriben en un intento de superar la página de la dictadura

12 Retorno a gobiernos democráticos.

13 Si la Ley 5357 de Municipalidades restableció el origen electoral de los municipios y además concedió derecho a voto a las mujeres y a los extranjeros, de igual forma mantuvo la designación de los alcaldes de las ciudades de más de 100.000 habitantes por parte de del Gobierno Central y las atribuciones por parte del Departamento de Municipalidades del Ministerio del Interior.

14 Sobre este período ver: Carrasco (1997).

15 La siguiente afirmación de Véliz toma aquí todo su sentido: "algunos regímenes autoritarios que han decidido promover medidas de descentralización económica en espera de que estas atraigan a los inversores privados, no tienen otra alternativa sino la ordenar sumariamente que tales medidas han de obedecerse, entregándose de esta manera a la última paradoja de una descentralización bajo severo control central. Los requisitos formales de una economía de libre mercado se satisfacen ordenando a las unidades económicas que actúen libremente siempre que sus decisiones estén de acuerdo con las directrices gubernamentales. El poder central absoluto se ejerce absolutamente en nombre de teorías económicas liberales y de programas cuyos requisitos previos son la diversidad de opciones y la libertad de acción" (1984, p. 295).

16 Decreto Ley n° 573 de 1974 y Decreto Ley n° 1289 de 1976, Ley N° 18.695.

pinochetista. Recordemos que las elecciones municipales habían sido suprimidas para las grandes ciudades, y los alcaldes eran nombrados directamente por la Junta militar¹⁷. Uno de los avances más importantes es, sin ninguna duda, el proceso de democratización que comienza formalmente en 1992¹⁸, con la elección de los alcaldes y de los concejales por sufragio universal.¹⁹

Por su parte, la Reforma Constitucional de noviembre de 1991 (Ley n° 19.097) corresponde a un momento clave en materia de descentralización regional, pues crea los gobiernos regionales, sustituyendo el art. 100 de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR). En ese contexto, desde entonces:

Los gobiernos regionales han de conceptualizarse, asimismo, como autonomías constitucionales, atendidas las circunstancias de que su creación emana de la Carta Fundamental, que sus funciones y atribuciones están establecidas también en el Código Político, que su Consejo, órgano colegiado de carácter normativo, resolutorio y fiscalizador, está formado por miembros elegidos por los concejales de la respectiva región, y a que el Presidente de la República carece de las potestades jerárquicas y de supervigilancia que ejerce sobre los servicios descentralizados. (Pantoja, 2004, p.301)

En 2005, tuvo lugar la reforma constitucional más importante desde el retorno de la democracia. Según la mayoría de la doctrina, esa reforma, en lo que concierne a la alternativa entre centralismo político y una verdadera regionalización, entendida como el florecimiento de las autonomías regionales, refleja bien la falta de voluntad política de las autoridades de abrir los espacios de libertad necesarios para tales fines (Quintana, 2006). Más aún

Triunfó la posición de entender la región y la regionalización como un proceso administrativo sin precisión de un punto o modelo final al que se propende, incluso con un énfasis esencialmente económico, en el que la regiones asumen su auto administración y gobierno, determinando sus propias autoridades de Gobierno Regional a través de elecciones democráticas, como ocurre en Francia o Portugal, sin que ello implique ninguna desnaturalización ni debilitamiento del Estado unitario. En el fondo no [hubo] voluntad política para dotar a las regiones de autogobierno ni para separar las funciones de

17 Pantoja escribe que las municipalidades habían sido “transformadas en servicios públicos estatales durante el Gobierno de la Fuerzas Armadas y de Orden”. (2004, p. 301)

18 Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

19 Las primeras elecciones municipales tuvieron lugar el 28 de junio de 1992. Posteriormente, se establece un nuevo mecanismo para las elecciones municipales que prevé, expresamente, elecciones directas separadas para los puestos de Alcalde y Consejeros, reproduciendo el sistema presidencialista nacional al nivel municipal.

gobierno interior de las de administración superior de las regiones.
(Nogueira, 2008, p.207)²⁰

Para paliar esas deficiencias, la Ley n° 20.390 de reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional instauró la elección por sufragio universal de los consejeros regionales (CORE)²¹ y la creación de un Presidente del Consejo Regional elegido por ellos.²²

Finalmente, la reforma constitucional del 5 de enero de 2017 reemplazó el término Presidente del Consejo Regional por el de Gobernador Regional, pero, sobre todo, estableció que ejercerá sus nuevas funciones de ejecutivo regional solo una vez elegido por sufragio universal directo. Sin embargo, después de una larga y apasionada discusión en el seno del Congreso Nacional, se acordó que esa elección solo podrá realizarse una vez promulgada la ley sobre las nuevas modalidades de transferencia de poderes prevista en el artículo 114 de la Constitución. Por lo tanto, se entenderá fácilmente la importancia de la promulgación de las Leyes 21.073 y 21.074 para la descentralización chilena y, en particular, la referida a la profundización de la regionalización.

Ante las preguntas de algunos parlamentarios, el subsecretario de desarrollo regional (SUBDERE) enfatizó que Chile continuará siendo unitario, aunque descentralizado:

Aquí no hemos planteado jamás un modelo federal o de otro tipo. Lo que buscamos es que este Estado unitario sea descentralizado y para que eso ocurra debe haber un gobierno central fuerte y gobiernos regionales fuertes. Por lo tanto, aquí va a haber una nueva relación entre los gobernadores regionales y el Presidente de la República, para que puedan dialogar y decidir qué ámbitos competenciales va a tener cada uno (“Comisión Mixta aprobó proyecto que establece traspaso de competencias”, noticia, Sala de Prensa SUBDERE, sobre sitio oficial consultado el 24 de octubre 2017: <http://www.subdere.gov.cl/sala-de-prensa/comision-mixta-aprobó-proyecto-que-establece-traspaso-de-competencias>).

20 Tapia V. es más duro aún, puesto que habla de un triunfo del centralismo: “la regionalización, que en esencia es un concepto técnico de orden jurídico-político idealmente coincidente con una determinada realidad territorial, histórica y antropológica cultural, resulta rechazada por una mayoría parlamentaria y por el gobierno, cuyo discurso oficial pro descentralización es desmentido, no en los hechos” (2005, p. 45).

21 La primera elección por sufragio universal de los CORE el 17 de noviembre 2013 ha sido posible después de la entrada en vigencia de la ley n°. 20.644 del 14 de diciembre 2012.

22 El artículo 113 inc. 5 de la Constitución después de esa reforma constitucional disponía que “el consejo regional, por mayoría absoluta de sus integrantes en ejercicio, elegirá un presidente de entre sus miembros.”

II. Las novedades introducidas por las últimas reformas

a. Las competencias de las regiones chilenas

La nueva Ley 21.074 introduce en la ley N° 19.175, orgánica constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (en adelante, LOCGAR), un capítulo II titulado “Funciones y Atribuciones del Gobierno Regional”, cuyo primer párrafo tiene como título “De las competencias”. Las regiones chilenas disponen de competencias generales y especiales. Por lo tanto, el observador podría pensar estar frente a una especie de cláusula general de competencia —como la llama la doctrina francesa²³— y una distribución por bloques de competencia. En realidad, debemos entender esta distinción razonando por exclusión.

Hay tres ámbitos de competencias especiales: ordenamiento territorial²⁴, fomento de las actividades productivas²⁵ y desarrollo social y cultural²⁶. Finalmente, las competencias o funciones generales del artículo 16 de la LOCGAR no tienen lógica intrínseca y contienen todos los asuntos que el legislador quiso incluir. En cualquier caso, no se parecen a la cláusula general de competencias que, en principio, está prohibida en virtud del artículo 7 inc. 2 de la Constitución.²⁷

La Ley 21.074 agrega cuatro funciones generales en el artículo 16, dentro de las cuales destacan las de diseñar, elaborar, aprobar y aplicar las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo de la región en el ámbito de sus competencias

23 En Francia, la noción ha sido y es tratada de manera extensiva desde la ley de 1884, y su artículo 61, que señalaba que “el concejo municipal decide, por sus deliberaciones, de los asuntos de la comuna”, fundando así lo que iba a convertirse en lo que la doctrina ha llamado la “cláusula general de competencia” (Gonod, Melleray & Yolka, 2011, p. 271). En este sentido: CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. Jegouzo ; *ibid.* 386, étude D. Roman ; *D.* 2001. 2559, y las obs. ; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. Brouant ; *RDSS* 2002. 81, note M. Ghebali-Bailly ; *Coll. terr.* 2001, n° 228, note J. Moreau, recordando la aptitud del concejo municipal a decidir sobre cualquier de interés público comunal “so reserva que no sea atribuida por la ley al Estado u otras personas públicas”; Pontier (1984), pp. 1145 y 1446 respectivamente; Faure (2011), p. 270). La fórmula del artículo 61 de la ley de 1884, hoy codificada, permite a los consejos territoriales actuar en ausencia de textos. Sobre esa noción, para una aproximación en castellano, ver Carro Fernández-Valmayor (2000). Como lo señala este autor (p. 37): “En definitiva...la cláusula general se traduce en una de competencia de carácter residual en manos de los municipios para desarrollar toda clase de actividades que consideren de interés para su comodidad, siempre, claro está, que la ley no haya ocupado el correspondiente ámbito de actuación, reservándose a otra Administración pública en virtud de la existencia de un interés público prevalente que así lo exija”. Para Italia: Santi Romano se refiere bien al poder o capacidad de una entidad de dotarse de un ordenamiento jurídico, entero y propio, pero este debe insertarse en un ordenamiento superior, originario o estatal que lo reconoce y lo acepta (1964, p. 37) y, también Romano (1932, p. 365).

24 Art. 17 de la LOCGAR.

25 Art. 18 de la LOCGAR.

26 Art. 19 de la LOCGAR.

27 Este último establece que, en el derecho público chileno, “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

(letra a)); orientar el desarrollo territorial de la región en coordinación con los servicios públicos y municipalidades, localizados en ella (letra c)); y elaborar y aprobar su proyecto de presupuesto (d).

Con respecto a las funciones especiales, cabe subrayar la elaboración y aprobación del Plan Regional de Ordenamiento Territorial (en adelante, PROT) establecido en el artículo 17 a); la aprobación del plan regional de desarrollo turístico y la elaboración de la política regional de Ciencia, Tecnología e Innovación de las letras c) y g), respectivamente, del artículo 18. Cabe destacar el PROT²⁸ que, después de años de debates parlamentarios, ve la luz y refuerza una suerte de poder regulatorio regional que hasta ahora solo se refería a asuntos de poca importancia. Efectivamente, según el art. 17 a), inc. 2,

El plan regional de ordenamiento territorial es un instrumento que orienta la utilización del territorio de la región para lograr su desarrollo sustentable a través de lineamientos estratégicos y una macro zonificación de dicho territorio. También establecerá, con carácter vinculante, condiciones de localización para la disposición de los distintos tipos de residuos y sus sistemas de tratamientos y condiciones para la localización de las infraestructuras y actividades productivas en zonas no comprendidas en la planificación urbanística, junto con la identificación de las áreas para su localización preferente. (Ley 21.074, 2018, art. 17)

Lo interesante es que su incumplimiento dará lugar a la caducidad de las autorizaciones de operación y mantenimiento para las personas privadas beneficiarias de aquellas, y será obligatorio para los servicios desconcentrados de la administración estatal y los diversos servicios públicos descentralizados que operan en la región. Su alcance se limita al territorio regional, así como a las áreas que aún no están sujetas a la regulación urbana.

Este instrumento deberá recibir el consentimiento de la Comisión Interministerial de la Ciudad, Vivienda y Territorios, la cual tiene por:

Misión servir de instancia de coordinación en materia de políticas, planes y programas relacionadas con el desarrollo y ordenamiento del territorio, tanto urbano como rural, incluyendo la infraestructura necesaria para ello, con el objeto de obtener incrementos significativos en los estándares de calidad de vida y reducir las brechas en materia de equidad urbana y territorial en el país (Artículo 1º del Decreto 34 de 21 de julio 2015 que crea la Comisión Interministerial de Ciudad, Vivienda y Territorio).²⁹

28 Nuevo art. 17 a) de la LOCGAR.

29 El considerando 1 de dicho decreto señala que "en materia de ciudad, vivienda y territorio, se requiere contar con una Comisión Interministerial de carácter permanente que aborde, de forma coordinada, las inversiones en infraestructura pública y la definición de las políticas y planes de ordenamiento del territorio, en el marco de un proceso

En aplicación del principio de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, el plan está sujeto a un proceso de consulta pública, con un mínimo de dos meses y, de conformidad con el principio de cooperación, la región deberá consultar a los municipios y otros organismos públicos que operan en la región. Además, el gobierno regional deberá presentar al gobierno central un proyecto para mejorar la costa del mar de la región e integrar el PROT. Aunque aprobado por decreto y sujeto a los requisitos de la defensa nacional, este poder de iniciativa es importante para la consideración de las reivindicaciones (reclamos, peticiones) regionales y para el fortalecimiento de las autoridades regionales con respecto a las poblaciones locales. De hecho, aparte de la Región Metropolitana, todas las regiones tienen un frente marítimo: Chile es un largo tramo de tierra que se extiende desde Perú hasta el Cabo de Hornos sobre más de 4000 kilómetros de longitud (sin considerar la Antártica que se extiende hasta el Polo Sur). En fin, de manera sorprendente, no aparece dentro de las futuras competencias, la gestión de las áreas metropolitanas (en adelante, AM).

b. La gestión de las áreas metropolitanas chilenas por el gobierno regional

Chile no es inmune al movimiento internacional de lo que podemos llamar “metropolización del territorio”. El artículo 123 de la CPR dispone que:

La ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la ley orgánica constitucional respectiva regulará la administración de las áreas metropolitanas, y establecerá las condiciones y formalidades que permitan conferir dicha calidad a determinados territorios (CPR, 1980, art. 123).

Sobre lo particular, la Ley 21.074 decidió que las nuevas AM³⁰ serán gestionadas por la región y, por lo tanto, no puede haber oposición entre el presidente regional y el de una metrópolis, o entre el consejo regional y el consejo metropolitano. Su propósito es coordinar las políticas públicas en el territorio continuo de dos o más municipios de más de 250.000 habitantes. Estas AM se pueden crear a

de reformas orientadas a una mayor descentralización del país”. Está integrada por el/la Ministro/a de Vivienda y Urbanismo, quien la presidirá, y los/as Ministros/as de Obras Públicas; de Transportes y Telecomunicaciones; de Bienes Nacionales; de Medio Ambiente; de Agricultura; de Economía, Fomento y Turismo; de Minería; de Desarrollo Social; de Energía; Secretario/a General de la Presidencia; y por el/la Subsecretario/a de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

30 Nuevo Capítulo VIII de la LOCGAR, cuyas disposiciones regirán solo después de la entrada en vigor de su decreto de aplicación, que debe ser promulgado a más tardar el 15 de febrero de 2019.

petición de las regiones, pero también de oficio, por parte del gobierno central, de acuerdo con los términos de la ley y siguiendo la lógica del nuevo mecanismo de transferencia de competencia, con la diferencia de que siempre deberá consultar previamente a los alcaldes de las municipalidades interesadas³¹. La redacción de la ley no es muy feliz porque, en realidad, parece que la región podrá oponerse a la creación de un área metropolitana deseada por el gobierno central, en aplicación de los nuevos métodos de transferencia de competencias que se aplican aquí.

En lo que respecta a la administración de las AM, el gobierno regional se apoyará en un servicio administrativo específico, pero especialmente en un comité compuesto por los alcaldes de las comunas incluidas en el área geográfica de la AM. Sin embargo, el comité estará presidido por el gobernador regional y solo tendrá un carácter consultivo, pues la ley no especifica si sus opiniones serán vinculantes o si el comité tendrá, o no, derecho de veto. Parece que este no será el caso, pues la ley solo señala que el comité será convocado “a fin de conocer la situación de la administración del área metropolitana, y para que los respectivos alcaldes formulen propuestas sobre su administración”³². Finalmente, esta subordinación de los alcaldes al gobierno regional parece confirmada por el hecho de que el funcionamiento del comité se regirá por un reglamento del gobierno regional³³.

Con respecto a las competencias, a semejanza de ejemplos extranjeros, las AM se harán cargo del equivalente de los esquemas de transporte urbano metropolitano, la circulación, la gestión de los residuos domésticos de los municipios incluidos en el área metropolitana, y el plan intercomunal de inversión en infraestructura pública. Cuando el gobierno central cree “de oficio” las AM, puede prever competencias relacionadas con el transporte, la inversión en vivienda, la protección del medio ambiente y las obras públicas.

c. El nuevo procedimiento de transferencias de competencias

Las transferencias son de competencias desde el presidente de la república. Estas pueden ser tanto temporales como definitivas. Solo pueden referirse a las competencias especiales mencionadas anteriormente (ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas, y desarrollo social y cultural), de acuerdo con el artículo 114 de la Constitución. Además, las transferencias pueden ser asimétricas, ya que pueden referirse a una o más regiones³⁴.

31 En cambio, no está previsto la consulta directa de los habitantes, lo que se puede lamentar.

32 Nuevo art. 104 bis, inc.4.

33 Nuevo art. 104 bis, inc.6.

34 Ahora, sobre este punto, parece existir la posibilidad de otorgar a las regiones el poder de adaptar las políticas nacionales a casos particulares. Nuevo art. 21- 4º de la LOCGAR.

En el caso de que una región solicite la transferencia de una competencia, una Comisión de Estudios (paritaria, integrada tanto por miembros del gobierno central como por representantes de la región) por materia o competencia examinará la viabilidad de proceder a la transferencia de competencias. Posteriormente, un Comité Interministerial de Descentralización³⁵ revisará el proyecto nuevamente y presentará sus recomendaciones al presidente de la república, quien, por medio de decreto supremo, decidirá si transferirá (o no) la competencia solicitada. Cuando el ejecutivo tome la iniciativa de transferir una o más competencias a una o más regiones, no se requerirá la reunión de la comisión paritaria, pero se consultará a la región y esta podrá oponerse a la transferencia³⁶.

En ambos casos, el decreto de transferencia indicará la o las competencias transferidas y los recursos financieros asociados; si se trata de una transferencia temporal o definitiva; si el ejercicio de cada competencia será exclusivo o compartido y, en este caso, el papel de cada uno de los actores. De manera general, el gobierno determinará las condiciones de ejercicio de las competencias y las modalidades de control que ejercerá. Este control gubernamental se refuerza en el caso de una transferencia temporal³⁷ de competencia, ya que el ejecutivo puede revocarla si considera que no se respetan las condiciones establecidas para su ejercicio, si su implementación es deficiente o si resulta incompatible con las políticas nacionales decididas después de la transferencia, cuando la región no tome las medidas de adecuación necesarias en un plazo de seis meses. Finalmente, debe señalarse que la revocación se puede llevar a cabo a solicitud de la región y, en este caso, intervendrán las mismas autoridades mencionadas anteriormente para decidir la transferencia de competencia cuando son solicitadas por aquella. Nada dice la ley con respecto a una competencia transferida de manera definitiva, lo que presenta algunos problemas como adelantamos desde ya.

En fin, para el ejercicio mismo de la competencia “transferida”, la ley prevé que cualquier transferencia de competencia deberá considerar la disponibilidad de los recursos económicos y humanos necesarios para su adecuado ejercicio.

Además, la ley exige que las transferencias de competencias eviten la duplicación o la interferencia de funciones con otras administraciones públicas, lo que parece difícil de evitar.

35 Su composición es fijada por la letra b) del art. 21 sexies quien señala que será “presidido por el Ministro del Interior y Seguridad Pública y conformado, por los Ministros de Hacienda y Secretario General de la Presidencia y por el o los ministros a quienes correspondan las competencias cuyo ejercicio se evalúa transferir”.

36 Nuevo art. 21septies, B) iii). Cf. *Infra*.

37 Art. 21 octies LOGGAR. Ver también art. 21septies A) iv) en caso de transferencia solicitada por un gobierno regional, pero cuyas condiciones de su ejercicio son diferentes de las pedidas por el gobierno regional.

III. Revisión crítica

Existe una serie de reparos en lo que concierne a la Ley N° 21.073, es decir, sobre el trabajo legislativo (B). Pero, finalmente, el problema es de relevancia constitucional (A).

a. ¿Algunas normas constitucionales contradictorias?

Como hemos visto, el artículo 3 de la CPR señala que:

El Estado de Chile es unitario. La administración Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional. (CPR, 1980, art.3)

Sin embargo, el artículo 114 de la misma Carta Magna dice:

La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República transferirá a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural. (CPR, 1980, año, art.114)

De un análisis literal, jurisprudencial³⁸ y doctrinal³⁹ del artículo 3 se puede concluir que tanto la descentralización como la desconcentración son materias de reserva legal. Significa entonces que los dos artículos mencionados chocan entre sí: si la descentralización es reservada al legislador, ¿cómo el ejecutivo puede des-

38 STC Rol 246 de 02-12-1996 *Reglamenta aplicación del artículo 13°, del D.L. N° 1.939, de 1977 (facilita gratuitamente acceso por terrenos colindantes a playas de mar, ríos o lagos)*, dónde señaló que es inconstitucional un decreto supremo que otorga atribuciones a un servicio público Cons.

48 Que, de acuerdo al artículo 3° de nuestra Constitución Política la desconcentración tiene que efectuarse por ley. "Art. 3°. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley." De esta disposición aparece claro que *la desconcentración debe hacerse en conformidad a la ley*; 52°. Que, establecido que la desconcentración debe *siempre* operar por ley [...]; 53°. Que, el principio general que *las atribuciones de la organización estatal deben provenir de la ley se desprende también del artículo 7° de la Constitución* [...]; 54°. Que, además debe considerarse el artículo 62, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución de 1980, que establece: "Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: "2°. Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;" *La expresión servicio público se ha entendido siempre en un sentido amplio de manera que todos los órganos del Estado deben recibir sus atribuciones de la ley y no de los decretos o reglamentos*".

39 Soto (1992, p. 111), Ferrada (1999), Bermúdez (2011, pp. 307 y 312), Valdivia (2018 p. 82).

centralizar? Así, como se tratará más adelante, la diferencia que existe en derecho chileno, entre la transferencia de competencia -que se trate de descentralización o desconcentración- y la delegación de competencias del art. 41 de la Ley Orgánica Constitucional General de Base de Administración del Estado (en adelante, LOCGBAE), es que la primera se realiza mediante la ley mientras que la segunda solo necesita de un acto administrativo.

De esa contradicción surgen varios problemas: los parlamentarios, conforme el artículo 3 piensan en descentralizar, pero conforme el artículo 114 desconcentran. La ley 21.073 demuestra de una cierta manera que el legislador cayó en un caso de incompetencia negativa⁴⁰ o, si se quiere, renunció a sus poderes en beneficio del ejecutivo, lo que atenta contra la separación de los poderes. Sobre ese punto la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4179-17-CPR de 18 de enero 2018 es sorprendente, pues normalmente vigila que el legislador no abandone sus responsabilidades⁴¹ al prohibir las leyes penales en blanco, y hubiera podido aplicar su jurisprudencia a la materia en comento. Es lo que parecen señalar los ministros señor Iván Aróstica Maldonado (presidente), señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, en su prevención acerca del control obligatorio del proyecto de ley. A pesar de ser un poco extenso vale la pena citar el extracto siguiente, porque es relevante para nuestra posición y rico de enseñanzas, y pone el acento en futuros problemas:

1^o. Que el nuevo artículo 21 bis, inciso segundo, de la LOC 19.175, introducido por el Proyecto de ley examinado (artículo 1, N° 12), reproduce poco más o menos literalmente el artículo 114 de la Carta Fundamental.

De suerte que, si bien resulta por ello ajustado a la citada disposición constitucional, no pueden dejar de observarse las cavidades jurídicas que en esta ocasión deja abiertas el legislador, al regular “el modo [moderación]” con que deberá materializarse —por simple decreto

40 La noción viene del derecho francés y significa que “una ley que reenvía a un decreto el cuidado de dictar las disposiciones que debería ella misma fijar fue declarada nula en razón de una “incompetencia negativa” o de una “subdelegación irregular” (Zárate, 2012, p. 27, n. p. n° 53). La formula clasica está en la Décision n°75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, JO du 24 juillet 1975, p. 7533, cons. 6: «l'article 34 de la Constitution [...] s'oppose à ce que le législateur, s'agissant d'une matière aussi fondamentale que celles des droits et libertés des citoyens, confie à une autre autorité l'exercice [...] des attributions définies par les dispositions en cause...».

41 STC Rol 370-03 de 28-02-2003, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003*, cons. 19: *No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica.*

supremo— el traspaso de competencias desde los ministerios y servicios públicos hacia los gobiernos regionales;

2 °. Que, por de pronto, el Proyecto carece de precisiones respecto al traspaso de competencias “de los ministerios” a estos organismos regionales, al no haber normado aquí si determinadas secretarías de Estado se encontrarían excluidas de este proceso de desconcentración territorial y funcional, por poseer un radio de acción esencialmente nacional (como lo dispone paralelamente así el artículo 61 de la misma LOC N° 19.175, al indicar los ministerios que no pueden desarticularse en secretarías regionales ministeriales).

Tampoco precisa el Proyecto cuáles cometidos ministeriales no podrían ser objeto de desconcentración, atendido su carácter eminentemente político o gubernamental;

3 °. Que, por otra parte, el Proyecto señala que por decreto presidencial es posible traspasar a los gobiernos regionales competencias que son propias “de los servicios públicos a que se refiere el artículo 28 de la ley N° 18.575”, abarcando con ello tanto a los servicios centralizados como a los servicios públicos descentralizados; en circunstancias que estos últimos poseen un grado de autonomía frente al Jefe de Estado que les asigna directamente la ley, en cumplimiento del mandato constitucional de tender hacia la descentralización efectuado en el artículo 3 ° de la misma Constitución.

No puede haber reparo alguno al hecho de que el Proyecto incluya a ambos, puesto que artículo 114 alude —sin distinguir— a “los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”.

Lo reprochable es que el Proyecto de Ley, al limitarse a reproducir la Constitución, carezca de contenido propio, pues omite ordenar con racionalidad la situación de los aludidos servicios descentralizados, a fin de preservar su autonomía y no terminar tergiversando todo el sistema de descentralización;

4 °. Que la profundidad, altura y extensión del traspaso de competencias, en los términos genéricamente enunciados por el artículo 114 de la Constitución, y que son repetidos por el artículo 21 bis del Proyecto pero sin mayor moderación o continencia para asegurar su coherente aplicación, constituyen tres aspectos no regulados que -en estas condiciones- quedan entonces librados a las amplias dosis de discrecionalidad política que desee infundirles el Jefe de Estado. (Prevención de la STC Rol N° 4179-17 de 15-12-2017, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la regionalización del país, correspondiente al boletín N° 7.963-06.*)

Notamos, además del problema señalado, que los ministros designan este proceso como “desconcentración territorial y funcional” y no de descentralización. Pero, en realidad ni siquiera se trata de una desconcentración, puesto que esta también debe materializarse por ley. El legislador hubiera debido entonces convertirse en constituyente, modificar el artículo 114 al suprimir la referencia al presidente de la república y asumir plenamente su competencia.

b. ¿Descentralización o desconcentración regional?

Estamos en realidad frente a un caso de descentralización regional mediante delegación de competencias. Es la propia Constitución la que obliga, en realidad, al legislador orgánico a implantar una delegación de funciones, y no trata de desconcentración territorial.

Efectivamente, si solo el legislador puede descentralizar o desconcentrar, ¿cómo debemos llamar a la transferencia de competencias por parte del ejecutivo hacia otro organismo? A pesar de que “a diferencia de lo que puede ocurrir en alguna experiencia comparada, en el derecho chileno no cabe una delegación entre organismos administrativos, sino solo al interior de un único organismo” (Valdivia, 2018, p.83), estamos bien obligados a considerar que se trata de una suerte de delegación⁴², porque de la definición legal que la misma hace el art. 41⁴³ de la LOCGBAE, salvo la letra b) —y eventualmente la d)— las características de la delegación corresponden bien a las disposiciones del artículo 114 y a su aplicación por la Ley 21.073. Efectivamente, los actos del presidente de la república son actos administrativos (como lo menciona la letra c) del artículo 41); podrá transferir una o más competencias (semejanzas con la letra a) del artículo 41); podrá ser temporal y entonces recuperarla cuando quiere (parentesco con la letra e) del artículo 41).

Sobre este último punto, se agrega un elemento etimológico interesante. El artículo 114 utiliza la palabra “transferir”. Según la RAE, “transferir” significa “ceder

42 Efectivamente, la noción de competencia delegada no es nueva en derecho administrativo, pero su uso en el derecho de la descentralización es más novedoso. Como lo subraya J.-M. Pontier, se diferencia sobre tres puntos de la delegación clásica de competencias. Primero, las delegaciones de competencias a las colectividades territoriales intervienen en el marco de transferencias de competencias, es decir en el marco de una operación que tiende a modificar la repartición de las competencias existente hasta este momento. Luego, la delegación interviene entre dos personas distintas y no en el seno de una sola. En fin, no hay, normalmente, vínculo jerárquico entre el Estado y los entes territoriales, contrariamente a la delegación clásica de competentes (Pontier, 2006).

43 “El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes: a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas; b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes; c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda; d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización; y e) La delegación será esencialmente revocable. El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación”.

a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”⁴⁴, y, a su turno, ceder es renunciar. Sin embargo, las “transferencias” de competencias pueden ser tanto temporales como definitivas. Pero una transferencia de competencia es “definitiva” solo si lo es por la Constitución, y en tal caso, puede ser modificada. Incluso, en un Estado federal como Estados Unidos en el que el gobierno federal tiene competencias de atribuciones y donde la soberanía reside en los Estados federados: estos, teóricamente, podrían recuperar sus competencias u oponerse a transferencias suplementarias hacia el gobierno federal, pues este necesita del acuerdo de los Estados federados para modificar la Constitución. En el caso de un Estado unitario, el gobierno central puede modificar la Constitución por sí solo, pero regularmente no tiene que hacerlo puesto que la propia Constitución reserva normalmente la repartición de las competencias al legislador. El problema finalmente no reside tanto en el nombre, puesto que, entonces, una transferencia nunca es definitiva⁴⁵. El problema está en que la transferencia se realizará no mediante la ley, sino que por decreto. La diferencia es fundamental: en un caso, se necesita la deliberación de un órgano colegial —el Congreso— sobre una modificación de una ley orgánica, lo que necesita un amplio acuerdo y protege de mejor manera a las regiones en contra de cualquier decisión intempestiva. En el otro, es un órgano unipersonal que actúa mediante decreto.

Como hemos visto, el poder central podrá establecer de manera detallada las condiciones de ejercicio de una competencia “transferida”, pero si estas son definidas con demasiada precisión, es difícil ver dónde radica la diferencia entre esta transferencia y una delegación de poderes, pues se asemeja más bien a una competencia reglada para la región, que a un ejercicio discrecional de dicha competencia por parte de esta. En definitiva, puesto que estas “transferencias” se realizarán por decreto, en realidad estarán sujetas a la buena voluntad del presidente de la república. Como podemos ver, la descentralización chilena es precaria.

Aquí aparece otro problema fundamental de la descentralización chilena: la ley establece que el decreto que revocaría una transferencia temporal de competencia deberá ser fundado⁴⁶. ¿Quién controlará la apreciación del gobierno central sobre la “deficiente prestación del servicio a la comunidad” por parte de un gobierno regional? ¿Podrá defenderse el gobierno regional en contra de los actos del presidente de la república? Si bien existen mecanismos de impugnación de los decretos supremos, los órganos de control correrían el riesgo de proceder a uno de oportunidad de una política pública, y no se trataría de un control jurídico. Es dudoso entonces que ello ocurra.

44 Sentido 3).

45 ¿Quizás para el legislador las delegaciones podrán constituir una etapa previa a eventuales verdaderas transferencias inscritas en la ley orgánica, protegiendo así las regiones ante modificaciones intempestivas decididas por el ejecutivo?

46 Art. 21 octies.

La pregunta ya ha sido planteada por varios diputados que temen que en caso de enfrentamiento entre un gobernador regional —ahora elegido por sufragio universal— y el presidente de la república, este último sancione el primero en desmedro de los intereses de los habitantes de la región al retirar alguna(s) competencias previamente “transferidas”.

Como lo afirmaba ya L. LE FUR en 1911, las garantías de la descentralización “no pueden consistir en otras cosas que en recursos jurisdiccionales”⁴⁷. Los conflictos de competencias son generalmente zanjados por una jurisdicción suprema, que no es forzosamente constitucional, en referencia a la ley del Estado central que —sobre mandato de la Constitución— ha delegado competencias administrativas a los entes descentralizados. El acceso a un juez para sancionar el respeto de las competencias repartidas por el legislador no causa normalmente ningún problema, en aplicación del principio de legalidad. Titulares de la personalidad jurídica, los entes territoriales gozan de la posibilidad de hacer respetar sus competencias —principalmente por el juez ordinario— de las actuaciones del ejecutivo, pero también de otros entes territoriales (del mismo nivel o no) o de otros órganos administrativos. En lo que concierne a Chile, el artículo 126 de la Constitución es equívoco porque remite a la ley la tarea de establecer “la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales” (CPR, 1980, art.126). En ausencia de adopción de la ley, son entonces los diferentes tribunales, con la participación de la Contraloría General de la República de manera preventiva⁴⁸, que intervendrán para garantizar a los entes territoriales, frente a los ataques a sus competencias, derechos y garantías constitucionales, por parte de otros órganos distintos al legislador. Así, la Corte Suprema acepta que:

Siendo las Municipalidades personas jurídicas de derecho público autónomas nada obsta a que si sus derechos son vulnerados por actos administrativos de otros órganos de la Administración, tanto activa como de control, puedan recurrir de protección ante los tribunales superiores de justicia. (SCS Rol 2791-2012 de 03-07-2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso*, cons. 3.)

Con los límites inherentes a su calidad de persona jurídica de derecho público⁴⁹. La práctica del poder central, el comportamiento de las propias regiones y la vigilancia de los tribunales nos dirán si estamos en el camino hacia una verdadera

47 Le Fur (1911, p. 6) citado por Regourd (1982, p. 43).

48 Mediante el control previo de legalidad de los actos del ejecutivo y de los otros órganos administrativos.

49 V. SCA de Concepción, confirmada por la Corte Suprema, “*Municipalidad de Santa Juana con COREMA VIII Región, Gobierno y Administración del Estado*, año IX, N°105, pp.123-127. cons. 3: “Que efectivamente la recurrente persona jurídica de derecho público, no puede tener la calidad de afectada en los derechos a la vida, a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por cuanto tales derechos son inherentes a las personas naturales”.

profundización de la descentralización regional o si nos enfrentamos en realidad a un fenómeno de “desconcentralización”. Como se ha escrito,

La lógica de la ‘desconcentralización’ puede llegar a que el Estado no transfiera competencias, sino que las delegue a los entes territoriales. Jurídicamente, eso implica que las competencias territoriales son temporales y, sobre todo, que su titular permanece el gobierno central. (Delooz, 2015, p.112)

Al respecto, hay “desconcentralización” cuando:

El autor de la competencia es, nominalmente, una autoridad descentralizada, pero su margen de maniobra, casi inexistente. El Estado practica el *faire-faire* de sus competencias en lugar del *laissez-faire* en el marco de competencias descentralizadas. La única diferencia con la desconcentración —y lo que permite a las autoridades estatales decir que descentralizan— es que el órgano no central no está en una relación jerárquica, pero está obligado a actuar conforme las instrucciones del poder central. (Delooz, 2015, p.113)

Para esclarecer las intenciones del gobierno, el reglamento de aplicación de la ley relativo a las modalidades de transferencia de competencia será fundamental y es esperado con ansiedad por los diferentes actores de la regionalización.

Por último, y no menos importante, la ley enuncia que los recursos financieros proporcionados para el ejercicio de las nuevas competencias se transferirán por contrato entre el gobierno central y cada una de las regiones o, eventualmente, por las leyes presupuestarias. Todo esto hace que este “fortalecimiento de la regionalización” sea muy incierto.

Conclusión

La adopción de la Ley N° 21.074 de Fortalecimiento de la Regionalización del país del 15 de febrero de 2018, es un avance, puesto que pone fin a un proceso legislativo que se inició el 12 de septiembre de 2011. Introduce, como se ha visto, cambios potencialmente importantes para la regionalización chilena y solo la práctica dirá si se produjeron las transformaciones esperadas. Sobre éste punto, el gobierno que debe dictar aún⁵⁰ varios reglamentos (al menos seis)⁵¹ de aplicación de la ley

50 El único reglamento adoptado al momento de escribir esas líneas, es el Reglamento N° 975 de 16 de mayo de 2018 que “fija la política nacional sobre zonas rezagadas en materia social”. Fue promulgado el 14 de febrero de 2019.

51 Reglamento sobre Abreviaturas de Regiones (1); Reglamento General de Transferencia de Competencias (2), Reglamento Establece Procedimiento Marcos (3) Presupuestarios, Política Nacional de Ordenamiento Territorial, Reglamento

de profundización de la regionalización tiene una gran oportunidad de demostrar su voluntad descentralizadora.

Sin embargo, el proceso general de descentralización es incierto y sobre varios aspectos no muy alentador. Primero, en lo relativo a las nuevas competencias y el proceso de transferencia de competencias, luego en lo que concierne a los municipios. En ese contexto, el legislador chileno tiene la oportunidad de corregir la trayectoria, recuperando su competencia sobre el primer punto, y sobre el segundo, intentando no cercenar más la autonomía municipal. No debe olvidar que:

Es en la comuna que reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones comunales son a la libertad lo que las escuelas primarias a la ciencia; ellas son las que la ponen al alcance del pueblo; les hacen gustar de su uso pacífico y lo habitúan de servirse de ella. Sin instituciones municipales, una nación puede darse un gobierno libre, pero carecerá del espíritu de la libertad. (Tocqueville, 1984, p. 75)

Para ello, el principio de coordinación —cardinal de la administración territorial y de la actividad administrativa, consagrado a nivel constitucional⁵² y en las principales leyes que gobiernan la administración pública⁵³— debe jugar un papel fundamental. Requiere colaboración⁵⁴ y coherencia. El nuevo artículo 20 de LOCGAR subraya esa última al señalar que las funciones generales, así como las de ordenamiento territorial y apoyo al desarrollo económico y social, se llevarán a cabo de manera coherente con las políticas nacionales vigentes.

De este modo, incluso si el camino aún es largo —principalmente en términos de autonomía financiera, pero también de mecanismos de resolución de conflictos relacionados con la transferencia de competencias y el reconocimiento de estatutos especiales para el pueblo mapuche y la Isla de Pascua— la descentralización chilena avanza.

Referencias

Bermúdez Soto, J. (2011). *Derecho administrativo general*. (2ª ed.). Santiago: Thomson Reuters.

que Regula el Plan Regional de Ordenamiento Territorial (4), Reglamento que Regula las áreas metropolitanas (5), Reglamento que Regula el Comité Regional de Ciencia, Tecnología e Innovación (6).

52 Arts 33, 111, 115 bis, 123 CPR.

53 Sobre todo art. 5, inc. 2 LOCBGAE.

54 El nuevo párrafo del artículo 13 de la Ley Regional señala que: “los gobiernos regionales [...] podrán desarrollar sus competencias directamente o con la colaboración de otros órganos de la Administración del Estado”.

- Bulnes de Granier, L. (1998). La regionalización y sus antecedentes jurídicos. En Bulnes, L., Errázuriz, M., Godoy, H., Varas, J. I. & Villalobos, S. (Eds.) *La Regionalización*, (pp. 1-26). Santiago: Editorial Andrés Bello.
- Carrasco Delgado, S. (1997). Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925. *Revista Chilena de Derecho*, 24 (2), pp. 321-335.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (2000). El debate sobre la autonomía municipal. En Sosa Wagner, F. (Coord.) & Martín Mateo, R. (Hom.). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Dr. Don Ramón Martín Mateo* (pp. 545-580). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Delooz, B. (2015). El dilema de la regionalización chilena: ¿más desconcentración o “auténtica” autonomía regional? En: Bocksang Hola, G & Lara Arroyo, J.L (Coords.). *Administración Territorial de Chile. Estudios sobre descentralización y desconcentración administrativas* (pp. 107-130). Santiago: Thomson Reuters.
- Faure, B. (2011). *Droit des collectivités territoriales* (2^e éd). Paris: Dalloz.
- Ferrada Bórquez, J. C. (1999). El Estado administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. *Revista de derecho (Valdivia)*, 10 (1), pp.115-123.
- Godoy, Oscar. (2003). Parlamento, presidencialismo y democracia protegida. *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIII N^o 2: pp. 7-42.
- Gonod, P., Melleray, F. & Yolka, P. (Dir.). (2011). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz.
- Hernández Olmedo, L. (1993). La Descentralización en el Ordenamiento Constitucional Chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 20, pp. 535-555.
- Illanes Oliva, M. A. (1993). El proyecto comunal en Chile. *Historia* (Repositorio U.C.), 27, pp. 213-329.
- Le Fur, L. (1911). La protection juridictionnelle des franchises locales. *Revue Générale d'Administration*, Tome 1, pp. 5-21.
- Nogueira Alcalá, H. (2008). El régimen jurídico-constitucional del gobierno y la administración interior del Estado en Chile. En Bercholz, J. O. (Ed.). *La organización política del territorio en América y España: federalismo e integración* (pp. 205-248). Buenos Aires: Lajouane.
- Pantoja Bauzá, Rolando (2004). *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Pontier, J.-M. (1984). Semper Manet : Sur une clause générale de compétence. *Revue du Droit Public*, pp. 1443-1472.
- Pontier, J.-M. (2006). Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », en *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Dalloz, pp. 365-394.

- Quintana Benavides, A. (2006). Reforma a las bases de la institucionalidad: Entre lo superfluo, el contrabando y la inocencia. *Revista de Derecho Público*, 68, pp. 160-185.
- Romano, S. (1964). Autonomía. En Romano, S., Ayerra, M. (Trad.) & Sentís, S. (Trad.). *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Romano S. (1932). *Corso di Diritto Amministrativo I*. Padova: Cedam.
- Regourd, S. (1982). *L'acte de tutelle en droit administratif français*. Paris: L.G.D.J., Bibliothèque de droit public.
- Salazar, G. (1998). El Municipio Cercenado: La lucha por la autonomía de la asociación municipal en Chile, 1914-1973. En Salazar, G. & Benítez, J. (Compiladores). *Autonomía, espacio y gestión: El municipio cercenado* (pp. 5-16). Santiago: LOM, Universidad Arcis.
- Saldaña Lagos, C. (2010). Estallidos provinciales: la tensa relación entre las provincias y el centro. Chile, 1830-1860. *Universum*, 25 (1) pp.174-186.
- Soto Kloss, E. (1992). La desconcentración en el Derecho Administrativo chileno. *Revista de Derecho Público* (51/52), pp. 103-125.
- Tapia Valdés, J. (2005). Las reformas constitucionales de 2005, un triunfo del centralismo. En Nogueira A. H. *La Constitución Reformada de 2005*, (pp. 39-52). Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Librotecnia.
- Tocqueville, A. de. (1984). *La democracia en América*. Madrid: SARPE.
- Valdivia J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valencia Avaria, L. (1951). *Anales de la República I*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Véliz, C. (1984). *La tradición centralista de América latina*. Barcelona: Ariel.
- Zárate Pérez, A. R. (2012). La cláusula general de competencia de los entes territoriales en materia económica. *Revista digital de derecho administrativo*, (7), pp. 11-43.

Jurisprudencia citada

- STC Rol N° 4179-17 de 15-12-2017, *Control de constitucionalidad del proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la regionalización del país, correspondiente al boletín N° 7.963-06*.
- STC Rol 1669-2010 de 15-03-2012, "*Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle*."
- STC Rol 370-03 de 28-02-2003, *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 1, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 1° de febrero de 2003*.

STC Rol 246 de 02-12-1996, *Reglamenta aplicación del artículo 13°, del D.L. N° 1.939, de 1977 (facilita gratuitamente acceso por terrenos colindantes a playas de mar, ríos o lagos).*

SCS Rol 2791-2012 de 03-07-2012, *Municipalidad de Zapallar contra Contraloría Regional de Valparaíso.*

Décision CC n°75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, JO du 24 juillet 1975, p. 7533.

CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, Rec. p. 298 ; *AJDA* 2002. 42, note Y. Jegouzo; *ibid.* 386, étude D. Roman ; *D.* 2001. 2559, y las obs. ; *RDI* 2001. 366, obs. J.-P. Brouant; *RDSS* 2002. 81, note M. Ghebali-Bailly; *Coll. terr.*2001, n° 228, note J. Moreau.

Sharon- melisa- garcia- Rengifo

Que es- Para ti- la- educacion

ES- hacer- silencio
Escuchar- a las- personas
Respetar- a las- personas



ES- ha- aprender- muchas- cosas-
Para- la- vida

Autor: Sharon Melisa Garcia Rengifo

“Naturalizar” la ideología neoliberal: educar en el *habitus* capitalista *

Enrique Javier Díez Gutiérrez **

Resumen

Este trabajo analiza cómo se está educando una nueva subjetividad neoliberal adaptada a la sociedad del capitalismo avanzado en que vivimos y el papel que juega la educación en dicha reconfiguración. Pasado el tiempo de la conquista por la fuerza, llega la hora del control a través de la persuasión. La dominación es más profunda y duradera en la medida en que el dominado es inconsciente de serlo. Razón por la cual, a largo plazo, para todo imperio que quiera perdurar, el gran desafío consiste en domesticar las almas. La eficiencia del sistema neoliberal reposa fundamentalmente en el proceso de interiorización colectiva que asume ampliamente la lógica del sistema, que se adhiere “libremente” a lo que se le induce a creer. La ideología neoliberal se instala en el sistema educativo mediante la lógica del emprendimiento que convierte el egoísmo en impulso vital y trascendental. Las reformas educativas que se están implantando en buena parte del mundo, siguiendo las directrices de organismos económicos internacionales de clara orientación neoliberal, introducen esta lógica en los actuales sistemas educativos. La última reforma educativa española, la LOMCE, es un buen ejemplo de ello. En este artículo se analizan algunas de sus claves.

Palabras clave: neoliberalismo educativo; uberemprendimiento; pedagogía del egoísmo; capitalismo emocional.

“Naturalize” the neoliberal ideology: educate in the capitalist habitus

Abstract

This paper analyses how a new neoliberal subjectivity is being adapted to the society of advanced capitalism we live in as well as the role that education plays in this reconfiguration. Now that conquest by force is a thing of the past, control is exercised by means of persuasion. Domination is more deep-rooted and lasting when the person dominated is unaware of it. This is why, in the long-term, the challenge for every empire that desires to endure is to subjugate the people’s will. The efficiency of the neoliberal system lies primarily on a process of collective internalisation of the system’s logic, so that people “freely” abide by what they have been led to believe. Neoliberal ideology permeates the education system through the logic of entrepreneurship that transforms self-interest into an essential, transcendental drive. The educational reforms being introduced throughout much of the world, following guidance of clearly neoliberal international economic organisations, are inserting this logic into current education systems. The latest Spanish educational reform, the LOMCE, is a good example of this. The present article analyses some of its key aspects.

Key words: educational neoliberalism; uber-entrepreneurship; pedagogy of selfishness; emotional capitalism.

“Naturalizar” a ideologia neoliberal: educar no habitus capitalista

Resumo

Este artigo analisa a forma como está sendo educada uma nova subjetividade neoliberal adaptada à sociedade do capitalismo avançado onde vivemos e o papel que desempenha a educação em tal reconfiguração. Após o tempo da conquista pela força, chega o momento do controle através da persuasão. A dominação é mais profunda e duradoura na medida em que o dominado é inconsciente de sê-lo. Razão pela qual, a longo prazo, para todo império que quiser perdurar, o grande desafio consiste em domesticar as almas. A eficiência do sistema neoliberal assenta fundamentalmente no processo de interiorização coletiva que assume amplamente a lógica do sistema, que adere “livremente” ao que é induzido a acreditar. A ideologia neoliberal instala-se no sistema educativo por meio da lógica do empreendimento que torna o egoísmo em impulso vital e transcendental. As reformas educativas que estão sendo implantadas em grande parte do mundo, seguindo as diretrizes de organismos econômicos internacionais com uma clara orientação neoliberal, introduzem esta lógica nos atuais sistemas educativos. A última reforma educativa espanhola, a LOMCE, é um bom exemplo disso. Neste artigo analisam-se alguns dos seus segredos.

Palavras-chave: neoliberalismo educativo; uber-emprego; pedagogia do egoísmo; capitalismo emocional.

* Artículo de reflexión. Título del proyecto de investigación del cual se deriva: Los valores transmitidos en la formación inicial del profesorado; Grupo de investigación: Educación, Ciudadanía, Inclusión, Igualdad e Interculturalidad ECIII; Investigador principal: Enrique Javier Díez Gutiérrez. Institución financiadora del proyecto: Universidad de León (España); Fecha de terminación de la investigación: 2014.

** Profesor de Didáctica y Organización Escolar de la Universidad de León, España; Doctor en Ciencias de la Educación. Licenciado en Filosofía. Diplomado en Trabajo Social y Educación Social. Maestro de Primaria. Su último libro publicado es *Neoliberalismo educativo* (Octaedro, 2018); Línea de investigación: Especialista en organización educativa, desarrolla su labor docente e investigadora en el campo de la educación intercultural, el género y la política educativa, al que pertenece el autor. Correo electrónico: enrique.diez@unileon.es ORCID: 0000-0003-3399-5318



“Naturalizar” la ideología neoliberal: educar en el *habitus* capitalista

Introducción

Lo que el capitalismo se dio cuenta en la era neoliberal, argumenta el filósofo Byung-Chul Han (2014), es que no necesitaba ser duro, sino seductor. El control y la vigilancia ya no se tienen que imponer, nos lo autoimponemos y lo difundimos. Se trata de “naturalizar” la ideología neoliberal. Convertirla en normalidad y disciplina cotidiana. *Apple*, *Facebook* o *Instagram* no nos lo impusieron, nos hicieron jugar ese papel nosotros mismos. “*Por nuestra propia voluntad, ponemos toda la información concebible acerca de nosotros en Internet*” (Han, 2014, p.63), de forma “libre” y voluntaria. La eficiencia de este sistema reposa fundamentalmente en este proceso de interiorización colectiva que asume ampliamente la lógica del sistema, que se adhiere “libremente” a lo que se le induce a creer.

A nadie parece molestarle, mostrando en la mayoría de las ocasiones una indiferencia cómplice o, en todo caso, desesperanzada. Han colonizado nuestro pensamiento, nuestros deseos y esperanzas. Parafraseando al teórico marxista Antonio Gramsci (1981), cuando la clase dominada asume la ideología de la clase dominante, no se necesitan ejércitos de ocupación, porque ya han conquistado nuestras almas: la ideología que sostiene y cohesiona a un determinado grupo social se hace hegemónica cuando sus valores y creencias pasan a formar parte del imaginario colectivo, logrando que su visión de la realidad y las soluciones que proponen sean consideradas de sentido común.

Las sociedades occidentales actuales han abandonado el modelo disciplinario (Foucault, 1975; Foucault, 2006) y, en contraste, han adoptado como principal herramienta de control social requiere la participación activa de los involucrados (Hardt & Negri, 2002). El sistema neoliberal nos educa para “elegir libremente”, incluso desear, pertenecer a su engranaje. La nueva explotación es amada. El “opio del pueblo” es el propio sistema.

Esta ideología neoliberal se ha convertido así en una “racionalidad” productora de cierto tipo de manera de vivir y de relaciones sociales, de cierta forma de comprensión del mundo y de un imaginario social, de un tipo, en definitiva, de subjetividad determinada (Foucault, 2004; Ong, 2007) que hace de la competencia una forma general de comportamiento personal y social que guiará todas las relaciones humanas (Laval & Dardot, 2013). Esta remodelación de la subjetividad “obliga” a cada persona a vivir en un universo de competición generalizada, organizando las relaciones sociales según el modelo del mercado y transformando incluso a la propia persona, que en adelante es llamada a concebirse y a conducirse como una empresa, un emprendedor de sí mismo.

Esto explica porqué a pesar de las consecuencias catastróficas a las que han llevado las políticas neoliberales desde hace 30 años, éstas son cada vez más activas, hasta el punto de hundir a los estados y las sociedades en crisis políticas y regresiones sociales cada vez más graves y que se haya profundizado en ellas sin tropezar con resistencias masivas que las impidan.

La tesis principal que se expone en este artículo plantea cómo la ideología neoliberal, “razón instrumental” del capitalismo contemporáneo, estructura y organiza, no sólo la acción de los gobernantes, sino que educa también la conducta, el comportamiento y las aspiraciones de los propios gobernados, a través de las nuevas reformas educativas (impulsadas por organismos internacionales de marcada orientación económica neoliberal) que contribuyen a construir una nueva subjetividad neoliberal mediante la interiorización de la lógica del sistema, que induce a “adherirse libremente” a él. Se impulsan para ello mecanismos y estrategias en el terreno de la educación que se desarrollan y analizan a continuación.

La Pedagogía del egoísmo

La sociedad nunca se hubiera “convertido” voluntariamente o espontáneamente al modelo neoliberal mediante la sola propaganda del modelo. Ha sido preciso pensar e instalar, “mediante una estrategia sin estrategias”, los tipos de educación del espíritu, de control del trabajo, del reposo y del ocio, basados en un nuevo ideal del ser humano, al mismo tiempo individuo calculador y trabajador productivo.

El paso inaugural consistió en inventar el “ser humano del cálculo” individualista que busca el máximo interés individual, en un marco de relaciones interesadas y competitivas entre individuos. Esta subjetividad neoliberal está marcada por un discurso que alega que la búsqueda del interés propio es la mejor forma mediante la que un individuo puede servir a la sociedad, donde el egoísmo es visto casi como un “deber social” y las relaciones de competencia y mercado se naturalizan (Ginesta, 2013; Torres, 2017). La finalidad del ser humano se convierte

en la voluntad de realizarse uno mismo frente a los demás. El efecto buscado en este nuevo sujeto es conseguir que cada persona considere que autorrealizarse es intensificar su esfuerzo por ser lo más eficaz posible, como si ese afán fuera ordenado desde el interior por el mandamiento imperioso de su propio deseo. Se desarrolla un *habitus* (Bourdieu, 1984), un esquema a partir de los cuales las personas aprenden a percibir el mundo y actuar en él. Son las nuevas técnicas de fabricación de “la empresa de sí”.

La empresa se convierte así, no sólo en un modelo general a imitar, sino que define una nueva ética, cierto *ethos*, que es preciso encarnar mediante un trabajo de vigilancia que se ejerce sobre uno mismo y que los procedimientos de evaluación se encargan de reforzar y verificar. De esta forma cada persona se ha visto compelida a concebirse a sí misma y a comportarse, en todas las dimensiones de su existencia, como portador de un talento-capital individual que debe saber revalorizar constantemente (Laval & Dardot 2013). El primer mandamiento de la ética del emprendedor es “ayúdate a ti mismo”. Y sus tablas de la ley se rigen por la competencia como el modo de conducta universal de toda persona, que debe buscar superar a los demás en el descubrimiento de nuevas oportunidades de ganancia y adelantarse a ellos. La gran innovación de la tecnología neoliberal consiste, precisamente, en vincular directamente la manera en que una persona “es gobernada” con la manera en que “se gobierna” a sí misma.

No se trata sólo de la conversión de los espíritus; se necesita también la transformación de las conductas. Esta es, en lo esencial, la función de los dispositivos de aprendizaje, sumisión y disciplina, tanto económicos, como culturales y sociales, que orientan a las personas a “gobernarse” bajo la presión de la competición, de acuerdo con los principios del cálculo del máximo interés individual.

De este modo se ordena al sujeto que se someta interiormente, que vigile constantemente sobre sí mismo, que trabaje sobre sí mismo con el fin de transformarse permanentemente, de conseguir una mejora de sí, de volverse cada vez más eficaz en conseguir resultados y rendimientos. La economía se convierte en disciplina personal.

Aparece el ‘doer’. Ser ‘doer’ se convierte en tendencia. El ‘doer’ es una persona luchadora que consigue lo que quiere y no le importa sacrificarse hasta límites insospechados porque su meta es lo primero. Es el nuevo héroe, la nueva heroína, de la “clase trabajadora” porque aguanta sin dormir y a base de cafeína para trabajar como si fuera el dueño de la empresa, pero cobrando como un becario, o incluso pagando por trabajar y adquirir la experiencia laboral. Una nueva forma de convertir la explotación y la pobreza en una manera de ser emprendedor y superarse a sí mismo (Cantó, 2017).

Estas técnicas de gubernamentalidad y control se apoyan en las disciplinas y corrientes del “*cuidado de sí*”, desde el *coaching*, al pensamiento positivo, pasando

por la programación neurolingüística (PNL), el análisis transaccional y múltiples procedimientos vinculados a una escuela o un gurú, que le ayudan al emprendedor, al ‘doer’, a conseguir un mejor dominio de sí mismo y de adaptación de las propias emociones al estrés, la precariedad y los despidos. Saberes psicológicos, con un léxico especial, autores y autoras de referencia, métodos particulares, modos de argumentación de aspecto empírico y racional y un ingente negocio que se introduce en la educación.

Psicoeducación performativa

De esta forma, la *biopolítica foucaultiana*, el control panóptico exterior (Foucault, 2006), es continuada por la *psicopolítica* neoliberal, en la que el control pasa al interior y se gestiona desde la emoción. El panóptico (pos) moderno es voluntario, en donde los sujetos se desnudan y revelan su vida y su interioridad de forma global, en un ágora virtual poblada fundamentalmente de espectadores y consumidores. En esta *sociedad de la transparencia* (Han, 2013) todo el mundo conforma el panóptico. Se conforma de esta manera una sociedad fragmentada en una infinidad de unidades aisladas y narcisistas, que se autoexplotan pero se creen libres, incapaces de unirse para la acción colectiva, para la política efectiva, donde tecleamos como *clickactivistas* en lugar de actuar. La explotación asumida en *lógica Facebook*: “me gusta” (Beni, 2017). Triunfa el *management* emocional, la psicología positiva y los *coach* para afrontar el estrés, la precariedad e inseguridad laboral, conteniendo y encauzando así las protestas y las luchas colectivas.

El *coaching* emocional, el “sí se puede” de la psicología positiva y los manuales de referencia al “estilo” Paulo Coelho (2010), sirven para gestionar la frustración de grandes contingentes de población afectados por los despidos masivos derivados de los procesos de deslocalización y de reestructuración de las empresas y ayudan a autorregular la conciencia opresiva de ser un trabajador o trabajadora explotado y precarizado. El entrenamiento, mediado por la emocionalidad, impide reconocer los mecanismos de sometimiento, en los que las relaciones de explotación son obviadas, permitiéndole sentirse un colaborador libre y proactivo.

Son las nuevas competencias de *biopoder* y colonización mental demandadas a la educación: “Si usted vive en condiciones de miseria y no es feliz, la culpa es suya y lo que tiene que hacer es cambiar su actitud” (Galindo, 2017, p.119). Se trata de entrenarse para cambiar la percepción antes que intentar cambiar las condiciones de vida. Salir de nuestra “zona de confort” e interpretar nuestras dificultades como una oportunidad de realización personal, porque “si lo crees, lo creas”. Como si el paro, la enfermedad o la exclusión pudieran esfumarse haciendo un pequeño esfuerzo de reelaboración emocional y gestión personal, porque

“el problema de fondo es de actitud personal ante los problemas”. Métodos que animan a la servidumbre voluntaria.

Se presentan como técnicas pragmáticas de transformación de las personas orientadas a resultados, empezando por el trabajo de auto-persuasión, en virtud del cual cada uno debe creer que los recursos necesarios para evolucionar se encuentran en sí mismo. La fuente de la eficacia está en el interior de uno mismo. Los problemas, las dificultades, se convierten de este modo en una ‘auto-exigencia’, pero también en una ‘auto-culpabilización’, ya que somos los únicos responsables de lo que nos sucede. De hecho, las “crisis” se convierten en auténticas oportunidades de demostrar la valía personal y la capacidad de recuperación.

La industria de la automotivación se ha ido así expandiendo, extendiendo el mantra de la capacidad de autosuperación y el desarrollo personal, aprendiendo a vivir la servidumbre como si fuera una actividad liberadora. La misión de la vida es tener éxito y demostrar constantemente que se es feliz; nada puede impedir conseguir los sueños; no hay excusas. Cada día es el último y se debe luchar como si no hubiera mañana, hay que deshacerse de todo lo que estorba, soltar lastre. Convertirse en un “doer”, sin tiempo siquiera para comer, descansar un instante, dormir o tomar un café, en una situación de asfixia continua, viviendo al límite, estando siempre ocupado. En un panorama laboral y social fragmentado y competitivo, con una precariedad que mantiene al borde del precipicio, la ideología de la automotivación, junto con el consumo de psicofármacos (su consumo se ha triplicado desde que comenzó la crisis económica internacional), hace hoy la función de lo que ayer era el capataz que vigilaba el destajo en la fábrica, exprimiéndonos y deseándolo incluso. Hoy es el propio deseo, acoplado al deseo del capital que, junto con el miedo a quedarse atrás y solo, coloniza la mente colectiva. Son “*los juegos del hambre*” revestidos con lenguaje de *coaching*, que nos han reconvertido en accionistas de nuestra propia fuerza de trabajo, somos nuestras propias marcas, vendiéndonos continuamente, en una constante reconversión industrial de nuestro propio yo (Moruno, 2015).

La explotación por otros queda así interiorizada. Ya no se trata solo de ejercer el poder mediante la coacción sobre los cuerpos, los pensamientos y los comportamientos, sino que debe acompañarse del deseo individual, donde cada persona se involucre y participe activamente en lo que Han (2012) llama la “explotación voluntaria de sí mismo” hasta la extenuación. Es incluso mucho más eficiente que la explotación ajena, porque va unida a la idea de libre elección, haciendo que las personas se “autoexploten” a la vez que se piensan como “libres”.

El emprendimiento se instala como modelo y horizonte de expectativas. Se pretende edificar un nuevo marco cognitivo alrededor de la concepción de que el emprendimiento, marcado por la lógica del interés propio y la competición, reedición del mito del “sueño americano”, pero un sueño convertido en pesadilla de autoexplotación, es el ideal a perseguir. La ideología neoliberal consagra los

intereses privados como socialmente deseables, con el reiterado argumento in-demostrado hasta ahora de que una parte de los beneficios del emprendedor que persigue sus intereses propios terminan redundando y goteando hacia el bienestar colectivo. El interés propio es así legitimado y defendido. Frente al bien público se alza el afán privado. La iniciativa privada y el emprendimiento se convierten casi en un deber social.

El emprendimiento se convierte simultáneamente en una tecnología de control del yo (Foucault, 2004) a través de la introyección subjetiva de la culpa, convirtiendo a las propias víctimas en culpables de la situación que sufren: “hay mucho desempleo porque faltan emprendedores”, “deja de perder el tiempo enviando currículos para encontrar trabajo, tú mismo puedes ser autónomo, crea tu propia empresa” (Hernández, 2017, p.9). La falta de empleo se convierte en un problema personal de incapacidad. Quien fracasa es doblemente fracasado porque se busca convencerle que es culpable de su fracaso, si no es suficientemente emprendedor (Bolívar Botía, 2014).

Peor aún. Asistimos así a una completa inversión de la crítica social: mientras que hasta los años 70, el paro, las desigualdades sociales, todas las “patologías sociales” eran relacionadas con el capitalismo, desde los años 80 estos mismos males han comenzado a ser sistemáticamente atribuidos a lo público. Ronald Reagan hizo de ello un eslogan: “el Estado no es la solución, es el problema”. Según la ideología neoliberal, los servicios públicos mantienen la irresponsabilidad, la falta del aguijón indispensable de la competencia individual. La gratuidad de los estudios empuja a la vagancia. Las políticas de redistribución de los beneficios desincentivan el esfuerzo. El “estado providencia” desmoraliza y destruye el esfuerzo personal. Disuade a los pobres de tratar de progresar, desresponsabilizándoles, disuadiéndolos de buscar trabajo, de formarse, de ocuparse de sus hijos e hijas, haciéndoles preferir el ocio al trabajo, lo cual les lleva a perder la dignidad y la autoestima. No hay más que una solución: la supresión del *Estado de Bienestar* y la reactivación de la caridad, en último extremo, de la familia y las ONGs en todo caso, para aquellos casos más problemáticos, obligando a las personas, para evitar la deshonra, a asumir sus responsabilidades, a recuperar su orgullo.

Las ayudas proporcionadas a las personas más necesitadas generan dependencia de los demás y las alejan del cumplimiento de sus obligaciones. El Estado de Bienestar coloca a las personas ante un enorme riesgo moral, pues evita que tengan que asumir las consecuencias de sus actos. (Moya, 2014, p. 67)

Uberemprendimiento

Pero esta nueva ideología del emprendimiento (Ararat Herrera, 2010), se traduce en realidad en prácticas de explotación sin límites y sin fronteras. El Gobierno de

la Ciudad de Buenos Aires impulsaba recientemente una reforma de educación secundaria en la que establece que, en el último año de formación, las y los estudiantes deberían trabajar gratis para empresas la mitad de su tiempo escolar, justificándolo como “prácticas *profesionalizantes*” y el otro 50% sería destinado al desarrollo del “*emprendedurismo*” (Pike, 2017).

En el actual escenario laboral de neoliberalismo salvaje, se avanza hacia la progresiva *uberización* del modelo emprendedor (Beni, 2017). La *uberización* empresarial (Nurvala, 2015; Constantine, Gebauer, & Bartsch, 2019) es la inculcación del modelo neoliberal de trabajo y precarización vital, promovido por multinacionales y plataformas, falazmente llamadas colaborativas, como *Uber*, *Cabify* o *Deliveroo*, en donde el capitalista ya no precisa ni arriesgar su capital, y en el que los trabajadores y las trabajadoras se aprestan a generar beneficios para estas plataformas, asumiendo todo el riesgo, felices y contentos de no ser ya “clase trabajadora”, sino avispados emprendedores (Valenduc, 2019).

Es el nuevo modelo de emprendedor: en todo caso con contratos de prestación de servicios, en jornadas sin fin, sin cotización ni vacaciones, ni baja por enfermedad, ni ascensos. Constituye una economía informal que no paga impuestos, ni se hacen declaraciones de IRPF, ni hay pagos a la Seguridad Social; donde los jefes son algoritmos y la clase trabajadora deja de tener un salario, para pasar a funcionar emitiendo, con suerte, sus propias facturas; donde la protección frente a contingencias como la enfermedad o la discapacidad quedan excluidas, pero tampoco son contemplados los necesarios periodos de descanso o vacaciones, la conciliación de la vida laboral y familiar y cada “falso autónomo” se hace responsable de poner todos los recursos, materiales y medios necesarios para realizar el encargo, pero aun así la empresa o plataforma (*Uber* de transporte por conductores, *Deliveroo* de entrega de comida a domicilio, o *Airbnb* de alojamiento turístico) cobra su parte. Se produce así una transferencia total del riesgo a la clase trabajadora. Bienvenidos a la explotación 3.0, utilizando la tecnología para la *hiperprecarización* laboral: gestionar repartos, sin tener en nómina a un solo repartidor. “*Consigue ingresos adicionales, sé tu jefe y define tu horario*”, así se anuncian este nuevo emprendimiento 3.0.

Parece tomar cuerpo la distopía que narra Isaac Rosa (2017) de forma a la vez irónica y dramática: “¡Pon a trabajar tus horas de sueño!”, donde se propone aprovechar como “colaborador libre” los miles de horas que pasamos durmiendo para trabajar en un sueño colaborativo, mediante la aplicación *Udream*, consiguiendo de paso un dinero extra. *Udream*, lo último en la revolución de la economía colaborativa, asegura sarcásticamente.

En la línea de todas aquellas plataformas digitales que en numerosos sectores y empresas han reformulado las rígidas relaciones laborales de antaño, cuando un hospital tenía médicos (¡contratados todo el

tiempo, y con un sueldo fijo!), un colegio profesores, un avión azafatas, o un banco empleados (¡y sucursales, qué locura!), con lo natural que hoy nos parece que un enfermo contacte directamente con un médico y fijen libremente el precio de la consulta; o que todo el que esté capacitado para enseñar pueda compartir sus conocimientos con todo el que esté interesado en aprender; o que sean los propios pasajeros de un avión los que den las instrucciones de evacuación y ofrezcan la venta a bordo (a cambio de un irresistible descuento en el billete); o que un banco cuente con telecolaboradores como los tiene hoy cualquier empresa que necesite un servicio de atención al cliente (que antes obligaban a costosas oficinas o teleoperadores contratados). (Rosa, 2017, pár.7)

La avaricia y la explotación, transformadas en empleo precario y *neoesclavitud*, se cobija bajo estas empresas cínicamente denominadas de “economía colaborativa”. Este último escalón para conseguir extraer el máximo beneficio apropiándose del trabajo ajeno, ha supuesto una especie de “*mercantilización del comunismo*” (Han, 2014). La economía colaborativa, una fórmula originalmente casi altruista, de vuelta al sentido solidario del trueque de bienes y servicios, surgida como una opción de la ciudadanía ante el mercantilismo para ampliar la oferta, ahorrar y conseguir un desarrollo sostenible⁵⁵, ha sido transformada en el nuevo cuerno de la abundancia, por un *capitalismo emprendedor 3.0* que ya no nos somete, sino que se nos ofrece como una nueva vía de libertad individual y voluntaria (Beni, 2017). Esta es la esencia oculta del “emprededurismo”.

La presión se está convirtiendo en insoportable: si no emprendes, no eres nadie. Eres responsable de construir tu propio futuro. En un entorno de *coworking*, rodeados de frases positivas y glamurosas al estilo *Paulo Coelho* —quien le teme al fracaso, le teme al éxito—, buscan “cumplir su sueño” y emprender. Convertirse en el arquitecto de los propios sueños y éxitos (Sefa Dei, 2019). El objetivo no es otro que descargar en la persona toda la responsabilidad de su futuro laboral. Ante el derrumbe del modelo de empleo estable y la precariedad organizada como sistema, se desplaza el riesgo y la responsabilidad a cada individuo, que debe hacer de su capacidad de empleabilidad una premisa frente a un mercado de trabajo inestable e inseguro por sistema.

De esta forma ya no se trata de cambiar el modelo laboral de precariedad y temporalidad instaurado por las reformas laborales de los gobiernos conservadores y neoliberales al servicio del sector empresarial y las corporaciones multi-

55 La “economía colaborativa” hacía referencia inicialmente al intercambio generoso entre personas físicamente próximas de recursos —tiempo, conocimientos, espacios, servicios, etc.— sin que hubiera remuneración o bien que éstas fueran de escasa cuantía o en especie, o bien que la aceptaran porque no estaban en condiciones de renunciar a ella. Todo ello se ha pervertido radicalmente en el actual sistema de plataformas de intermediación que combinan la tecnología y una economía globalmente desregulada.

nacionales, sino que cada uno ha de convertirse en “inversor y accionista” de su propia fuerza de trabajo y como tal debe actuar, haciendo de su vida un proceso de reconversión industrial continuo (Beck, 2000; Pérez Tapias, 2008; Moruno, 2015). Quizá sea la frase de la canción del rapero Nega —*Perdedor, ¿por qué no emprendes?*— la radiografía más certera de la sociedad neoliberal que se está construyendo con este modelo educativo.

La *ubereducación* emprendedora

Hacer una reforma educativa con la idea de formar trabajadores competitivos en el mercado local y global, no es simplemente una forma estrecha de entender la educación (Plaza, 2014), sino que es una inversión completa de los principios y valores en que se fundamenta todo sistema educativo: formarse como profesional es algo necesario, pero subordinado a la prioridad fundamental de cualquier sistema educativo, formarse como persona y ciudadano o ciudadana crítica para avanzar en la construcción de una sociedad más sabia, justa y cohesionada.

Pero las reformas educativas que se están implantando en buena parte del mundo (Darder, 2019) se orientan al servicio del mercado, siguiendo las directrices de organismos económicos internacionales de clara orientación neoliberal (Banco Mundial, FMI, OMC, OCDE, etc.). La última reforma educativa española es un buen ejemplo de ello.

La nueva ley educativa española, la LOMCE, en su preámbulo inicial o exposición de motivos, que sintetiza la ideología que subyace a la ley, establece que la educación deberá estar especialmente al servicio del sistema productivo, de la competitividad y de la empleabilidad. La educación se plantea así, en esta ley, como un factor dependiente de los procesos económicos y enfocada a potenciar esos procesos, anteponiendo las necesidades de los mercados.

Esta ley incluye entre sus objetivos “afianzar el espíritu emprendedor para el desempeño de actividades e iniciativas empresariales”. Un “espíritu emprendedor” que se inculcará tanto de forma transversal (todas las asignaturas deben fomentarlo) como específicamente mediante asignaturas de *Iniciación a la Actividad Emprendedora y Empresarial* en ESO y *Economía de la Empresa* en Bachillerato.

En los contenidos establecidos por el Ministerio de Educación se muestra también, de forma rocambolesca, este inusitado interés por meter a calzador el “emprendimiento educativo” sea donde sea. Así, en la asignatura de Filosofía de 1º de Bachillerato, la nueva ley educativa LOMCE propone estándares de evaluación que parecen sacados de la antología del disparate metafísico hispano: “*Conocer el modo de preguntar radical y mayéutico de la metafísica para diseñar una idea empresarial y/o un plan de empresa utilizando habilidades metafísicas y gnoseoló-*

gicas para conocer y comprender la empresa como un todo, facilitando los procesos de cuestionamiento y definición clara de las preguntas radicales y las respuestas a las mismas, como ¿qué somos?, ¿qué hacemos?, ¿por qué?, ¿para qué sirve esta empresa?, ¿cuál es nuestra misión?, ¿cuál es su sentido, su razón de ser? o “Conocer las técnicas del diálogo filosófico, la retórica, la filosofía del lenguaje y la metafísica para la resolución de negociaciones y de conflictos empresariales”.

El profesorado se siente desbordado buscando “fórmulas” de satisfacer los requisitos exigidos por la administración educativa para introducir el emprendimiento en su labor docente cotidiana. Incluso en las edades más tempranas de la educación infantil se ven compelidos a ir más allá del desarrollo de destrezas psicomotrices elaborando figuras de arcilla o plastilina. Tienen que buscar una estrategia para darle un carácter “emprendedor” a cualquier actividad (Kumar, 2019). De tal manera que se anima al alumnado infantil a crear un circuito comercial de venta de las figuras elaboradas, iniciándoles “pedagógicamente” en el “libre mercado” y la competición mercantil. De esta forma, niños y niñas se encuentran convertidos en vendedores que van de familiar en familiar, hasta agotar el producto que venden o agotar a los familiares y comenzar por la vecindad, como aquellos famosos productos que se vendían de puerta en puerta.

Incluso los juguetes se reconvierten: la empresa Mattel lanzó en 2014 la *Barbie Emprendedora*. Su emprendimiento se concreta en “vestir un traje sofisticado rosa, llevar una *tablet* y un *Smartphone*” (Sturm, 2014). Se crea un neologismo para denominar al nuevo modelo propuesto de profesor-empresario: *profesario*, en el programa “Emprender” de la televisión pública española (Carbonell, 2018).

Lo más preocupante, además, es que mientras se recorta en necesidades básicas en la educación pública, los ingentes recursos que se están destinando a esta “metafísica emprendedora” están dando resultados. Un macroestudio sobre una muestra de más de 12.000 jóvenes españoles (Llaneras & Pérez Colomé, 2017) refleja que la imagen de éxito social se centra de forma unidireccional en el “emprendedor”, el nuevo término talismán. En esta macroencuesta sobre cómo se imaginan su futuro profesional, sentencian: “*yo de mayor quiero parecerme a Amancio Ortega*”, el empresario propietario de Inditex y de la marca Zara, modelo patrio de emprendedor acusado de fraude y evasión fiscal y de hacer su fortuna explotando el trabajo esclavo de niños y niñas en empresas de países del sur.

Los contenidos transversales que deben impregnar todas las asignaturas ya no son educación para la igualdad, o educación para la paz, o educación intercultural. Ahora el contenido transversal estrella, para el que se destinan cientos de miles de euros en programas para desarrollarlo, sobre todo en las Comunidades Autónomas gobernadas por los conservadores, es la introducción del espíritu empresarial y financiero en el sistema educativo.

Parece como si para las administraciones educativas gobernantes la solución a todos los problemas es hacerse emprendedor. Impulsando su promoción a través de un discurso que reviste esta categoría de “emprendedor” dentro de un hábito mágico que supone una representación ideológica del mismo, provisto de cualidades extraordinarias, creativos líderes innovadores y visionarios, personas “hechas a sí mismas”, que cimientan el cambio social que requieren las sociedades actuales. Es la refundación del populismo empresarial convertido en individualismo emprendedor (Ararat Herrera, 2010; Maestre, 2016).

La ideología emprendedora es una apuesta ciega y sin ambages a favor del triunfo individual (Ginesta, 2013). Bajo el paradigma neoliberal los intereses privados pasan a ser el eje central, puesto que el ser humano solo se debe a sí mismo y su responsabilidad es para con sí. Se busca así crear ciudadanía “liberada” de cualquier obligación moral vinculada al sentimiento de solidaridad colectiva. Similar a lo que ha ocurrido en el ámbito económico con las reformas laborales que se extienden a lo largo del planeta, donde es el trabajador o la trabajadora individualmente quien tiene que negociar con su empleador las condiciones de su contrato, eliminando el respaldo colectivo que se consiguió hace años a través de organizaciones sindicales.

Se está así educando fundamentalmente en principios y valores “pragmáticos” de adaptación al mercado, asumiendo prácticas, metodologías, prioridades y propuestas que se adaptan cada vez más a los principios y filosofía del capitalismo: competir, ser el primero, aprovechar la oportunidad, someterse y adaptarse flexiblemente al poder constituido, asumir la desigualdad, excluir la diferencia, controlar la disidencia, tolerar la indiferencia ante la injusticia. De ahí que Tenti Fanfani (2003) haya denunciado reiteradamente que la educación se está convirtiendo en un campo de formación en el *habitus* capitalista.

Educando al nuevo sujeto neoliberal

Bajo el pretexto de las “opciones de elección en libertad”, el funcionamiento del sistema lo que tiende a generar es cálculo y egoísmo. Ya no se trata de mejorar lo colectivo con el esfuerzo común pensando en el bienestar de la comunidad, buscando el bien común, sino en la capacidad y el “talento” individual de elegir con acierto la mejor oportunidad para que cada uno se asegure más posibilidades de triunfar. Se ha impuesto socialmente así el principio *neodarwinista* en esta competición a la que nos empujan constantemente, donde “el ganador se lo lleva todo”. Por eso vemos, como un escaso contrato social, conseguido tras la segunda guerra mundial con la lucha de la clase obrera en una zona muy restringida de Europa y durante un brevísimo período de tiempo, está siendo rescindido, sin siquiera preaviso. Están desapareciendo de forma fulgurante los mecanismos de

protección colectiva, que denominamos Estado Social o de Bienestar, sin apenas alarma social o protestas colectivas significativas.

Esta nueva moral establece la “obligación de elegir” como la única “regla lógica del juego” de la vida, regida por las pautas del mercado. De esta forma cada persona asume la necesidad de hacer un cálculo de interés individual, si quiere aumentar su capital personal en un universo donde la acumulación y el obtener ventajas sobre los demás, parece la ley generalizada de la existencia y de la posible empleabilidad y supervivencia. Se sustituye la equidad colectiva, por la elección personal, un tema fundamental de las nuevas formas de conducta de este sujeto neoliberal.

No se trata de exigir que todas las personas tengan garantizado el acceso a los mejores centros educativos, sino de seleccionar el mejor para “los míos”, aquel que les dé las mayores posibilidades de obtener las máximas ventajas en la competencia con los otros. Según esta lógica neoliberal, la función del Estado es la de reforzar la competencia en los mercados existentes y crear la competencia allí donde todavía no existe, ayudando, apoyando y financiando opciones privadas y ampliando así la posibilidad de “libre elección” de los consumidores. El espacio público se construye así siguiendo el modelo del “global shopping center” con el apoyo y financiación del propio Estado (Díez Gutiérrez, 2007).

Este modelo convierte a las personas y a las familias en “clientes” y “consumidores” que buscan aprovechar y maximizar sus oportunidades, generando competencia entre los establecimientos escolares con el fin de que se esfuercen por alcanzar un alto puesto en los rankings, aplicando modelos de gestión por objetivos y pago por rendimiento. La competencia se convierte así en una forma de interiorización de las exigencias de rentabilidad a la vez que se introduce una presión disciplinaria en la intensificación del trabajo, el acortamiento de los plazos, la individualización de los salarios, reduciendo todas las formas colectivas de solidaridad en las comunidades educativas.

Esta tecnología de control disciplinario se acompaña simultáneamente de la expansión de toda una “tecnología evaluativa”, entendida como medida del rendimiento y eficacia. Dado que cuanto más “libre” se es de elegir en el mercado, más se necesita conocer la “calidad” de los productos que nos ofrecen, para elegir con eficacia, a fin de aumentar las posibles ganancias individuales y competir con más probabilidades de éxito en la jungla de la competencia de todos contra todos. El rendimiento de cuentas, la *accountability*, una forma de evaluación basada en los resultados medibles, se ha convertido en el principal medio para orientar los comportamientos, incitando al “rendimiento” individual.

La ideología neoliberal se plasma así en un nuevo tipo de persona, una persona formada en la lógica de la competición: una persona de empresa, calculador y competitivo (Ball, 2016). El nuevo sujeto neoliberal se convierte en el nuevo empresario

de sí mismo (Foucault, 2004), forjado para la competición y el rendimiento, hecho para triunfar, para ganar. “*We are the champions*”, tal es el himno del nuevo sujeto empresarial, con música de fondo de psicología positiva. Con una advertencia: en este nuevo mundo no hay lugar para los perdedores. El conformismo se vuelve sospechoso, porque este *neosujeto* emprendedor está obligado a “*trascenderse*”, comprometido con ser un auténtico ‘doer’, con generar capital simbólico para construir su propia “marca” personal, en el entorno laboral, en las redes, en las interacciones sociales... El éxito se convierte en el valor supremo. La voluntad de triunfar, a pesar de los fracasos inevitables, y la satisfacción que proporciona haberlo logrado, al menos por un momento en la vida, tal es el sentido de la misma.

Una vez que se ha aceptado entrar en la lógica de este tipo de *responsabilización*, ya no puede haber una verdadera protesta, ya que el sujeto ha llevado a cabo lo que de él se esperaba mediante una coacción autoimpuesta. La incertidumbre y la brutalidad de la competición son soportadas bajo la forma de fracaso, vergüenza y desvalorización personal.

Se deslegitima, por tanto, el conflicto social, ya que las exigencias autoimpuestas no tienen responsable ajeno, no tienen autores, ni fuentes identificables externas. El conflicto y la respuesta social están bloqueados porque las fuentes de poder se vuelven ilegibles desde este enfoque. Esto es, sin duda, lo que explica una parte de los nuevos síntomas de “sufrimiento psíquico”. Revela por qué, en épocas de crisis, en vez de llenarse los sindicatos con trabajadores y trabajadoras que se unen para luchar por sus derechos, son las consultas de los psiquiatras las que están a rebosar de personas con depresiones, ansiedad, insatisfacción y sentimientos de fracaso personal ante su situación de paro y precariedad (Rendueles, 1998).

El reverso del discurso de la “realización de sí” y del “éxito en la vida”, supone una estigmatización de los “fallidos”, de la gente infeliz, o sea, incapaz de acceder a la “norma social” de la prosperidad. El fracaso social es considerado como una patología.

El culto del rendimiento, del emprendimiento neoliberal, conduce a la mayoría a experimentar una sensación de inutilidad e insuficiencia y a que aparezcan formas de depresión a gran escala. El diagnóstico de depresión se ha multiplicado por siete en las últimas décadas (Sáez Rueda, 2017). La depresión es, en realidad, el reverso de este modelo de rendimiento, el inválido de esta guerra interiorizada (Han, 2012), una respuesta del sujeto a la obligación de realizarse y ser único responsable de sí mismo, de superarse cada vez más, como ‘doer’, en esa continua e inacabable “aventura” como emprendedor de sí. El *prozac* toma el relevo, su consumo suple al Estado Social, con sus instituciones públicas debilitadas y la solidaridad social cuestionada.

Ante este desgaste provocado por la elección y el riesgo permanente, el remedio más extendido es un dopaje generalizado. En todo caso, si algo es demasiado

intolerable se tiende a optar por la apatía o por la indiferencia, previa denuncia testimonial en las redes. Esta “moral-coartada” del *clickactivismo* virtual, que nos vuelve casi indiferentes, es estructural, lo cual la hace invisible, permitiéndonos conciliar el sueño a cambio de la renuncia a que la realidad sea otra (Fuentes, 2018).

Este modelo corroe el carácter (Sennett, 2000). La erosión de los vínculos sociales se traduce en el cuestionamiento de la generosidad, de las fidelidades, las lealtades, las solidaridades, de todo aquello que participa de la reciprocidad social y simbólica en los espacios comunes. La ideología del éxito, de la persona “que no le debe nada a nadie”, genera la desconfianza, incluso el resentimiento o el odio hacia los pobres, “que son perezosos”, hacia los viejos y los refugiados “que son improductivos y una carga” (Han, 2018) o los inmigrantes “que quitan el trabajo”. Aunque también tiene un cierto efecto *boomerang*, dado que cada cual siente la amenaza de volverse algún día ineficaz e inútil, como “ellos”.

El deterioro de toda confianza en las virtudes cívicas tiene, sin lugar a dudas, efectos performativos sobre el modo en que los nuevos “ciudadanos-consumidores” consideran su contribución a las cargas colectivas y el “retorno” que obtienen a título individual. Ya no son llamados a valorar las instituciones y las políticas de acuerdo desde el punto de vista del interés de la comunidad social y política, sino en función tan sólo de su interés personal.

La reestructuración neoliberal convierte a la ciudadanía en “consumidores” que nunca tienen que asumir a otra cosa más que su satisfacción egoísta. En este modelo neoliberal la empresa es promovida a la categoría de modelo de subjetivación: cada cual es una empresa a gestionar y un capital que hay que hacer fructificar, *autoexplotándose* hasta el máximo. La clase trabajadora ya no necesita derechos porque... ¡ahora son emprendedores! Lo que así resulta radicalmente transformado es la definición misma del sujeto político.

Todo discurso “responsable”, “moderno” y “realista”, o sea, que participa de esa racionalidad, se caracteriza por la aceptación previa de la economía de mercado, de las virtudes de la competencia, de las ventajas de la globalización de los mercados. Este capitalismo neoliberal se niega a sí mismo como ideología, porque se considera la “razón” misma. La dogmática neoliberal se propone como una pragmática general indiferente a sus orígenes partidarios. La “modernidad” y la “eficacia” no son de derechas ni de izquierdas, de acuerdo con la fórmula de quienes “no hacen política”. Se ha pasado del período militante del neoliberalismo político de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, al período de gestión, en el que ya se trata únicamente de “buena gobernanza”, de “buenas prácticas” y de “adaptación a la globalización”. En suma, la gran victoria ideológica del neoliberalismo ha consistido en “desideologizar” las políticas que lleva a cabo, hasta tal punto que ya no deben ser ni siquiera objeto de debate. Incluso se asumen de forma “proactiva”, asumiendo la explotación o autoexplotación con alegría.

El problema es que es más fácil evadirse de una prisión física que salir de una racionalidad, ya que esto supone liberarse de un sistema de normas instauradas mediante todo un trabajo de técnicas de interiorización y control del yo. De esta forma, la penetración con apariencia neutral de la lógica neoliberal va asentándose en el inconsciente colectivo de la generación presente y las generaciones futuras. Porque, como dice Chan (2016) educar en el emprendimiento es mucho más que enseñar determinadas técnicas y conocimientos, es aprender a tener muy claras las reglas del capitalismo para ser ganadores en este juego.

Bibliografía

- Ararat Herrera, J. A. (2010). La ideología del emprendimiento. Una mirada desde el análisis crítico del discurso. *AD-MINISTER*, 17, 5-33.
- Ball, S. J. (2016). Gobernanza neoliberal y democracia patológica. En J. Collet & A. Tort. (Coord.). *La Gobernanza Escolar* (pp. 23-40). Madrid: Morata.
- Beck, U. (2000). *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Beni, E. (2017). Protégeme de lo que quiero. *El Diario.es* [Recuperado el 21/12/2017 de <https://goo.gl/SiioJ2>]
- Bolívar, B. (2014). El emprendimiento como ideología. *Blog Canal de Educación* [Recuperado el 17/06/2014 de <https://goo.gl/Eb9YQQ>]
- Bourdieu, P. (1984). *Homo academicus*. Paris: Ed de Minuit.
- Cantó, P. (2017). Cinco nuevas palabras en inglés que nos quieren colar para que vivamos peor. *El Confidencial*. [Recuperado el 25/07/2017 de <https://goo.gl/BfrDqZ>]
- Carbonell, J. (2018). Escuela y empresa: cada vez más cerca. *Eldiariodelaeducacion.com* [Recuperado el 14/02/2018 de <https://goo.gl/uqft1Y>]
- Chan, A. (2016). *Educación financiera. Para padres e hijos*. Barcelona: Plataforma editorial.
- Coelho, P. (2010). *El Alquimista*. Barcelona: Planeta.
- Constantine, B., Gebauer, T., & Bartsch, B. (2019). Uberisierung. En Dahm, Markus H. & Thode, Stefan (Eds.), *Strategie und Transformation im digitalen Zeitalter* (pp. 259-289). Springer Gabler: Wiesbaden.
- Darder, A. (2019). Educational Reform and Exclusion in the Age of Neoliberalism. En Chitpin, S. & Portelli, J.P. (Eds.). *Confronting Educational Policy in Neoliberal Times: International Perspectives* (pp. 61-74). New York: Routledge.
- Díez, E. J. (2007). *La globalización neoliberal y sus repercusiones en la educación*. Barcelona: El Roure.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y Castigar*. México: Ediciones Siglo XXI.

- Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*. Paris: Seuil/Gallimard.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio y población. Curso en el Collège de France 1977- 1978*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fuentes, J. (2018). La antimoral y sus coartadas. *El Salto*. [Recuperado el 02/02/2018 de <https://goo.gl/cYTpxz>]
- Galindo, E. (2017). Emociones capitalistas: La escuela de la ignorancia y la servidumbre voluntaria. *Nuestra Bandera*, (236), 116-123.
- Ginesta, V. (2013). Apología del emprendedor: análisis crítico del discurso sobre el interés propio. Oxímora. *Revista Internacional de Ética y Política*, (3), 56-74.
- Gramsci, A. (1981). *Cuadernos de la cárcel* (vol. 2). México: Era.
- Han, B. (2012). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- Han, B. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder.
- Han, B. (2014). *Psicopolítica*. Barcelona: Herder.
- Han, B. (2018). La expulsión de la diferencia y el valor de la hospitalidad. *Conferencia en Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona*, 6 de febrero de 2018.
- Hardt, M. & Negri, A. (2002). *El Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Hernández, F. (2017). La innovación educativa y la formación del sujeto neoliberal. *El Diario de la Educación.es*. [Recuperado el 21/08/2017 de [https://goo.gl/1\]be4X](https://goo.gl/1]be4X)]
- Kumar, A. (2019). *Curriculum in International Contexts. Understanding Colonial, Ideological, and Neoliberal Influences*. Cham (Switzerland): Palgrave Macmillan.
- Laval, C. y Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa.
- Llaneras, K. & Pérez Colomé, J. (2017). “Yo de mayor quiero parecerme a Amancio Ortega”. *El País*. 29 de julio. [Recuperado el 6/08/2017 de <https://goo.gl/en6QRb>]
- Maestre, A. (2016). El populismo empresarial y la cultura del esfuerzo. *El Diario.es*. [Recuperado el 21/08/2017 de <https://goo.gl/JZyRrQ>]
- Moruno, J. (2015). *La fábrica del emprendedor. Trabajo y política en la empresa-mundo*. Madrid: Akal.
- Moya, J. (2014). *La ideología del esfuerzo*. Madrid: Catarata.
- Nurvala, J. P. (2015). ‘Uberisation’ is the future of the digitalised labour market. *European View*, 14 (2), 231-239.
- ONG, A. (2007). Neoliberalism as a mobile technology. *Transactions of the Institute of British Geographers*, 32 (1), 3-8.
- Pérez, J. L. (2008). La ideología de la “calidad” en las propuestas educativas neoliberales. En J.I. Aróstegui Plaza y J.B. Martínez Rodríguez. (Coords.). *Globalización*,

- posmodernidad y educación: la calidad como coartada neoliberal* (pp, 47-90). Madrid: Akal.
- Pike, D. (2017). Argentina: Nueva Reforma del Secundario: Estudiantes a trabajar gratis a las empresas. *Resumen Latinoamericano*. [Recuperado el 9/09/2017 de <https://goo.gl/9FA2qW>]
- Plaza, A. (2014). ¿La salvación del mundo es ser emprendedor?" Lo que piensan los niños cuando les enseñan a emprender. *El Diario.es*. [Recuperado el 21/08/2017 de <https://goo.gl/xpFSh4>]
- Rendueles, G. (1998). La psiquiatría como mano invisible del desorden neoliberal. En Álvarez-Uría, F., García Santesmases, A., Muguerza, J., Pastor, J., Rendueles, G. & Varela, J. (Compils.). (1998). *Neoliberalismo vs. Democracia* (pp. 197-217). Madrid: La Piqueta.
- Rosa, I. (2017). ¡Pon a trabajar tus horas de sueño!. *El Diario.es* [Recuperado el 10/01/2018 de <https://goo.gl/UxHcCr>]
- Sáez, L. (Ed.). (2017). *El malestar de Occidente. Perspectivas filosóficas sobre una civilización enferma*. Hamburgo (Al.): Anchor Academic Publishing.
- Sefa, G.J. (2019). Neoliberalism as a new form of colonialism in education. En Chitpin, S. y Portelli, J.P. (Eds.), *Confronting Educational Policy in Neoliberal Times: International Perspectives* (pp. 40-58). New York: Routledge.
- Sennett, R. (2000). *La corrosión del carácter*. Barcelona: Anagrama.
- Sturm, C. (2014). Mattel lanza la Barbie emprendedora. *Fayerwayer*. [Recuperado el 12/08/2017 de <https://goo.gl/HtrrQG>]
- Tenti, E. (2003). La escuela y los modos de producción de la hegemonía. *Propuesta Educativa, Revista de Educación FLACSO*.
- Torres, J. (2017). *Políticas educativas y construcción de personalidades neoliberales y neocolonialistas*. Madrid: Morata.
- Valenduc, G. (2019). New forms of work and employment in the digital economy. En Serrano-Pascual, A. y Jepsen, M. (Eds.), *The Deconstruction of Employment as a Political Question* (pp. 63-80). Palgrave Macmillan: Cham.
- Zinn, H. (2004). La historia popular de Estados Unidos. Un poder que nadie puede reprimir. *Le Monde Diplomatique*, (Recuperado de <https://mondiplo.com/un-poder-que-nadie-puede-reprimir>)

Que es para ti la educacion



Autor: Brahian Strivar

Revisión normativa sobre el papel del municipio en la educación superior de Medellín*

Gustavo Adolfo García Arango**

Resumen

La educación superior se ha convertido en un factor relevante de desarrollo humano y económico ocupando la agenda normativa en un proceso continuo durante décadas, al cual no ha sido ajeno el Municipio de Medellín, por ello se buscó establecer el papel del Municipio de Medellín en la educación superior de la ciudad, a partir de la revisión normativa de los acuerdos municipales desde 1943. Desde la perspectiva positivista, se realiza la presentación de los resultados arrojados por la investigación en el tema de educación superior, bajo el método cualitativo soportado en la técnica documental. La investigación evidencia que efectivamente a lo largo del tiempo se han presentado varias estrategias, proyectos, programas y políticas que han aportado a la consolidación de la educación superior en la ciudad, sin desconocer los retos que aún quedan pendientes en temas sobre cobertura, calidad y pertinencia. **Palabras claves:** educación superior; derecho educativo; instituciones educativas del orden municipal; Municipio de Medellín.

Legislative review on the role of the municipality in higher education in Medellín

Abstract

Higher education has become a relevant factor in both human and economic development, occupying the normative agenda in a continuous process for decades, to which Medellín Municipality has not been oblivious; therefore, we sought to determine the role of Medellín Municipality in higher education in the city, based on the revision of municipal agreements since 1943. From the positivist perspective, the presentation of the results obtained by the research in the subject of higher education is carried out, under the qualitative method and the documentary technique. The research concludes that legal acts on strategies, projects, programs and policies that have helped to strengthen higher education in the city have been presented for a long time, without ignoring the challenges that are pending on issues of coverage, quality and relevance.

Keywords: educational right; higher education; municipal universities and colleges; Municipality of Medellín.

Revisão da legislação sobre o papel do município na educação superior de Medellín

Resumo

A educação superior tornou-se um fator relevante de desenvolvimento humano e econômico ocupando a agenda normativa em um processo contínuo durante décadas, o qual não é estranho para o Município de Medellín, por isso procurou-se estabelecer o papel do Município de Medellín na educação superior da cidade, a partir da revisão da legislação dos acordos municipais desde 1943. Desde a perspectiva positivista, são apresentados os resultados obtidos na pesquisa no âmbito da educação superior, sob o método qualitativo suportado na técnica documental. A pesquisa evidencia que efetivamente ao longo do tempo apresentaram-se várias estratégias, projetos, programas e políticas que contribuíram para a consolidação da educação superior na cidade, sem ignorar os desafios ainda pendentes em questões de cobertura, qualidade e pertinência.

Palavras-chave: educação superior; direito educativo; instituições educativas no âmbito municipal; Município de Medellín.

* Artículo de reflexión. Derivado de la investigación titulada: "Estado del arte de los acuerdos municipales de Medellín en materia de educación", Grupo de Investigaciones Jurídica, Facultad de Derecho. Gustavo Adolfo García Arango, investigador principal. Investigación financiada por la Universidad Católica de Oriente, finalizada y aprobada en 2013, con revisión de actualización para el año 2018.

** Investigador principal. Universidad Católica de Oriente. Abogado, magíster y doctor en Derecho. Miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, Colombia. Correo electrónico: garcia.arango@yahoo.com ORCID: 0000-0002-7682-3658



Revisión normativa sobre el papel del municipio en la educación superior de Medellín

Introducción

Aunque en la actualidad, hablar de educación como un derecho inherente al ser humano pueda para algunos ser una obviedad, realmente no siempre ha sido así. Incluso en el pasado cercano.

Podría decirse que el Ministerio de Educación a nivel nacional y las secretarías de educación a nivel de gobernaciones, distritos y municipios ya forman parte del paisaje cotidiano, al menos para las familias que tienen miembros en edad escolar y el personal que está al servicio de la educación; no obstante, los antecedentes normativos dan cuenta de que la educación estaba en manos de la Iglesia Católica primordialmente, y que la función estatal en este sector era tan poco impactante que educación era solo una jefatura o si acaso una dirección dentro de las estructuras municipales.

La revisión normativa nacional inicia con la Ley 10^a de 1880, mediante la cual el Congreso de los Estados Unidos de Colombia creó siete secretarías de Estado, siendo una de ellas la de Instrucción Pública. Esta misma ley dispuso que el Secretario de Instrucción Pública desempeñara las funciones de Rector de la Universidad¹ y de Director de Instrucción pública. Posteriormente, por Ley 7^a de 1886, las secretarías pasaron a ser ministerios, siendo uno de ellos el de Instrucción Pública. Por Ley 31 de 1923 a este ministerio se le sumó la salubridad pública. Desde el 1 de enero de 1928 el Ministerio de Instrucción y Salubridad Públicas pasó a denominarse Ministerio de Educación Nacional (Ley 56 de 1927).

1 La Ley y el Decreto Nacional 596 de 1886 cuando hacen alusión a la Universidad, hacen referencia a la Universidad Nacional. Este decreto, además, incorporó a la Universidad los Institutos de instrucción gratuita y secundaria, lo mismo que los colegios privados existentes en los Departamentos, para el efecto de que sus estudios sean considerados como universitarios.

Respecto de la estructura educativa, el mayor referente es la Ley 39 de 1903, la cual dividió la instrucción pública en primaria, secundaria, industrial y profesional, y determinó que la instrucción primaria no era obligatoria. Esta ley restableció la Escuela Nacional de Minas de Medellín². La instrucción profesional se le asignó al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y se reconocieron los títulos que expidieran las Facultades de los Departamentos, como fue el caso de la Universidad de Antioquia.

La educación de mayor cobertura era la educación primaria y los cursos de álgebra solo eran para quienes desearan optar por el título de bachiller (Decreto Nacional 785 de 1941). La educación era segregada en hombres y mujeres, e incluso en la Universidad Nacional se creó la Facultad de Ciencias de la Educación para Mujeres, dependiente del Instituto Pedagógico Nacional para señoritas (Decreto Nacional 857 de 1934). Las universidades oficiales departamentales empezaron a ser personas jurídicas autónomas a partir del Decreto Nacional 277 de 1958.

En general, el desarrollo normativo de la educación en Colombia ha sido académicamente abordado y de ahí se observan trabajos que fueron fuente para el presente trabajo, tales como el de Baudillo Bello (1986) y Ospina Cruz (2013).

Pero los desarrollos teóricos de pensadores en diversos saberes³; el surgimiento de grupos de presión⁴; la creación de organismos internacionales que de algún modo marcan pautas a los países en temas de desarrollo social⁵; las declaraciones internacionales de derechos⁶; la globalización y el crecimiento de los Estados, sumado a la autonomía y certificación de las administraciones locales⁷, han logrado que las personas, la sociedad y las entidades públicas y privadas, hayan puesto la educación como un foco de interés en su gestión.

Justamente, es sobre este último punto que se desarrolla el presente trabajo, porque es gracias a los procesos de descentralización que se han presentado en el país, que las entidades territoriales, particularmente los distritos y municipios,

2 Al respecto, Baudillo (1986, p. 196) explica que por Decreto Nacional 181 de 1887 se instalaron escuelas de minas en algunas secciones del territorio, pero para 1888 solo estaba en ejercicio la de Medellín, dado que otras cerraron por falta de alumnos.

3 Tales como Paulo Freire, Roberto Munizaga, Agustín Escolano, Carmen García Guadilla, Alejandro Deustua Escarza, Manuel Vicente Villarán, entre otros.

4 Como los generados por los movimientos estudiantiles y de docentes universitarios en Colombia, Chile, Argentina y Francia.

5 Como las Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés); la Organización de Estados Americanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura; la Dirección de Educación y Habilidades de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); entre otros.

6 Art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración de los derechos del niño, artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción; la Declaración de la Conferencia Regional de la Educación Superior en América Latina y el Caribe de 2008.

7 La Ley Orgánica 715 de 2001 establece los requisitos para la certificación de las entidades territoriales, poseer capacidad técnica, administrativa y financiera; la certificación les concede autonomía para la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, para salud, educación, agua potable y saneamiento básico.

han tomado las riendas en temas sociales de tanta relevancia como la salud y la educación. Por ello, se ha buscado establecer el papel del Municipio de Medellín en la educación superior de la ciudad a partir de la revisión normativa de los acuerdos municipales desde 1943.

En la actualidad, dicha descentralización se da a partir de la figura de la certificación, en la cual, los municipios que demuestran autonomía financiera y administración eficiente de sus dineros, obtienen el derecho de administrar directamente los recursos para educación, que primordialmente provienen del Sistema General de Participaciones.

Para el caso del Municipio de Medellín, el tema educativo ha sido particularmente relevante, pero no solo ahora, sino que haciendo una revisión histórica de las decisiones que ha tomado su Concejo Municipal desde 1943 hasta 2018, se observa que efectivamente el tema educativo ha sido una constante a través del tiempo, situación que se ha reflejado en sus normas.

Pero, específicamente, el tema de la educación superior ha tenido un especial protagonismo en la ciudad, a lo cual han ayudado varias particularidades, como ostentar la calidad de capital del Departamento de Antioquia, tener la segunda población más elevada del país y ser el municipio central de una área metropolitana compuesta por 10 municipios⁸; ser una ciudad de grandes desarrollos en infraestructura, comercio e industria y que atrae el interés de otras personas y entidades, permitiendo que haya más personas con capacidad adquisitiva que pague por el servicio educativo.

Lo anterior, le ha permitido ser el lugar de domicilio principal de la Universidad de Antioquia, el Politécnico Jaime Isaza Cadavid y el Tecnológico de Antioquia. Así mismo, ser la sede de dos entidades que nacieron vinculadas al orden nacional, tales como el Colegio Mayor de Antioquia y el Pascual Bravo, que posteriormente fueron adscritas al Municipio, gracias a la gestión de las administraciones de turno.

De igual modo, es la sede de universidades privadas que han tenido reconocimiento nacional por su tamaño y gestiones tanto administrativas como académicas. Es el caso de la Universidad Pontificia Bolivariana, la Universidad de Medellín, la Universidad EAFIT, la Universidad CES y la Universidad Católica Luis Amigó. También ha servido como sede de universidades de otras ciudades, como es el caso de la Universidad Nacional, la Universidad Santo Tomás, la Universidad de San Buenaventura, entre otras.

Pero en los últimos 20 años, el Municipio de Medellín ha volcado su atención prioritariamente en el sector educación, desarrollando políticas y normas que van desde

8 Según datos del año 2018, el Municipio de Medellín para dicho año contaba con una población de 2'508.452 habitantes y el área metropolitana con 3'412.165 habitantes.

la educación inicial⁹, pasando por la educación preescolar, básica y media¹⁰, hasta la educación superior; siendo esta última, el punto de interés del presente trabajo. Y con el ánimo de validar cuál ha sido el papel del Municipio de Medellín en la educación superior de la ciudad, se hace la revisión normativa con carácter histórico.

El artículo se deriva de un proyecto de investigación que, desde una mirada *iuspositivista*, buscó identificar los acuerdos municipales en materia de educación desde 1947, fecha a partir de la cual se encuentra la Crónica Municipal, como diario oficial del Concejo de Medellín, en la biblioteca de dicha dependencia. Para ello, se siguió el método cualitativo con técnica documental, que implicó la revisión de archivos –particularmente la Crónica Municipal y la Gaceta Oficial- en la Biblioteca del Concejo de Medellín, el Archivo Histórico de Medellín, y la validación con varias bases de datos de la Secretaría de Educación de Medellín, además de algunas entrevistas con servidores públicos. Recientemente se validó con la Biblioteca Jurídica del Municipio de Medellín –ASTREA-.

El presente informe se ha estructurado en cuatro partes: la primera, ofrece un panorama general sobre los aspectos normativos de la educación superior en Colombia, lo cual permite contextualizar la actualidad en el Municipio; la segunda parte, ofrece el informe de la normatividad municipal encontrada sobre educación superior, agrupada en cuatro categorías; una tercera parte en la que se brinda la actualidad del Municipio de Medellín sobre el tema y se dejan planteados los principales retos; para finalmente cerrar con los retos de la ciudad de Medellín en materia de educación superior y las conclusiones que se han derivado del tema relativo a las normas sobre educación superior.

1. Aspectos generales de la educación superior en el sistema jurídico colombiano

El sistema educativo de Colombia es un sistema por ciclos, que articula la educación inicial¹¹, preescolar, básica (primaria y secundaria), media (grados

9 Para ello cuenta con las siguientes estrategias: Se institucionaliza el plan de atención integral a la infancia y se crea el Consejo de Política de Infancia en la ciudad de Medellín, al que pertenece la Secretaría de Educación (Acuerdo 13/01). Por medio del cual se crea el Programa “Buen Comienzo” para promover el desarrollo integral, diverso e incluyente de los menores de 6 años en la ciudad de Medellín (Acuerdo 14/04 Modificado por Acuerdo 58/11). Se adopta la Política Pública de Atención Integral a la Primera Infancia Buen Comienzo, se desarrolla un Sistema de Atención Integral y se modifica el Acuerdo 14 de 2004 (Acuerdo 58/11).

10 A enero de 2019, el Municipio tiene 229 establecimientos educativos oficiales, que incluye tanto los centros educativos como las instituciones educativas, distribuidos en más de 420 sedes en todo el territorio municipal. Para ello cuenta con un personal superior a los 11.300 servidores, sin contar con el personal que por ley debe ser vinculado por contratación, como el de aseo y vigilancia. Además, tiene contratación de cobertura educativa para 49 instituciones.

11 Contendida en la Ley 1804 de 2016, Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones. Esta ley nació del programa creado y desarrollado en Medellín denominado “Buen Comienzo”.

10º y 11º)¹², técnica profesional (incluye las especializaciones técnicas)¹³, tecnológica (incluye las especializaciones tecnológicas), profesional (pregrados) y los posgrados (especializaciones, maestrías, doctorados y posdoctorados)¹⁴.

La normativa colombiana principal sobre educación superior es la Ley 30 de 1993, que determina el sistema al que se articulan las instituciones de educación superior, que según su carácter académico pueden ser: instituciones técnicas profesionales, instituciones de educación superior o escuelas tecnológicas y universidades. Según su naturaleza pueden ser entidades estatales o privadas, pero siempre deben ser entidades sin ánimo de lucro; es decir, asumir la forma de corporaciones, fundaciones, entidades del sector solidario como las cooperativas o establecimientos públicos de carácter especial si son entidades estatales¹⁵. La ley también contiene normas generales sobre los programas de pregrado y posgrado, así como la respectiva titulación.

Se articula a la norma anterior, la Ley 749 de 2002: “Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior en las modalidades de formación técnica profesional y tecnológica”, sobre instituciones técnicas profesionales e instituciones tecnológicas.

Complementa estas normas, el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, Decreto 1075 de 2015, que incluye, entre otros aspectos, el del aseguramiento de la calidad.

-
- 12 La educación preescolar, básica primaria (grado 1º a 5º), básica secundaria (grado 6º a 9º) y media (grados 10º y 11º) se encuentran en la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación.
- 13 Deben diferenciarse la media técnica, la técnica laboral por competencias y la técnica profesional. La media técnica es ofrecida por instituciones educativas que dan el título de bachiller técnico. La técnica laboral por competencias es una certificación (no un título) otorgada por las instituciones para el trabajo y el desarrollo humano. Y la técnica profesional es un título otorgado por una institución de educación superior. Se diferencian en el alcance, el título o certificado que se obtiene y la entidad que lo emite. No obstante lo anterior, el Legislador ha permitido que la media técnica se pueda articular a la educación técnica profesional (art. 6 de la Ley 749 de 2002) y que las técnicas laborales por competencias puedan articularse no solo con la técnica profesional sino con las tecnologías (art. 7 de la Ley 1064 de 2006).
- 14 Adicional a las anteriores, están la educación informal, la media técnica y la educación para el trabajo y el desarrollo humano. **a) Educación informal:** la Ley 115 de 1994, en los artículos 43 a 45, señala que la educación informal es todo conocimiento que adquiere la persona de manera libre y espontáneamente, a través de los medios de comunicación, otras personas, la costumbre, etc. **b) Media técnica:** conforme la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas pueden ofrecer media académica o media técnica, que llevan al título de bachiller técnico. Esta última busca una capacitación básica para la vida laboral, la preparación para vincularse al sector productivo de la región y la articulación con la educación superior. **c) Educación para el trabajo y el desarrollo humano:** antes denominada en la Ley 115 de 1994 como educación no formal, pasó a tener esta denominación con la Ley 1064 de 2006. En este nivel, las instituciones autorizadas para prestar el servicio educativo para el trabajo y el desarrollo humano pueden expedir un certificado de técnico laboral por competencias.
- 15 La naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior estatales está definida así: como entes universitarios autónomos para el caso de las universidades (art. 57 de la Ley 30 de 1993) y de establecimientos públicos con régimen especial para las demás instituciones que no tengan el carácter de universidad (primer párrafo del art. 57 de la Ley 30 de 1992 y art. 18 de la Ley 749 de 2002).

Para este tema de la calidad educativa, Colombia cuenta con múltiples estrategias, algunas positivizadas en leyes, como la Ley 1188 de 2008, que exige a las instituciones de educación superior, que para ofrecer un programa debe contar previamente con un registro calificado dado por el Ministerio de Educación Nacional, para lo cual se exigen condiciones al programa y a la institución, tales como: correspondencia entre el nombre del programa y los contenidos curriculares, pertinencia del programa frente a las necesidades del país y el desarrollo cultural, formación en investigación para desarrollar una actitud crítica, fortalecimiento del número y la calidad de los docentes, mecanismos de evaluación de mérito, una cultura de autoevaluación que genere un espíritu crítico, un programa de egresados, un programa de bienestar universitario, entre otros.

Respecto de los derechos que rodean la educación superior, la Corte Constitucional ha desarrollado todos los temas que ha podido atender tanto vía tutela como por la acción de constitucionalidad. En sus revisiones, la Corte ha asentado que la educación superior tiene un doble carácter: como servicio público y como derecho de la persona. De esta manera:

(...) la Corte ha resaltado la importancia de la educación como bien superior que irradia todo el ordenamiento jurídico, de ahí que se haya catalogado como valor cultural que desde el preámbulo propugna por el acceso al conocimiento en condiciones de igualdad, al constituir el eje del desarrollo humano en sus dimensiones individual y colectiva; además, el medio a través del cual se materializan principios y derechos de raigambre constitucional -principalmente el pluralismo y la dignidad humana-, constituyéndose en el elemento dinamizador del progreso social, económico, cultural y tecnológico de un país, por lo que indefectiblemente es una obligación del Estado fomentarla. (Corte Constitucional, C-284 de 2017)

En relación a que la educación para los adultos pasa a ser un derecho fundamental a un derecho prestacional, el Alto Tribunal constitucional (Corte Constitucional, C-520 de 2016), al revisar una norma sobre acceso a posgrados, consideró que el carácter de fundamental no se perdía, aunque no sea obligatoria ni gratuita, lo cual podría darse como una retribución a la excelencia académica.

Pero la educación superior, de entrada, no es un derecho absoluto, sino que requiere de otros aspectos como la aptitud y el mérito. Respecto a lo primero, la misma Constitución Política señala que “el Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.” (Const., 1991, art. 69, subrayado fuera de texto)

Las disposiciones sobre aptitud y mérito no vienen solo con la Constitución de 1991, ya la Ley 56 de 1927 disponía la superación de una prueba de Estado para acceder a la universidad:

Los bachilleres que deseen ingresar a una Facultad Universitaria deberán someterse previamente al examen de matrícula respectiva, cuyo programa será elaborado por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con los conocimientos y educación que deba tener el candidato a cada una de las profesiones y observando deba tener el candidato a cada una de las profesiones y observando la más estricta igualdad entre los estudiantes de la enseñanza oficial y privada. (Art. 10)

Y la cuestión del mérito para acceder a la educación superior está, además, consagrada en la Declaración Universal Sobre Derechos Humanos de 1948, que reza: “La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos” (Asamblea General de la ONU, 1948, art. 26, subrayas fuera de texto).

De igual modo, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la educación, si bien es un derecho, también es un deber que exige del estudiante el cumplimiento de sus obligaciones académicas, administrativas y disciplinarias (Corte Constitucional, C-284 de 2017).

En relación con el cumplimiento de la disposición constitucional mencionada, en la que se obliga al Estado a facilitar mecanismos financieros para el acceso a la educación superior (Const., 1991, art. 69), se encuentran varias normas que buscan dicho cumplimiento.

Ahí se enmarcan las funciones del ICETEX. Se permite a las entidades territoriales crear fondos educativos (Ley 1012 de 2006); se crea una línea de crédito especial para estudiantes que provengan de departamentos en donde no haya sede de las instituciones de educación superior (Ley 1084 de 2006); se conceden becas para educación superior a las mejores pruebas SABER 11^o y los mejores bachilleres de cada departamento (Ley 1546 de 2012); se brinda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los hijos del causante, mayores de edad pero que ostenten la calidad de estudiantes (Ley 1574 de 2012); se conceden condonaciones de las deudas de los créditos de Educación Superior otorgados a través del ICETEX (Ley 1753, 2015, art. 61); se crea la contribución solidaria a la educación superior (Ley 1911 de 2018) y las leyes que crean las estampillas pro-universidad¹⁶, entre otras.

16 Estampilla Pro-Facultad de Medicina de la Universidad del Tolima (Ley 66 de 1982, Ley 77 de 1985, Ley 664 de 2001); estampilla “Pro Universidad Popular del Cesar” (Ley 7 de 1984, Ley 551 de 1999, Ley 1267 de 2008); estampilla “Pro-Universidad Tecnológica del Magdalena” (Ley 36 de 1986); pro-Universidad de la Guajira (Ley 71 de 1986, Ley 374 de 1997, Ley 1423 de 2010 y Ley 1877 de 2018); estampilla Universidad de Cartagena (Ley 19 de 1988, Ley 334 de 1996); estampilla “Pro-Universidad del Valle” (Ley 26 de 1990, Ley 206 de 1995, Ley 1321 de 2009); pro-Universidad Industrial de Santander (Ley 85 de 1993, Ley 1216 de 2008, Ley 1790 de 2016); Estampilla Universidad de Antioquia (Ley 122 de 1994, Ley 1321 de 2009); estampilla Prodesarrollo Universidad Surcolombiana (Ley 367 de 1997, Ley 1814 de 2016); estampilla Universidad de Caldas (Ley 426 de 1998, Ley 1869 de 2017); estampilla Prodesarrollo de la Universidad de Nariño (Ley 542 de 1999); estampilla Universidad Distrital Francisco José de Caldas (Ley 648 de

Igualmente, alrededor de la educación superior, el Alto Tribunal ha revisado otros aspectos relevantes, tales como la autonomía universitaria (Corte Constitucional, C-220 de 1997), la libertad de cátedra (Corte Constitucional, T-588 de 1998), la educación para personas en situación de discapacidad (Corte Constitucional, T-027 de 2018), los pagos de matrícula (Corte Constitucional, T-531 de 2014), la participación de la comunidad educativa universitaria (Corte Constitucional, T-141 de 2013), los problemas administrativos con las notas académicas (Corte Constitucional, T-929 de 2011), el debido proceso en procesos disciplinarios (Corte Constitucional, T-720 de 2012), entre otros.

Como puede observarse, el sistema jurídico colombiano en materia de educación superior está conformado por un complejo entramado de normas, reglas jurisprudenciales, instituciones, derechos y obligaciones, a los que se suman proyectos, programas, políticas públicas y estrategias que apuntan a diferentes aspectos de la educación superior¹⁷.

Para el caso de las entidades territoriales, las dinámicas son diferentes, dadas las competencias y las atribuciones que históricamente han tenido los departamentos, los distritos y municipios.

A continuación se presenta el informe que arrojó la investigación en el tema concreto de la educación superior en Medellín, teniendo como eje central los acuerdos municipales expedidos por el Concejo desde 1943.

2. Normas municipales en materia de educación superior

Rastreados y compilados los acuerdos municipales en materia de educación, se identificaron y agruparon los relativos a educación superior y de allí se organizaron

2001); estampilla Refundación Universidad del Magdalena (Ley 654 de 2001); estampilla de la Universidad de Sucre (Ley 656 de 2001 y Ley 1936 de 2018); estampilla Pro-Universidad Tecnológica del Chocó (Ley 682 de 2001); estampilla Pro Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (Ley 699 de 2001); estampilla Prodesarrollo Académico, Científico y Técnico de la Universidad Pública del Norte de Santander (Ley 1162 de 2007), estampilla Universidad del Cauca (Ley 1177 de 2007); estampilla Prodesarrollo de la Universidad de Cundinamarca (Ley 1230 de 2008); estampilla pro Desarrollo de la Universidad de la Amazonia (Ley 1301 de 2009); Politécnico Jaime Isaza Cadavid (Ley 1320 de 2009); estampilla Pro Universidad Pedagógica Nacional (Ley 1489 de 2011); estampilla Pro desarrollo de la Institución Universitaria de Envigado (Ley 1614 de 2009); pro Universidad del Pacífico Omar Barona Murillo (Ley 1685 de 2013); Pro Universidad Nacional de Colombia (Ley 1697 de 2013, Ley 1869 de 2017); estampilla Universidad Tecnológica de Pereira (Ley 1869 de 2017).

17 Algunos de ellos son la calidad educativa, el acceso a la educación, la investigación, la calidad educativa, el uso de las TIC, la pertinencia de los contenidos, el desarrollo de competencias, las instalaciones físicas, la deserción, los procesos sancionatorios, el sistema evaluativo, las prácticas estudiantiles, la financiación de los costos educativos y la financiación de los estudiantes, los accesos diferenciados, el bienestar estudiantil, el seguimiento a egresados, la seguridad al interior y al exterior de las instituciones de educación superior, el manejo de las ideologías, la formación por ciclos, la inter-multi-transdisciplinariedad, las homologaciones y validaciones, la doble titulación, la extensión, la convalidación de títulos del exterior, la vigilancia y el control, la flexibilización curricular, publicaciones, la vinculación de los docentes, su remuneración y formación, entre otros.

en seis categorías: becas y créditos, apoyo económico a entidades de educación superior, exenciones tributarias a entidades de educación superior, promoción y alianzas educativas con las entidades de educación superior y prácticas universitarias.

2.1 Becas y créditos para educación superior

En relación con el apoyo económico para la educación superior, se observan varios acuerdos municipales que ofrecen ayudas, y presentan algunas características:

Primero, se encuentran acuerdos que pagan becas por 10 meses lectivos por establecimiento educativo. Es el caso del Acuerdo Municipal 12/44 que autoriza ocho becas, entre ellas una para la Escuela de Derecho de la Universidad de Antioquia y otra para el Instituto Nacional Agrícola. Destaca de este Acuerdo que se concede una beca para la Universidad Libre de Bogotá o el Acuerdo 26/45 que concede una beca para la Facultad de Medicina. En otro Acuerdo se destaca los beneficios que recibieron los estudiantes de Derecho: en 1976 se crearon ocho becas por un valor de \$1.000 mensuales cada una, destinándose de a dos para cada facultad de Derecho de las universidades: de Antioquia, Bolivariana, Medellín y Autónoma Latinoamericana, para estudiantes de último año de carrera (Acuerdo 43/76).

También, por la venta del lote norte para la construcción de la ciudad universitaria que le hace el Municipio de Medellín, la Universidad de Antioquia se comprometió a crear y mantener a perpetuidad 20 becas anuales para estudio de los hijos de los trabajadores o empleados del Municipio (Acuerdo 78/64). Y se autorizó a la Secretaría de Educación, Cultura y Recreación para conceder hasta 10 becas para estudio de auxiliares de odontología social, con el compromiso de que sus beneficiarios prestaran posteriormente sus servicios al Fondo de Protección Escolar durante dos años (Acuerdo 03/75).

Segundo, así como se detecta el apoyo directo a las instituciones, también se identifican acuerdos que conceden ayudas a personas concretas. Además, como tercero, se observa un interés por apoyar los estudios en el exterior.

Así, se auxilia con \$2.000 pesos por una sola vez a la señorita Catalina Restrepo para continuar sus estudios en Estados Unidos (Acuerdo 19/46) y se crea la beca “Gabriel Turbay” con carácter permanente otorgada cada año a un médico graduado de la Universidad de Antioquia para estudios de especialización en el exterior (Acuerdo 43/47). Se crea la beca Alba de Castillo, adjudicada anualmente a un estudiante que cursara estudios de especialización en el exterior en un instituto de arte, por un término de dos años, que consistía en la destinación de una partida mensual de \$2.500 pesos a fin de atender el pago de los estudios en el exterior (Acuerdo 42/71). Y los servidores no estaban excluidos. El Acuerdo 29/64 autorizó al Alcalde para que cada año comisionara hasta cuatro profesiona-

les al servicio del Municipio para que pudieran realizar cursos de especialización dentro o fuera del país.

De cuarto, se destacan los aportes directos que realizó el Municipio a las diferentes universidades de la ciudad. Así, por ejemplo, se da auxilio de \$5'000.000 a la Universidad Autónoma Latinoamericana por sus 10 años de existencia (Acuerdo 21/76). Se dio un auxilio de \$1'000.000 a cada una de las siguientes Universidades: a la Escuela de Administración y Finanzas (EAFIT), a la Universidad de Medellín, a la Universidad de San Buenaventura, pero el 25 % de este valor se debían destinar para adjudicación de becas a estudiantes cuya declaración de renta estuviera por debajo del mínimo exigido por la Universidad. Este porcentaje para beca se aplicaba al auxilio otorgado a la Universidad de Antioquia por Acuerdo 17/74 y a la Universidad Pontificia Bolivariana por Acuerdo 19/76 (Acuerdo 27/76). Igualmente, se destinó el 25 % de un auxilio por \$1'000.000 dado a la Universidad de San Buenaventura y a la Escuela de Administración, Finanzas y Tecnologías (Acuerdo 45/77).

Lo anterior, evidencia el apoyo económico que tuvieron las universidades de la ciudad, sin distingo por su naturaleza pública o privada.

Como quinto, de la revisión realizada, se identifica la creación del primer fondo universitario¹⁸, situación que evidencia que no son muy nuevos ni creativos los fondos actuales. El Acuerdo 19/58 crea becas para estudiantes carentes de medios económicos y establece el Fondo de Préstamos Universitarios con \$20.400 pesos. Dispone la norma: “Los Préstamos Universitarios serán de sesenta pesos (\$60.00) mensuales, se concederán libres de intereses y por periodos de diez meses a estudiantes aceptados por universidades que hayan merecido la aprobación del Gobierno”. (Acuerdo 19, 1958, art. 12)

Para acceder a ello, se verificaba: el mérito personal y las capacidades intelectuales del solicitante, su necesidad económica y “la utilidad de la carrera escogida, en orden de satisfacer las necesidades del País, y especialmente las del Municipio de Medellín” (Acuerdo 19, 1958, art. 13). El préstamo requería de un fiador con solvencia económica. La amortización del préstamo iniciaba un año con posterioridad a haber terminado los estudios, con el pago de cuotas que podían ir entre los dos y los cinco años.

Además, contemplaba un régimen de condonación. Si el promedio de las calificaciones era del 85 % se eximía de la obligación. Si las calificaciones estaban entre el 85 y el 75 % debía pagar solo el 50 % del préstamo. Con un promedio inferior al 75 % debía pagar la totalidad de la deuda. Prontamente este fondo fue sustituido por el Acuerdo 74/62, que creó el Fondo Municipal de Préstamos

18 El ICETEX fue creado en 1950.

Educativos para becas y préstamos universitarios, con un patrimonio de \$230.000 pesos. Adicional a lo anterior, se creó el Préstamo de Especialización Rafael Uribe Uribe para estudios en el país o en el exterior para los alumnos de todas las facultades de ingeniería forestal y de recursos naturales del país (Acuerdo 55/64).

De sexto y vinculado a los fondos para educación superior, se destaca la vinculación con el organismo nacional de créditos educativos. Ya finalizando la década de los sesenta, se autorizó la celebración de un contrato con el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, donde el Municipio entregaba al ICETEX, para efectos de administración, los dineros destinados a crédito educativo universitario con el que se constituiría el Fondo Municipio de Medellín-ICETEX, con cuantía inicial de \$200.000 aportados por partes iguales, de \$100.000 cada uno (Acuerdo 81/69). Pero el intercambio de recursos no paró ahí. Mediante Acuerdo 43/83 se concedió auxilio de \$900.000 por una sola vez al ICETEX Antioquia para becas, y el año siguiente se autorizó un crédito de \$750.000 para el Fondo Salvador Córdoba (becas a través del ICETEX) (Acuerdo 26/84).

Incluso, hubo otra estrategia para aportar al fondo: la compensación. Así, se permitió que los establecimientos de educación superior pudieran compensar el impuesto predial, previa solicitud debidamente aprobada por resolución, mediante aportes al Fondo Municipio de Medellín – ICETEX, entregados directamente a los estudiantes de programas universitarios, tecnológicos y educación avanzada de escasos recursos económicos, en forma de abonos al valor de la matrícula (Acuerdo 37/85). La última referencia normativa a este fondo se dio a principios de la década de los noventa, en el que se autorizó ampliar la capacidad financiera del Fondo Municipio de Medellín-ICETEX, creado por Acuerdo 45/83 en \$100'000.000 (Acuerdo 34/92).

Pero en la década del 2000, se viene una serie de acuerdos encaminados a la promoción de la educación superior, bajo diferentes perspectivas. Así:

Se crea el Banco de Préstamo Universitario, programa permanente del Municipio de Medellín, como apoyo financiero para la matrícula y el sostenimiento de los estudiantes de educación superior, egresados de colegios públicos y privados de Medellín de estratos 1, 2, o 3 (Acuerdo 79/01).

Adicional a lo anterior, se concedió beca del 100 % del costo total de matrícula para estudios de educación superior en pregrado en algunas de las instituciones de educación superior a jóvenes electos para el Consejo Municipal de la Juventud, que desarrollaran el 100 % de la gestión en el período correspondiente (Acuerdo 03/03).

Y los cinco mejores estudiantes en habilidades comunicativas y de razonamiento lógico matemático en las Olimpiadas del Conocimiento, tuvieron derecho a un incentivo consistente en el pago del 100 % del costo de la matrícula del primer período académico de sus estudios de Educación Superior en Instituciones

educativas con sede en el Municipio de Medellín, con derecho a que el incentivo se renovara cada período académico bajo el cumplimiento de unos requisitos (Acuerdo 23/04).

También, con el fin de cualificar la formación de las madres comunitarias y de las madres Fami¹⁹, que prestan sus servicios en los hogares comunitarios a menores de 0 a 6 años, la Administración les brindará la capacitación necesaria, adecuada y calificada, acorde con las políticas, lineamientos y criterios del ICBF. Para el cumplimiento del objetivo de este Acuerdo, la Administración podrá suscribir convenios con las instituciones de educación media, técnica tecnológica y superior (Acuerdo 36/05).

Además, se crea el programa “Apoyo para la Educación Superior”, dirigido a los jóvenes de ambos sexos que, no obstante demostrar capacidades intelectuales y disciplina académica, carezcan de recursos económicos suficientes para adelantar estudios formales de educación superior (Acuerdo 01/06).

Se reguló la destinación de recursos del Presupuesto Participativo para el incremento de oportunidades de educación superior” (Acuerdo 64/06). Se modificó el Acuerdo 64 de 2006, por medio del cual se regula la destinación de recursos del presupuesto participativo para el incremento de oportunidades de educación superior (Acuerdo 69/10) y se reguló la destinación de recursos del presupuesto participativo para el incremento de oportunidades de educación superior y deroga los Acuerdos 64/10 y 69/10 (Acuerdo 09/11).

Luego, se definieron los parámetros para el otorgamiento de créditos condonables para matrícula y sostenimiento en educación superior de jóvenes de estratos 1, 2 y 3 (Acuerdo 34/07). Y se modificó el Acuerdo 34 de 2007 otorgamiento de créditos condonables para matrículas y sostenimiento en educación superior de jóvenes de estratos 1, 2 y 3 (Acuerdo 53/10).

Se creó el programa de Formación Avanzada dirigido a los educadores de Educación Preescolar, Básica y Media, regidos tanto por el Decreto 2277 de 1979 como como por el Decreto 1278 de 2002, que sean nombrados en carrera en el Municipio de Medellín (Acuerdo 60/10). Igualmente, se crearon el “sistema de Movilidad Internacional de estudiantes, Docentes e investigadores de Medellín: Enlaza – Mundos” y el programa de apoyo a maestrías y doctorados (Acuerdo 55/08, modificado por Acuerdo 21/12).

En general, puede evidenciarse un gran esfuerzo histórico desde el derecho positivo local por apoyar y fomentar que sus ciudadanos accedan a la educación

19 Las *madres Fami* son aquellas que pertenecen a un programa nacional de mamás que acompañan a otras madres, tanto en el proceso de gestación como en la lactancia.

superior, a través de diversas estrategias que impactan diferentes grupos poblacionales de la ciudad.

2.2 Apoyo económico a entidades de educación superior en la ciudad

Complementario a lo anterior, se encuentran varios acuerdos que conceden auxilios económicos a las universidades de la ciudad. Tal vez, la Universidad de Antioquia fue la más beneficiada de manera directa. Muestra de ello es, por ejemplo, un auxilio que se concedió a esta universidad por cuatro mil pesos (Acuerdo 19/46), o cuando se le cedió en usufructo gratuito por tiempo indefinido el local ubicado en la plazuela de Flórez entre calle 50 y 50 A para el funcionamiento del Liceo de Bachillerato (Acuerdo 06/49). Así mismo, se autorizó transferir a título de venta a la Universidad de Antioquia un lote de terreno ubicado en el norte, entre calle 67 (Barranquilla) y calle 73, hasta el Río Medellín, para la construcción de la ciudad universitaria (Acuerdo 78/64).

Pero, igualmente, la Universidad de Antioquia se vio beneficiada de manera indirecta a través de auxilios al Fondo Acumulativo Universitario²⁰ (Acuerdo 12/44). Así como con transferencias a título gratuito a la Asociación Universitaria de Antioquia AUDEA, del dominio sobre los inmuebles situados en la carrera 70 con calle 50, para la construcción de un edificio para residencias de estudiantes (Acuerdo 71/55); otro auxilio a AUDEA por \$85.000 para adquisición de lotes de terreno y \$40.000 para la construcción de un edificio para residencia de estudiantes (Acuerdo 39/56); por una sola vez a AUDEA por \$1.250 (Acuerdo 07/59) y \$20.000 (Acuerdo 05/64). Y otro adicional de \$500.000 anualmente a la misma entidad (Acuerdo 25/87). Además de uno por \$6'000.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78) y un auxilio de \$600.000 por una sola vez para la dotación de la emisora Universidad de Antioquia, \$500.000 para el Museo Universitario, \$200.000 para la dotación y equipo del Instituto Nocturno de Bachillerato, \$100.000 para la dotación de implementos musicales de la tuna o estudiantina universitaria (Acuerdo 43/83).

La década de los setenta y los ochenta evidencian una marcada tendencia en materia de auxilios a universidades de la ciudad, con los recursos del Municipio. Porque, además de la Universidad de Antioquia, las otras universidades también registran beneficios, como la Universidad de Medellín²¹, la Universidad Autónoma

20 El Fondo Acumulativo Universitario, fue creado por la Asamblea de Antioquia, mediante Ordenanza 27 de 1935, como una fundación de carácter mixto. De varias modificaciones que tuvo se destaca la Ordenanza 8 de 2008, por medio de la cual se define la naturaleza jurídica del Fondo Acumulativo de la Universidad de Antioquia, señalado que el representante legal de dicha entidad sería el rector de la Universidad y sus rendimientos destinados a ciencia y tecnología. Finalmente, fue disuelta y liquidada mediante Ordenanza 9 de 2011, en la cual se dispuso que todos los bienes y rentas de la liquidación pasaban a la Universidad de Antioquia.

21 Auxilio anual de \$5.000 para la Universidad de Medellín (Acuerdo 07/59) y \$40.000 (Acuerdo 05/64). El auxilio de \$5'000.000 como contribución del Municipio a la Universidad por sus bodas de plata (Acuerdo 17/74). Se concede

Latinoamericana²², la Universidad Pontificia Bolivariana²³, Universidad EAFIT²⁴, Universidad de San Buenaventura²⁵, Universidad Cooperativa de Colombia²⁶, Politécnico Jaime Isaza Cadavid²⁷ y a la Universidad Nacional^{28, 29}

- auxilio por una sola vez por \$1'000.000 con destino a inversiones en dotación y construcción o mejoramiento de aulas y otorgamiento de becas (Acuerdo 27/76). Se concede auxilio por una sola vez por \$1'000.000 a la Universidad, **para el Instituto de Derecho Penal y Criminología** (Acuerdo 10/78) Se cambia destino del auxilio, para ampliación de la biblioteca y el laboratorio (Acuerdo 03/79). Se concede auxilio por \$1'500.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78). Se auxilia por una sola vez con la cantidad de \$500.000 (Acuerdo 18/79). Se concede auxilio de \$600.000 por una sola vez a la Universidad de Medellín para dotación, **laboratorio del curso de postgrado de la Facultad de Derecho** (Acuerdo 43/83).
- 22 Se concede por una sola vez un auxilio de \$1'000.000 a la Universidad Autónoma Latinoamericana para la construcción de la biblioteca, aulas universitarias y su dotación (Acuerdo 18/74). Se concede auxilio por una sola vez de \$5'000.000 por sus 10 años de existencia con destino al mejoramiento de la biblioteca y a la construcción de aulas (Acuerdo 21/76). Se concede auxilio por \$1'200.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78). Se concede auxilio de \$2'200.000 por una sola vez para dotación y equipo (Acuerdo 43/83). Se concede auxilio de \$200.000 por una sola vez para la dotación de la sede de egresados de la Facultad de Contaduría (Acuerdo 43/83). Se incrementa el aporte anual que el Municipio efectúa a la Universidad Autónoma Latinoamericana a \$4'000.000 (Acuerdo 24/87). Se concede auxilio de \$5'000.000 por una sola vez con destino a gastos de funcionamiento (Acuerdo 30/90).
 - 23 Se concede por una sola vez un auxilio de \$1'000.000 a la Universidad Pontificia Bolivariana para la biblioteca y bienestar estudiantil (Acuerdo 18/74). Se concede por una sola vez, un auxilio de \$5'000.000 por sus 40 años de existencia, con destino a la dotación de su Facultad de Medicina (Acuerdo 19/76). Se concede auxilio a la Universidad por \$1'500.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78). Se concede auxilio de \$200.000 por una sola vez para el polideportivo, e implementos deportivos (Acuerdo 43/83). Se auxilia por una sola vez con \$10'000.000 a la Universidad Pontificia Bolivariana por el cincuentenario de su fundación (Acuerdo 55/87).
 - 24 Se concede por una sola vez un auxilio de \$1'000.000 a la Escuela de Administración y Finanzas (EAFIT) para la construcción de biblioteca, auditorio y aulas universitarias (Acuerdo 18/74). Se concede auxilio por una sola vez por \$1'000.000 a la Escuela de Administración y Finanzas (EAFIT) con destino a inversiones en dotación y construcción o mejoramiento de aulas (Acuerdo 27/76). Se concede para 1978 un auxilio de \$1'000.000 por una sola vez para la Escuela de Administración, Finanzas y Tecnologías, el cual solo podrá ser invertido en la construcción, remodelación y dotación de bibliotecas, laboratorios o talleres (Acuerdo 45/77). Se concede auxilio a la Escuela de Administración y Finanzas (EAFIT) por \$600.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78).
 - 25 Se concede por primera vez un auxilio de \$1'000.000 a la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín, para dotación de la biblioteca para las facultades de Administración Educativa, Psicología, Sociología y Tecnología y para la adecuación y dotación de la edificación que servirá para desarrollar labores y programas de bienestar estudiantil (Acuerdo 62/75). Se concede auxilio por una sola vez por \$1'000.000 a la Universidad de San Buenaventura con destino a construcción o mejoramiento de aulas (Acuerdo 27/76). Se concede para 1978 un auxilio de \$1'000.000 por una sola vez para la Universidad San Buenaventura, el cual solo podrá ser invertido en la construcción, remodelación y dotación de bibliotecas, laboratorios o talleres (Acuerdo 45/77).
 - 26 Se concede auxilio por una sola vez por \$2'000.000 a la Universidad Cooperativa Indesco Seccional de Medellín, el cual será destinado a subsanar el déficit acumulado y adquisición y dotación de su sede social (Acuerdo 36/76). Se concede auxilio por una sola vez por \$1'000.000 a la Universidad Cooperativa Indesco para inversión (Acuerdo 10/78). Se concede auxilio a la Universidad Cooperativa Indesco por \$400.000 para el año 1979 (Acuerdo 26/78).
 - 27 Se da auxilio por \$1'000.000 al Politécnico Jaime Isaza Cadavid (Acuerdo 28/82) para comprar de equipos para el taller de multimedia (Acuerdo 26/83). Se auxilia por una sola vez al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid con la suma de \$5'000.000 para financiar equipos de microfilmación y multimedia para docencia tecnológica (Acuerdo 38/83). Se concede auxilio de \$1'000.000 por una sola vez al Instituto Politécnico Colombiano para dotación y equipo (Acuerdo 43/83).
 - 28 Se concede un auxilio de \$25'000.000 a la Facultad de Minas de la Universidad Nacional en la celebración del centenario de su fundación, que será destinado exclusivamente para compra de terrenos, construcción o mejoras en la planta física de la Facultad y para enriquecimiento de la biblioteca o laboratorios (Acuerdo 13/87).
 - 29 No figuran auxilios para el Colegio Mayor de Antioquia o el Pascual Bravo, debido a que para este momento las hoy instituciones universitarias estaban adscritas al Ministerio de Educación Nacional.

Los auxilios que concedió el Municipio de Medellín se otorgaron por diferentes motivos tales como: contribuciones por aniversario (10 años de UNAULA, bodas de plata de la UdeM, 40 y 50 años de UPB); compra de terrenos; dotación y construcción o mejoramiento de aulas, auditorios, laboratorios, talleres; otorgamiento de becas; ampliación y dotación de las bibliotecas; sede de egresados; dotaciones, mejoramiento de escenarios e implementos deportivos y gastos de funcionamiento. Específicamente en materia de Derecho, se observa el apoyo para el Instituto de Derecho Penal y Criminología y el laboratorio del curso de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

Todos estos auxilios tuvieron freno con la expedición de la Constitución Política de 1991, que estipuló que “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado” (Const., 1991, art. 355), aspecto que se ha ido morigerando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por último, finalizando la década del 2000, se autoriza al Alcalde de Medellín para adquirir obligaciones que afecten los presupuestos de vigencias futuras para ejecutar el Gasto de Funcionamiento “Aportes Institutos Técnicos” (Acuerdo 10/08); y para adquirir obligaciones que afecten los presupuestos de vigencias futuras para ejecutar el proyecto “Articulación de la educación media con la formación técnica y tecnológica y el mundo productivo”, cuyo responsable es la Secretaría de Educación (Acuerdo 36/09).

2.3 Promoción y alianzas educativas con las entidades de educación superior

Al margen de los recursos, se identificó otra categoría de normas relacionadas con la promoción de las entidades de educación superior y convenios o alianzas para ello.

2.3.1 Instituciones de educación superior del orden municipal

El Municipio de Medellín realizó un giro a partir de la década de los noventa, limitando los auxilios a las instituciones de educación superior privadas por las limitaciones constitucionales, centrándose en crear un sistema de educación superior propio.

En 1971 el Municipio de Medellín compró en el barrio Robledo una sede a la Universidad Nacional de Colombia, donde funcionaba la Facultad de Arquitectura. En 1973 el Municipio creó el Instituto Popular de Cultura y le otorgó dicha sede. Luego, mediante Acuerdo 42/91, el Instituto Popular de Cultura se reorganizó como establecimiento público de carácter académico, con el nombre de Instituto Tecnológico Metropolitano, para ofrecer programas de educación superior a nivel tecnológico, convirtiéndose en la primera institución de educación superior del Municipio de Medellín.

Posteriormente, a partir del año 2001, en vigencia de la Ley 30 de 1993, se cambia el carácter académico: de institución tecnológica a institución universitaria, así mismo su denominación será Instituto Universitario de Tecnología de Medellín, continuando como establecimiento público de educación superior, de naturaleza autónoma y adscrito a la Alcaldía de Medellín (Acuerdo 52/01). Luego, en el año 2006, se modifica la denominación de la institución educativa, la cual se seguirá llamando: Instituto Tecnológico Metropolitano, ITM, acompañado de la denominación Institución Universitaria (Acuerdo 07/06).

Luego vendrían otras dos instituciones universitarias: Pascual Bravo y Colegio Mayor.

La Ley 48 de 1945 creó los colegios mayores y ordenó abrir simultáneamente los de Bogotá, Medellín, Popayán y Cartagena, supeditados a los aportes de los municipios. Así, en 1945 se creó el Colegio Mayor de la Cultura Femenina de Antioquia, que a partir de 1976 se inicia a nivel universitario ofreciendo programas tecnológicos y en 1980 pasa a ser institución universitaria³⁰. Finalmente, mediante Acuerdo 49 de 2006, se incorpora a la estructura descentralizada del Municipio de Medellín, sin solución de continuidad, el Establecimiento Público “Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia”.

Por otra parte, está el Pascual Bravo, que tiene sus inicios diez años antes del Colegio Mayor. Mediante Ordenanza Departamental de Antioquia 37 de 1935, se creó la Escuela de Artes y Oficios, como un anexo de la Universidad de Antioquia. Luego, en 1938 cambió su nombre a Escuela de Artes y Oficios Pascual Bravo. Mediante Decreto Nacional 2350 de 1939 las Escuelas Industriales o de Artes y Oficios que funcionaban en el país pasaron a cargo del Ministerio de Educación. Por Decreto Nacional 108 de 1950 el Instituto Industrial “Pascual Bravo”, de Medellín, pasa a denominarse Instituto Técnico Superior “Pascual Bravo”, y mediante Ley 52 de 1982 pasa a ser instituto tecnológico del orden nacional. Finalmente, en el año 2007 se transforma a institución universitaria.

Después, mediante Acuerdo Municipal 28 de 2008, se incorpora la Institución Universitaria Instituto Tecnológico Pascual Bravo, al Municipio de Medellín, luego de una larga gestión de la Administración Municipal con el Ministerio de Educación Nacional.

2.3.2 Otras acciones

Adicional a lo anterior, las normas encontradas evidencian otras estrategias positivizadas para la promoción de la educación superior en el territorio del Municipio.

30 La norma de educación superior vigente para el momento era el Decreto Ley 80 de 1980, que en los artículos 46 y 56 contempla las instituciones universitarias.

Por ejemplo, la vinculación de las universidades al programa recreativo infantil “Plan de la calle o cuadras de recreación” (Acuerdo 05/83). O cuando se crean en el Municipio los programas de educación superior descentralizados mediante los cuales las universidades e instituciones de educación superior aprobadas podían desarrollar sus programas con el apoyo administrativo y financiero del Municipio de Medellín, aportando los locales de aquellas instituciones educativas y otras instalaciones que sean de su propiedad (Acuerdo 01/89). O cuando se adopta una política de descentralización educativa a comunas y corregimientos de la ciudad de Medellín de los programas académicos ofrecidos por las instituciones universitarias, Instituto Tecnológico Metropolitano, Tecnológico Pascual Bravo y Colegio Mayor de Antioquia (Acuerdo 14/11).

De igual modo, se han contemplado estrategias para que las instituciones de educación superior sean aliadas y actores estratégicos en el desarrollo de la ciudad. Por ello, se crea en la ciudad de Medellín la alianza académica entre la alcaldía, las Instituciones de Educación Superior (IES) y el sector privado a través del programa “gran alianza por el conocimiento y la competitividad”. Esta alianza se encargará de que los trabajos de grado estén enfocados, desarrollados y dimensionados en las soluciones de las diferentes problemáticas que vive la ciudad (Acuerdo 40/04).

Asimismo, se adopta la revisión, reorientación y aplicación de las Políticas Públicas en las áreas de competitividad, educación, ciencia-tecnología y promoción-generación de empleo-trabajo, en la ciudad de Medellín (Acuerdo 44/04). Se establece que el Municipio de Medellín gestionará el trabajo conjunto con las instituciones de educación superior para masificar la cultura del emprendimiento en la ciudad (Acuerdo 25/05). Y en la política pública de desarrollo económico, que reserva un espacio relativo a la formación para la producción y para el fortalecimiento de la educación básica, media y superior (Acuerdo 74/17).

2.4 Exenciones tributarias a entidades de educación superior

Una de las formas en que los municipios buscaron ayudar en la consolidación económica de determinados sectores fue a través de las exenciones tributarias que, dadas las normas, fueron escasas.

Así se eximió a la Universidad de Antioquia de los impuestos de valorización y predial, como los bienes pertenecientes al Fondo acumulativo Universitario (Acuerdo 26/47). Se determinó que los establecimientos de educación superior pudieran compensar el impuesto predial, previa solicitud debidamente aprobada por resolución, mediante aportes al Fondo Municipio de Medellín – ICETEX, entregados directamente a los estudiantes de programas universitarios, tecnológicos y educación avanzada de escasos recursos económicos, en forma de abonos al valor de la matrícula (Acuerdo 37/85).

También se autorizó proporcionarle beneficios tributarios a las universidades que celebraran convenios de apoyo cívico-universitario, como contribución a la formación de los estudiantes mediante prácticas de campo (Acuerdo 06/92). Y las instituciones de educación superior de carácter público del orden municipal, departamental y nacional, quedaron exentas por el término de 10 años del pago del impuesto predial (Acuerdo 30/97).

2.5 Prácticas universitarias

Otra estrategia que deriva de las normas para el fomento de la educación superior en Medellín, ha sido la posibilidad de que los estudiantes realicen prácticas en la Alcaldía, situación que es de vieja data y que ha tenido múltiples posibilidades.

Así, con el fin de vincular la universidad al servicio social, los jefes de las oficinas del Municipio pudieron admitir estudiantes profesionales liberales de las distintas universidades, como ayudantes no remunerados, y se autorizó tomar dinero del Fondo de Préstamos Educativos para cubrir el importe (Acuerdo 61/66). Igualmente se autorizó celebrar convenios de apoyo cívico-universitario con las instituciones de educación superior, como contribución a la formación de los estudiantes mediante prácticas de campo en el Municipio (Acuerdo 06/92).

De carácter más reciente, se creó en el Municipio de Medellín, el Programa Centro de Prácticas de Estudiantes de Instituciones de Educación Superior Públicas y Privadas, adscrito a la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín, que en coordinación con la Secretaría de Educación, dispondrá lo pertinente para su funcionamiento en los campos de acción de las diferentes Secretaría y Entidades Descentralizadas del Municipio (Acuerdo 22/04, modificado por el Acuerdo 69/17).

3. Situación actual del Municipio de Medellín en relación con la educación superior

A 2019, el Sistema Nacional de Información de Educación Superior –SNIES– del Ministerio de Educación Nacional, informa que en Medellín están domiciliadas 34 instituciones de educación superior activas, de las cuales cinco son seccionales³¹; una con el carácter de institución técnica profesional, cinco instituciones tecnológicas, 23 instituciones universitarias (de las cuales siete son oficiales) y diez universidades (de las cuales dos son públicas).

31 Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–, Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad de San Buenaventura y Universidad Nacional de Colombia.

De las 34 instituciones de educación superior registradas, nueve (26 %) tienen registro de alta calidad, de las cuales cuatro son públicas³²: Instituto Tecnológico Metropolitano –ITM (municipal)³³, el Tecnológico de Antioquia (departamental), Universidad de Antioquia (departamental) y Universidad Nacional de Colombia (nacional).

Al respecto de las dos instituciones universitarias con acreditación de alta calidad, debe señalarse que conforme el Sistema Nacional de Información de Educación Superior, a abril de 2019, solo hay siete instituciones universitarias en el país con dicha acreditación, de las cuales cinco son oficiales y dos privadas. Es decir, las entidades estatales encabezan las instituciones universitarias con acreditación de alta calidad; así como la Universidad de Antioquia y la Universidad Nacional de Colombia –sede Medellín-, puntúan como las mejores universidades del país y entran en varios listados internacionales. Lo que evidencia una tendencia de calidad en las entidades del Estado.

En la actualidad, hacen parte del Municipio de Medellín tres instituciones universitarias: el Instituto Tecnológico Metropolitano, el Colegio Mayor de Antioquia y el Pascual Bravo, como entidades descentralizadas de la entidad territorial, lo que permitió pensar en un sistema de educación superior municipal público, articulado, sumando energías para lograr mayor eficiencia e impacto, lo que exigió la creación de una entidad administradora.

Precisamente, en el año 2012, el Municipio de Medellín inició su último proceso de modernización, materializado en el Decreto Municipal 1364 del mismo año, expedido en virtud de facultades otorgadas por el Concejo, por lo que se constituye en un decreto con fuerza material de acuerdo. Este decreto, que instauró una nueva estructura del Municipio, creó la Agencia de Educación Superior de Medellín –SAPIENCIA- como una unidad administrativa especial, cuyo objeto se centra en dos importantes temas: el sistema de educación pública superior del Municipio y la política de acceso a la educación superior.

Respecto de la primera, señala el Decreto Municipal 1364 (2012), que SAPIENCIA debe:

Liderar la ejecución de la política y los lineamientos del sistema de la educación pública superior del Municipio de Medellín, promoviendo que las instituciones públicas que lo integran presten un servicio especializado, coordinado y complementario, acorde con las nece-

32 Las instituciones privadas con acreditación de alta calidad son: Universidad CES, Universidad de Medellín, Universidad de San Buenaventura, Universidad EAFIT y Universidad Pontificia Bolivariana.

33 Conforme se establece del mismo sistema –SNIES-, el Instituto Tecnológico Metropolitano (entidad municipal del Municipio de Medellín) fue la primera institución universitaria en haber obtenido la acreditación de alta calidad en el país, lo que evidencia de nuevo el compromiso de la institucionalidad con la calidad de la educación en la ciudad.

sidades tecnológicas y profesionales que demanda el desarrollo del municipio... (Art. 332)

Este aspecto es necesario, dado que entre las instituciones universitarias se creó un proyecto que buscara la sinergia entre las tres entidades, aprovechando las fortalezas de cada una para beneficio de todas.

Respecto del segundo tema, es SAPIENCIA la entidad encargada de administrar los fondos municipales para acceso a la educación superior; tales como los créditos condonables, la asignación de dinero por la comunidad con recursos de presupuesto participativo, las becas para los mejores bachilleres, las becas para programas tecnológicos y lo relativo a estudios de posgrado para los maestros y demás ciudadanos³⁴, distribuidos en los siguientes fondos: mejores bachilleres, Fondo EPM y Universidades, Fondo con recursos de Presupuesto Participativo, Fondo Posgrados Nacionales – Extendiendo Fronteras Educativas, Fondo Posgrados Internacionales – Enlaza Mundos y el Fondo Posgrados Maestros – Formación Avanzada.

SAPIENCIA, además, gestiona el Observatorio de Educación Superior de Medellín (ODES) como una unidad investigativa, el cual busca ser insumo para la toma de decisiones en materia de educación en la ciudad.

De la última información consolidada del Observatorio (Sapiencia, 2018a), correspondiente al primer semestre del año 2018, se tiene que las tres instituciones universitarias del Municipio congregan 33.945 estudiantes matriculados, distribuidos así: ITM (23.548), Pascual Bravo (5.806) y Colegio Mayor (4.591), lo que hace del ITM la segunda institución con mayor número de estudiantes de la ciudad; la sumatoria de las tres instituciones universitarias se acerca a la Universidad de Antioquia³⁵.

De los 33.945 estudiantes matriculados, 57 % estaban cursando una tecnología, es decir, casi seis estudiantes de cada diez. Este dato es de alta relevancia, toda vez que la consolidación del sistema educativo superior del Municipio presentó, entre otros cuestionamientos, dos en particular: la fusión de las tres instituciones en una sola y el cambio de carácter académico a universidad, al menos para el caso del ITM que presenta los mayores niveles de matrícula, investigación, publicaciones y proyección internacional.

34 Según datos correspondientes al informe de gestión del año 2018, SAPIENCIA tuvo un presupuesto de \$57.699 millones para educación superior por recursos de presupuesto participativo, \$43.524 millones de apoyo para el acceso a la educación superior y \$74.901 millones para formación técnica y tecnológica.

35 Conforme Data UdeA, en 2018 la Universidad de Antioquia tenía 37.012 estudiantes en pregrado y 3.826 en posgrado. Le sigue la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, que en su informe de gestión del año 2018 reportó la cifra de 12.372 estudiantes de pregrado y 1.715 de posgrado, para un total de 14.087 estudiantes. Por su lado, para el segundo semestre de 2017, la Universidad Pontificia Bolivariana reportó 13.813 estudiantes de pregrado y 2.595 estudiantes en posgrados, para un total de 16.408 estudiantes. La Universidad de Medellín reportó para el periodo 2017-1, un total de 11.106 estudiantes de pregrado y 2.189 de posgrado, para un total de 13.295.

Frente a estas posibilidades, el Concejo de Medellín optó por conservar la independencia de las tres instituciones, frenando la posibilidad de una integración y determinando que la vocación técnica y tecnológica no se podía perder, sino que, por el contrario, se debía fortalecer, ya que es justamente la necesidad que presenta el mercado, de manera que tampoco la opción de transformación en universidad prosperó. Así que, al señalar las estadísticas que más del 50 % de la población estudiantil está matriculada en programas tecnológicos, se está corroborando que la intención se ha logrado.

Frente al tema territorial, las comunas con mayor porcentaje de participación estudiantil en las tres entidades municipales son: Robledo (10 %), Buenos Aires (7 %) ³⁶, seguidas de las comunas de Manrique, Aranjuez y San Javier (con el 6 %) y Doce de Octubre (con el 5 %). El 21 % de los matriculados en las tres instituciones son de estrato 1 y el 54 % de estrato 2, es decir, el 75 % de la población que atienden las instituciones universitarias del orden municipal. El 69 % de los matriculados se encuentran entre los 16 y los 28 años.

Estas cifras exponen la enorme responsabilidad que tiene el Municipio de Medellín con la juventud y la educación de la ciudad, como una estrategia para romper los círculos de pobreza y violencia, y ofrecer oportunidades para la equidad social, lo que se complementa con las becas y créditos para educación superior.

Bajo este entendido, la Administración Municipal ha venido proyectando el fortalecimiento de la educación superior, particularmente desde la ampliación de la cobertura y la disminución de la deserción escolar, con la construcción de dos nuevas ciudadelas universitarias, adicionales a la ciudadela nacida de la articulación entre las sedes del Colegio Mayor, ITM y Pascual Bravo en la comuna de Robledo. Una ubicada en la comuna 5, Castilla, donde funcionaba la feria de ganado; y la otra, en la comuna 13, San Javier, la cual tendrá 13 edificios para recibir 8.000 estudiantes. El objetivo con estas dos infraestructuras, es crear 20.000 cupos adicionales, llegando con la oferta educativa de las tres instituciones.

4. Retos de la ciudad de Medellín en materia de educación superior

Todo lo anterior evidencia un gran esfuerzo, al que se suman muchas estrategias, proyectos y programas que no se encuentran positivizados en normas jurídicas. No obstante, siguen existiendo retos en materia de educación superior en la ciudad.

36 Las comunas 7 Robledo y 9 Buenos Aires, corresponden justamente a la ubicación de las dos grandes sedes de la institución: sede principal, ubicada en el barrio San Germán y la sede Fraternidad Medellín, en el barrio Boston.

Por un lado, está el tema de la cobertura. Si bien Medellín cuenta con el segundo mejor sistema del país en materia de educación superior, aun así solo cerca del 50 % de los jóvenes entre los 18 y los 24 años está vinculado a alguna entidad superior; siendo las comunas con mayores índices de vulnerabilidad las que siguen estando por fuera, para lo cual se han buscado estrategias como la política de descentralización de programas académicos, que busca llevar la oferta de las tres entidades a comunas y corregimientos, aprovechando las plantas físicas de los colegios y otros inmuebles públicos (Acuerdo 14/11). Esta estrategia es denominada por el ITM como “U en mi barrio”.

Sin embargo, las situaciones que frenan el acceso a la educación superior en el territorio, no solo obedecen a un tema de cupos, sino también factores culturales, de preparación previa a la educación superior (como deficiencia en competencias matemáticas, lecto/escritura y metodología) o factores económicos asociados a los costos de transporte, manutención, compra de útiles y materiales, alimentación; entre otros aspectos que también inciden en la permanencia y afectan el indicador de deserción, que se han buscado disminuir con estrategias como el tiquete estudiantil, “en bici a la U”, vínculos con el sector productivo para inserción laboral, entre otros.

Otro aspecto importante a considerar es el referido al equilibrio entre la pertinencia y el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el desarrollo y sostenibilidad de programas que tienen fundamento en las necesidades económicas del territorio, que le facilite al estudiante su inserción al mundo laboral o programas de contenidos más blandos, que desarrollen otros componentes como las humanidades, la historia, la filosofía y el arte, que también hacen parte inescindible de la educación.

De hecho, si bien podría atribuirse al neoliberalismo el discurso de una educación pertinente para el sector productivo, la verdad es que ha sido una preocupación que ha dejado su huella en la normativa colombiana.

Así, por ejemplo, el Decreto Nacional 563 de 1903, que solo cuenta con dos considerandos, justificaba la norma así: “(...) es tan importante en el punto de vista moral como en el económico, estimular las profesiones útiles y el desarrollo de la producción nacional, poniendo en relación la enseñanza con las industrias, de modo que ellas se presten recíproco auxilio.”

Es decir, la discusión siempre ha estado servida, así lo plantea Ospina Cruz (2011) al mencionar las discusiones que se presentaban sobre las materias prácticas, como una preparación para el mundo del trabajo: “Se trataba, eventualmente, de poner dique a una única corriente industrializante que convertiría todo el sistema instruccional en una serie de escuelas de artes y oficios, un sistema en el que sobraría a mediano plazo incluso la misma Universidad” (p. 350).

La doctrina de la época así lo testimoniaba, como el caso de una docente antioqueña, Rojas Tejada (1912), que para la su momento afirmaba:

El Plan que estudiamos parece haber sido arreglado con el único objetivo de encaminar a los niños en el campo de las investigaciones científicas, pues no figura en él ninguna materia que sirva de introducción al estudio de los oficios e industrias a que seguramente se consagrarán muchos de ellos cuando salgan de la escuela. (p. 1001)

De hecho, la Ley 39 de 1903 disponía que la instrucción primaria habilitaba para el ejercicio de la ciudadanía y preparaba para la agricultura, la industria fabril y el comercio (Ley 39, 1903, art. 6). La instrucción secundaria técnica contenía las materias preparatorias para la Instrucción Profesional (Ley 39, 1903, art. 11). Y para la instrucción industrial y comercial se autorizó la creación de “Escuelas de Artes y Oficios en las cuales se enseñen artes manufactureras y especialmente el manejo de máquinas aplicables a las pequeñas industrias” (Ley 39, 1903, art. 16).

Finalmente, está la eterna discusión sobre la financiación de la educación, de las instituciones de educación superior; del papel del Estado y del mercado, de la función de la extensión y la investigación universitaria, además de los aspectos relacionados con las condiciones laborales de los docentes de las instituciones de educación superior, particularmente respecto de los servidores públicos³⁷.

No obstante, una vez revisada la normatividad municipal desde una perspectiva *ius positivista*, surge la posibilidad de realizar sobre este análisis, revisiones desde otros paradigmas como el *ius naturalista* o el socio jurídico que -aunque no fueron los modelos seleccionados para la realización de la investigación- no son excluyentes y por el contrario, la investigación ofrece elementos positivos de base, a partir de los cuales pueden desarrollarse otros estudios sobre temas igualmente relevantes, como por ejemplo, en relación con la justicia distributiva.

De hecho, considerando que en las normas locales revisadas el aspecto de los recursos económicos ha sido relevante, tanto para las instituciones de educación superior como para los estudiantes en particular, la justicia distributiva podría considerarse como la base que subyace a la expedición de todas las normas revisadas, como respuesta a una realidad social que exige del mismo Estado actuaciones en pro de la equidad social.

De hecho, siguiendo lo expresado por Gómez (1997) en relación con las implicaciones prácticas que en una política de equidad social tendría sobre la educación superior, se encuentra que históricamente el Municipio de Medellín se

37 El régimen salarial y prestacional de los docentes de las Universidades Estatales se encuentra en el Decreto Ley 1279 de 2002.

ha acercado a varias de ellas, particularmente en relación con: tasas de escolarización y cobertura, distribución de la oferta, articulación con la educación media o fomentando las modalidades virtuales.

También estableciendo un nuevo relacionamiento entre el Municipio y las instituciones de educación superior, a través de su vinculación a comités y consejos municipales, la contratación de estas, para actividades y desarrollo de productos especiales (como desarrollo de políticas públicas), las prácticas de excelencia y la creación de la Agencia de Educación Superior -SAPIENCIA-. Pero principalmente, respecto de las políticas de financiación del acceso a la educación superior de grupos como estudiantes de los estratos 1, 2 y 3 o estudiantes destacados, que también implica el empoderamiento y compromiso de las comunas a través de los recursos de presupuesto participativo que pueden destinar a la educación superior.

De aquí también que el Concejo Municipal haya optado por preservar las tres instituciones del Municipio como instituciones universitarias con una fuerte vocación tecnológica, favoreciendo el acceso a más estudiantes y generando mayores oportunidades.

No obstante, el reto persiste, lograr concretar educación superior de calidad para todos, bajo acciones afirmativas que soportadas en la justicia distributiva, lleven equidad social a todos.

El concepto de Equidad Social en Educación, en la sociedad liberal moderna, se refiere a la creación de condiciones iguales de competencia -según el mérito- para todas las personas, independientemente de su origen socioeconómico y rasgos culturales y adscriptivos. Esto implica la igualdad social de acceso a las oportunidades educativas y de permanencia en ellas. (Gómez, 2017, p. 4)

Y es que las teorías de la justicia distributiva y la equidad educativa, exigen la superación de las desigualdades económicas y sociales que permita a los individuos apropiarse de una educación con calidad, tales como entornos protectores, alimentación adecuada, acceso a recursos culturales, en todas las etapas del crecimiento y el desarrollo. Aspecto que ha sido uno de los mayores riesgos para cualquier Estado latinoamericano.

Conforme señala Bolívar (2005), las políticas de igualdad en la educación se centran en cuatro tipos: igualdad de oportunidades, igualdad de enseñanza, igualdad de conocimiento y éxito escolar, igualdad de resultados. En el caso de Medellín, la intervención social, de cara a superar la inequidad y a ofrecer oportunidades, inicia con un principio de justicia distributiva, invirtiendo los recursos del Estado -que son recursos públicos, en cuanto toda la ciudadanía aporta- en los lugares y grupos poblacionales más vulnerables; porque

son indispensables entonces las acciones afirmativas que buscan nivelar culturalmente a los jóvenes provenientes de grupos pobres o minoritarios, para que estén en capacidad de competir en igualdad social por un cupo en la educación superior, y permanecer en ella. (Gómez & Celis, 2009, p. 113).

“En términos educativos, las capacidades básicas comprenderían conocimientos y actitudes esenciales durante toda la fase educativa, desde la básica hasta la superior, para que todos lleven vidas libres como miembros sociales y políticos” (Briceño, 2011, p. 81). Para ello existen en Medellín programas como Buen Comienzo, la escuela busca al niño, la alimentación escolar, el transporte escolar, los créditos educativos, el tiquete estudiantil, el acompañamiento psicosocial, los proyectos de emprendimiento, entre otros; que buscan ir compensando las limitaciones que tienen los niños, niñas y jóvenes para acceder y permanecer en el sistema educativo.

Todo como un compromiso en el que se resalta “que el hecho de aportar o redistribuir recursos adicionales para los individuos con condiciones particulares no constituye un principio de solidaridad, sino de estricta justicia, en virtud de que el principio de solidaridad compensaría las falencias de justicia” (Briceño, 2011, p. 81).

Respecto de los créditos educativos, Gómez y Celis (2009) los abordan como acciones afirmativas en el marco de una política de acceso a la educación superior, dentro de los cuales destacan el trabajo del ITM:

El programa de articulación con el nivel medio, del ITM de Medellín. Este programa de articulación entre el ITM y cuatro colegios del municipio de Medellín se propuso elevar el nivel académico de estos colegios, con el fin de facilitar el acceso al ITM de estudiantes interesados en proseguir carreras en áreas tecnológicas. Para ello se hizo necesario reformar dimensiones curriculares y pedagógicas en el nivel medio de estos colegios, capacitar a sus docentes y facilitar la utilización de laboratorios, equipos e infraestructura del ITM (Sánchez et al. 2004). Como resultado de esta articulación, varios egresados de estos colegios han podido acceder tanto al ITM como a otras universidades locales como la UN y la de Antioquia. Antes de esta articulación, pocos egresados de estos colegios podían aspirar a ingresar al nivel superior. (p. 113)

Pero los créditos educativos en el país han tenido, entre otras, una crítica particular: se volvieron un sistema de financiación para las instituciones de educación privada, dado que los estudiantes que no logran acceder a los limitados cupos en las universidades públicas, consumen educación privada. Lo que implica el reto de elevar la calidad y oferta de las instituciones de educación superior, para hacerlas atractivas y

lograr cerrar la brecha entre el sector educativo público y el privado, a lo cual apunta la certificación institucional de alta calidad, que se busca tengan las tres instituciones universitarias municipales del Conglomerado Público Municipio de Medellín.

Conclusiones

Una vez realizado el estudio del marco normativo de la educación en la ciudad de Medellín, se puede concluir que el Estado -en la figura de la entidad territorial municipal- ha sido un actor importante en la consolidación del sistema de educación superior en el municipio, pero no el único, porque se destaca desde el inicio de la revisión jurídica la aparición constante de las universidades privadas.

Se evidencia que el Municipio de Medellín no ha sido un actor pasivo y por el contrario, históricamente ha asumido un papel protagónico, jalonando la educación superior en la ciudad, con estrategias que van desde los auxilios económicos, pasando por la generación de alianzas, creación de becas y créditos educativos, extensión de infraestructura en el territorio, así como de los programas educativos, entre otras. Teniendo una marcada influencia de las entidades universitarias públicas, en otrora, la Universidad de Antioquia y la Universidad Nacional, ahora las tres instituciones de educación superior del Municipio.

También se puede concluir, luego de la revisión de las diferentes normas revisadas, que ha sido constante el compromiso de las administraciones municipales en materia de educación superior, es decir, no ha sido la gestión solitaria o desarticulada de un alcalde o un concejo de periodo, sino que han sido gestiones continuas, que ahora se terminan de reforzar al articular al Conglomerado Público Municipio de Medellín las tres instituciones de educación superior del orden municipal y la creación de la Agencia de Educación Superior de Medellín.

No obstante, permanecen unos retos para la ciudad y la Administración Municipal en materia de cobertura, permanencia, pertinencia, calidad y financiación de la educación superior, al menos en lo que le compete al municipio como entidad territorial.

Finalmente, es necesario enfatizar que de la sola revisión normativa no es posible determinar el índice de eficiencia y eficacia de las estrategias, proyectos, programas y políticas en materia de educación superior en la ciudad de Medellín; pero esta revisión general da las pautas para la realización de otros proyectos que aborden estos aspectos, para lo cual ya cuentan con el marco referencial normativo histórico del Municipio de Medellín.

Proyectos que podrían abordar desde el derecho positivo municipal, el desarrollo de la justicia distributiva y la equidad social aplicadas en la educación superior de la ciudad, entre otros aspectos que permitirán esclarecer los retos sociales que aún tienen las personas públicas y privadas, en pro de la calidad de vida de los ciudadanos.

Referencias

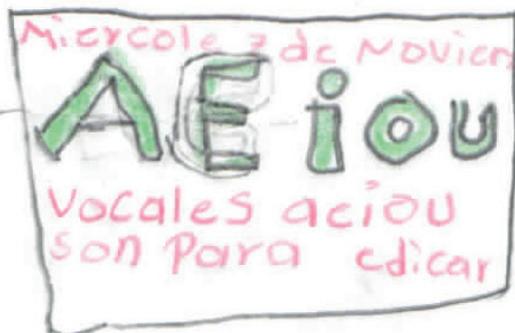
- Agencia de Educación Superior (2018a). *Educación superior municipal en cifras: cifras primer semestre 2018 de las IES del Municipio*. Observatorio de Educación Superior de Medellín. Recuperado de: <http://www.sapiencia.gov.co/observatorio-educacion-superior-en-cifras/fondocamino-4-2-2-2-3/>
- Agencia de Educación Superior (2018b). *Informe de gestión 2018*. Recuperado de: http://www.sapiencia.gov.co/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-gesti%C3%B3n-2018_Sapiencia.pdf
- Baudillo Bello, L. (1986). *La problemática de la instrucción pública y la propuesta del partido republicano en 1915*. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/35735/1/36150-150027-1-PB.pdf>
- Bolívar, Antonio (2005). Equidad educativa y teorías de la justicia. *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 3 (2), pp. 42-69.
- Briceño, A. (2011). Justicia: ¿igualdad o equidad en la educación superior? *Revista Educación y Desarrollo Social*, 5 (2), pp. 70-83.
- Colombia. Alcaldía de Medellín. Decreto 1364 (2012).
- Colombia. Asamblea Departamental de Antioquia. Ordenanza 37 (1985).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 12 (1944).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 26 (1945).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 19 (1946).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 26 (1947).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 43 (1947).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 06 (1949).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 71 (1955).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 39 (1956).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 19 (1958).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 07 (1959).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 74 (1962).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 05 (1964).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 29 (1964).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 78 (1964).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 61 (1966).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 81 (1969).
- Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 42 (1971).

Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 17 (1974).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 03 (1975).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 19 (1976).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 21 (1976).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 43 (1976).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 45 (1977).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 26 (1978).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 05 (1983).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 43 (1983).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 26 (1984).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 45 (1983).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 37 (1985).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 25 (1987).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 01 (1989).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 42 (1991).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 06 (1992).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 34 (1992).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 30 (1997).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 52 (2001).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 79 82001).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 03 (2003).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 22 (2004).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 23 (2004).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 40 (2004).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 44 (2004).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 25 (2005).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 36 (2005).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 01 (2006).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 07 (2006).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 49 (2006).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 64 (2006).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 34 (2007).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 10 (2008).

Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 28 (2008).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 55 (2008).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 36 (2009).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 53 (2010).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 60 (2010).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 36 (2010).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 09 (2011).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 14 (2011).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 21 (2012).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 69 (2017).
Colombia. Concejo de Medellín. Acuerdo 74 (2017).
Colombia. Congreso de la República. Ley 10^o (1880).
Colombia. Congreso de la República. Ley 7^o (1886).
Colombia. Congreso de la República. Ley 39 (1903).
Colombia. Congreso de la República. Ley 31 (1923).
Colombia. Congreso de la República. Ley 56 (1927).
Colombia. Congreso de la República. Ley 48 (1945).
Colombia. Congreso de la República. Ley 52 (1982).
Colombia. Congreso de la República. Ley 30 (1993).
Colombia. Congreso de la República. Ley 115 (1994).
Colombia. Congreso de la República. Ley 749 (2002).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1012 (2006).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1064 (2008).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1084 (2006).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1188 (2008).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1546 (2012).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1574 (2012).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1753 (2015).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1804 (2016).
Colombia. Congreso de la República. Ley 1911 (2018).
Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-220 (1997).
Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-588 (1998).
Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-929 (2011).

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-720 (2012).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-141 (2013).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-531 (2014).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-520 (2016).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-284 (2017).
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-027 (2018).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 563 (1903).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 785 (1941).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 857 (1934).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2350 (1950).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 108 (1950).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 277 (1958).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2277 (1979).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1278 (2012).
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1075 (2015).
- Gómez, Víctor M. (1997). Política de equidad social y transformación de la educación superior. *Revista Nómadas*, (6), pp. 2-13. Recuperado de: http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_6/06_13G_PoliticadeEquidadsocial.pdf
- Gómez Campo, V. y Celis Giraldo, J. (2009). Crédito educativo: acciones afirmativas y equidad social en la educación superior en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, (33), pp. 106-117.
- Ospina Cruz, C. (2011). *El proyecto moderno instruccional en Antioquia: 1903-1930. Ley 39 de 1903, modos de instrucción y enclaves de resistencia* (Tesis de doctorado en Educación). Universidad de Antioquia. Recuperado de: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/6944/1/OspinaCarlos_2011_ProyectoModernoInstruccionista.pdf
- Ospina Cruz, C. (2013). Reformas educativas, institutores e inspección gubernamental. Antioquia (1903-1930). *Revista Colombiana de Educación*, (65), pp. 341-366. <https://doi.org/10.17227/1203916.65rce341.366>
- Rojas Tejada, M. (1912). Sobre el plan de estudios de las escuelas Primarias en Colombia. En: *Instrucción Pública Antioqueña*. Medellín: Imprenta Departamental de Antioquia.
- Universidad Nacional de Colombia (2019). *Balance social: vigencia 2018*. Vicerrectoría de sede. Recuperado de: <http://medellin.unal.edu.co/la-sede/informe-de-gestion-de-la-sede.html>

Saray Velazquez Moreno
Que es Para ti la educacion



Autor: Saray Velazquez Moreno

Análisis de la Inserción Laboral y la Empleabilidad de los Egresados. ¿Condición de Calidad o imposición que distorsiona los sistemas de medición de calidad de la Educación Superior?*

Elvigia Cardona Zuleta**

Andrea Montoya Giraldo***

Resumen

Este artículo tiene como propósito cuestionar los estudios de inserción laboral y empleabilidad de los egresados de programas de pregrado, como una forma de medición de las condiciones de calidad de la Educación Superior. Partimos de la investigación cualitativa, mediante la estrategia de revisión documental y desde una postura reflexiva que nos permite concluir que los estudios de inserción laboral y empleabilidad son insuficientes para medir la calidad, frente al factor egresados, de los programas de pregrado, debido a i) Los estudios de inserción laboral y empleabilidad, tienen como referentes teóricos la función económica y de mercado de la Universidad, ii) La existencia de una distorsión en la medición cuantitativa, puesto que las cifras, promedios y datos numéricos, a partir de promediar el salario, el nivel de ocupación o porcentajes de tasa de cotización y los ranking privados, no son variables suficientes para medir la calidad de un programa de pregrado, con respecto a sus egresados, ya que es necesario revisar el contexto, que es heterogéneo y responde a las asimetrías que hay entre las universidades públicas y privadas, y, iii) La influencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el Sistema de Aseguramiento de la Calidad en la Educación Superior.

Palabras clave: estudios de empleabilidad; inserción laboral; educación superior; acreditación de calidad.

Analysis of Labor Insertion and Employability of Graduates. Quality condition or imposition that distorts quality measurement systems of Higher Education?

Abstract

This paper aims at questioning the studies of labor insertion and employability of graduates of undergraduate programs, as a way of measuring the quality conditions of Higher Education. We start from the qualitative research, through the strategy of documentary reviews and from a reflective posture that allows us to conclude that labor insertion and employability studies are insufficient to measure the quality, compared to the graduated factor, of the undergraduate programs, due to i) The studies of labor insertion and employability, have as theoretical referents the economic and market function of the University, ii) The existence of distortion in the quantitative measurement, since the figures, averages and numerical data, from averaging the salary, the level of occupation or contribution rate percentages and the private rankings are not enough variables to measure an undergraduate program quality, with respect to its graduates, since it is necessary to review the context, which is heterogeneous and responds to the asymmetries that exist between public and private universities; and, iii) The influence of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in the Quality Assurance System in Higher Education.

Keywords: studies on employability; labor insertion; higher education; quality accreditation.

Análise da Inserção no mercado de trabalho e a Empregabilidade de Estudantes Graduados. Condição de Qualidade ou imposição que distorce os sistemas de medição de qualidade da Educação Superior?

Resumo

Este artigo tem como propósito questionar os estudos de inserção no mercado de trabalho e empregabilidade de estudantes graduados de programas de graduação, como uma forma de medição das condições de qualidade da Educação Superior. Partimos da pesquisa qualitativa, por meio da estratégia de revisão documental e desde uma posição reflexiva que permite concluir que os estudos de inserção no mercado de trabalho e empregabilidade são insuficientes para medir a qualidade, diante do fator estudantes graduados, dos programas de graduação, devido a i) Os estudos de Inserção no mercado de trabalho e empregabilidade têm como referentes teóricos a função econômica e de mercado da Universidade, ii) a existência de uma distorção na medição quantitativa, pois as cifras, médias e dados numéricos, quando calculam a média do salário, do nível de ocupação ou porcentagens de taxa de contribuição e os rankings privados, não são variáveis suficientes para medir a qualidade de um programa de graduação, a respeito dos seus estudantes graduados, pois é preciso revisar o contexto, que é heterogêneo e responde às assimetrias que existem entre as universidades públicas e privadas, e iii) A influência da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) no Sistema de Garantia da Qualidade na Educação Superior.

Palavras-chave: estudos de empregabilidade; inserção no mercado de trabalho; educação superior; acreditação de qualidade.

* Artículo de reflexión. Resultado del análisis del Factor Egresados, correspondiente al proceso de Autoevaluación del programa de Derecho, 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, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El informe de autoevaluación fue entregado en 2016, dando lugar a la reacreditación del pregrado de Derecho mediante Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 7213 del 3 de mayo de 2018. Investigadores: Comité de Autoevaluación.

** Abogada y Magíster en Educación de la Universidad de Antioquia. Integrante del Comité de Autoevaluación. Profesora e Investigadora de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia, adscrita al grupo de investigación Derecho y Sociedad, línea Género, Derecho, Equidad y Justicia. Correo electrónico: elvigia.cardona@udea.edu.co ORCID: 0000-0002-2486-6867

*** Estudiante e investigadora de séptimo semestre del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia, Colombia. Apoyo Comité de Autoevaluación. Correo electrónico: andrea.montoyag@udea.edu.co ORCID: 0000-0001-6852-5944

Cómo citar este artículo: Cardona, E. y Montoya A. (2019). Análisis de la inserción laboral y la empleabilidad de los egresados: ¿condición de calidad o imposición que distorsiona los sistemas de medición de calidad de la educación superior?



Estudios de Derecho, 76 (168), pp-pp 273-296

DOI: 10.17533/udea.esde.v76n168a11

Fecha de recepción: 20/04/2019 Fecha de aprobación: 17/06/2019

Análisis de la Inserción Laboral y la Empleabilidad de los Egresados. ¿Condición de Calidad o imposición que distorsiona los sistemas de medición de calidad de la Educación Superior?

Introducción

Programa de Estudios

La escuela del mundo al revés.

Educando con el ejemplo.

Los alumnos.

Curso básico de injusticia.

Curso básico de racismo y de machismo.

Cátedras del miedo.

La enseñanza del miedo.

La industria del miedo.

Clases de corte y confección: cómo elaborar enemigos a la medida.

Seminario de ética.

Trabajos prácticos: cómo triunfar en la vida y ganar amigos.

Lecciones contra vicios inútiles.

Clases magistrales de impunidad.

Modelos para estudiar.

La impunidad de los cazadores de gente.

La impunidad de los exterminadores del planeta.

La impunidad del sagrado motor.

Pedagogía de la soledad.

Lecciones de la sociedad del consumo.

Curso intensivo de incomunicación.

La contraescuela.

Traición y promesa del milenio.

El derecho al delirio.

Eduardo Galeano. Patas Arriba (1998)

Este artículo de reflexión surge de nuestro interés particular como integrantes del proceso de autoevaluación del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia. Se advierte que lo presentado en las siguientes líneas, no refleja el pensamiento institucional, ni de los(as) integrantes del Comité de Autoevaluación. Partimos de la investigación terminada *Autoevaluación del pregrado de Derecho de la Universidad de Antioquia 2010-2015*, para analizar el alcance de los mandatos sobre el *Seguimiento a los Egresados* contemplado en el Decreto 1280 de 2018¹ del Ministerio de Educación Nacional (MEN) y del Acuerdo 01 del 10 de agosto de 2018 emitido por el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), por medio de los cuales se reglamentan los lineamientos para la obtención del registro calificado y la acreditación de alta calidad institucional de los programas de pregrado, concentrándonos puntualmente en lo que se refiere a los conceptos de *Inserción Laboral y Empleabilidad*, propuestos en estas dos normas.²

En términos metodológicos recurrimos a la investigación cualitativa, para recoger y sistematizar información de las diversas fuentes documentales, utilizamos fichas y matrices de contenido, que nos permitieran generar interpretaciones del *corpus* investigativo, a partir de la *reflexibilidad*, entendida como “experimentar el *self* en forma consciente” (Guba & Lincoln, 2012, p. 67), que rompe con las jerarquías y nos permite asumir una postura ética y política como investigadoras y la confluencia de nuestras experiencias cotidianas como mujeres, estudiantes, egresadas, profesoras, de esta forma “cada uno de esos *selves* entra en juego en el entorno de la investigación y, por consiguiente, tiene voz distintiva” (Guba & Lincoln, 2012, p. 67).

Es decir, que la *reflexibilidad*, siguiendo a Guba y Lincoln (2012) “exige que interroguemos a cada uno de nuestros *selves* en cuanto a las maneras en que están configurados y organizados los intentos de investigación alrededor de los binarios, las contradicciones y las paradojas que forman nuestras propias vidas” (p. 67). Con la finalidad de darle una lectura autorreflexiva a nuestro quehacer diario como integrantes del Comité de Autoevaluación y aportar algunos elementos para motivar discusiones al interior de la Facultad y la Universidad, sobre el papel de la universidad pública y su autonomía, al enfrentar a este tipo de reglamentaciones, que paradójicamente inciden en la concepción de universalidad,

1 Por el cual se reglamenta el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, el registro calificado de que trata la Ley 1188 de 2008 y los artículos 53 y 54 de la Ley 30 de 1992 sobre acreditación, por lo que se subrogan los Capítulos 2 y 7 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 - “Único Reglamentario del Sector Educación”. Posteriormente mediante Decreto 2389 de 2018, se modifica la entrada en vigencia a partir del 1 de agosto de 2019. Es de anotar que al momento de presentar este artículo a revisión por parte de la Revista Estudios de Derecho (20/04/2019), se adelanta el proyecto de reforma al Decreto 1280 de 2018.

2 Es de anotar que al momento de presentar este artículo a revisión por parte de la Revista Estudios de Derecho (20/04/2019), se adelanta el proyecto de derogatoria del Decreto 1280 de 2018.

pluralidad, diversidad, y en las definiciones sobre los fines culturales y sociales de la educación superior.

Frente al relacionamiento con los egresados, la Universidad de Antioquia, a través, del Programa de Egresados (Micrositio Web), ofrece diversos servicios para los graduados del nivel de pregrado y posgrado, tales como, solicitudes de certificados en línea, información sobre oportunidades de empleo, directorio de las asociaciones de egresados, el listado de beneficios y descuentos a los que acceden los egresados en educación y formación continua, salud, recreación, entre otros.

Adicionalmente, se invita a la participación en eventos periódicos como el Encuentro de Egresados, que se realiza en el formato de conversatorio donde se tratan temas de interés y facilita el reencuentro. Por ejemplo, durante el año 2018 se adelantó una programación especial: *Retorno a mi Alma. 50 años del campus UdeA*, en la que se realizaron exposiciones de obras artísticas 2015-2018 y producción bibliográfica 2013-2018 de los egresados. Finalmente, la Universidad concede la distinción *José Félix de Restrepo*, que en el año 2013 se otorgó al egresado del pregrado de derecho Bernardo Trujillo Calle.³

Aunado a esto, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, mantiene un vínculo con sus egresados mediante la permanente actualización de las bases de datos, estrategias para comunicar eventos y cursos de formación continua y posgradual. El tradicional “*Sábado Académico*”, en el que participan como ponentes los mismos egresados y se convierte en un espacio para el encuentro académico y personal. Además, la participación de nuestros egresados como docentes, investigadores, en cargos administrativos e integrantes de diversos colectivos, tales como: Consejo de Facultad, Consejo Académico y otros comités académico-administrativos de la facultad y la universidad.

Tradicionalmente, para efectos de realizar el seguimiento a los egresados, se pedía a las Instituciones de Educación Superior (IES) que evaluaran su aporte a la formación continua, la oferta posgradual pertinente y la participación de sus egresados en los órganos de gobierno y otros comités académico-administrativos; ahora, la normatividad les exige a las IES y concretamente a los programas de pregrado la inclusión de *evaluaciones permanentes sobre la inserción laboral, la ubicación y actividades que desarrollan los graduados, análisis de su desempeño en función de las contribuciones, emprendimiento o impactos al desarrollo territorial* (Decreto 1280 de 2018, p. 7, Acuerdo 01 CESU de 2018, p. 12).

A nuestro juicio, este nuevo panorama para medir el *Seguimiento a los Egresados* representa una tensión con otras condiciones de calidad que también se deben evaluar, por citar dos ejemplos: i) la exigencia de currículos flexibles e in-

3 Véase Resolución Superior 1876 del 24 de septiembre de 2013. Egresado en 1953 por sus 50 años de desempeño sobresaliente.

terdisciplinarios, que promueven la idea de profesionales autónomos capaces de elegir por sí mismos y de adecuar los contenidos de su carrera a las preferencias o proyecto de vida y ii) el perfil de egreso de los y las abogadas es flexible y se sustenta en la libertad individual, así, en un pregrado como el de Derecho, existen múltiples vías de desarrollo personal y profesional, tales como, el litigio (desarrollo liberal de la profesión), la consultoría, el empleo público o privado, la docencia, la investigación, el trabajo comunitario y pro bono.

Finalmente, para darle un orden a nuestro artículo, presentamos tres aportados para desarrollar nuestras tesis: 1. *Inserción Laboral y Empleabilidad. El peso de las palabras prestadas*, allí nos referiremos brevemente a la teoría propuesta por Taylor con la idea de una escuela productora de profesionales adiestrados para las necesidades del mercado; 2. *Lo que dicen o no las cifras*. Allí se presenta la información disponible en el Observatorio Laboral de la Educación (OLE) y ejemplos de ranking internacionales publicados en 2018; 3. *La Influencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior*. Y para terminar se presentan algunas reflexiones para continuar la discusión.

1. Inserción Laboral y Empleabilidad. El peso de las palabras prestadas

Son varias las teorías que informan la concepción de la educación, sus modelos de evaluación y financiación, una de ellas es la propuesta por Taylor de principios del siglo XX, en la que se propone la metáfora del esquema industrial aplicado a la educación, que se justifica precisamente al señalar que “el auge y éxitos de la industria y del mundo de los negocios muestran la incoherencia de unas instituciones escolares ineficientes e incapaces de proporcionar la mano de obra más adecuada a una sociedad en rápido proceso de industrialización” (Sacristán, 1990, p. 3).

Autores como Sacristán (1990), señalan cómo la teoría *taylorista* reduce la concepción de la educación “a un mero entrenamiento en coherencia con la extrapolación del modelo industrial, donde formación es, ante todo, adquisición de destrezas concretas y útiles” (p. 6), establece cómo el ideal del éxito profesional es el estatus socioeconómico y se centra la evaluación y los indicadores de éxito escolar en factores como la rentabilidad, esto es “el rendimiento cuantitativo se asoma ya al terreno pedagógico como en algún modo equivalente a cualidad o a calidad de la educación” (Sacristán, 1990, p. 3).

Aceptar la línea teórica en la que la universidad se adapta a la metáfora de la fábrica (productora de profesionales), en la que el estudiante es un cliente o quizás un producto que sale al mercado y a su vez un asunto de responsabilidad de las IES, implica que la Universidad, tenga de un lado a sus estudiantes (clientes/

materia prima) que acceden a sus programas académicos (proceso) para obtener un grado o título (producto) y del otro estarían los empleadores (consumidores) que contratan sus servicios y con ello, cabe preguntarse: 1) ¿Si el estudiante es un cliente, puede solicitar la devolución del dinero a la IES, ante la ausencia de un puesto de trabajo acorde a sus expectativas? 2) ¿Cuál es la responsabilidad de las IES frente al “producto defectuoso” incapaz de insertarse al mercado laboral?

Pareciera, que esta es la teoría que hoy informa las tendencias actuales de la evaluación de la calidad, así la inserción laboral se refiere a “la distribución de los individuos en el mercado de trabajo” (Calvo, 2013, p. 128), y con ello la relación entre establecer como criterio de evaluación de la calidad, la situación laboral de los graduados:

(...) se exige cada vez más a las instituciones de educación superior que se responsabilicen de su trabajo. Por consiguiente, se mide el éxito de las universidades basado principalmente en el resultado de sus estudiantes con respecto a su situación laboral y su compromiso social. (RedGradua2, 2006, p. 14)

Ahora bien, el problema es que la expresión *inserción laboral*, referida al ingreso de los egresados al mercado laboral formal, suele confundirse o tratarse como sinónimo de la expresión *empleabilidad*⁴ definida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002) como “las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente” (p. 1), en este mismo sentido Sara Silveira (2002) la entiende como “la aptitud para encontrar, crear, conservar, enriquecer un trabajo y pasar de uno a otro obteniendo a cambio una satisfacción personal, económica, social y profesional” (p. 133).

Como puede observarse, de estas dos definiciones, la empleabilidad está ligada a las capacidades individuales de las personas y el acceso a un trabajo en condiciones decentes o dignas que satisfacen sus expectativas personales y profesionales, en contraste, con las situaciones de desigualdad estructural presentes en el mercado laboral y las concepciones culturales sobre la edad, la raza y el género, que en muchas ocasiones moldean los puestos de trabajo, el salario asignado y las posibilidades reales de acceso al mercado laboral; por ejemplo, la

4 Pueden consultarse evidencias sobre el uso del término en: 1) Mercado Laboral y Empleabilidad, donde el Departamento Nacional de Planeación (DPN) publica los indicadores mensuales sobre tasas de ocupación, desempleo, actividades y tasas de desempleo por ciudades, que son expresiones de la inserción laboral y 2) *Las dos caras de la empleabilidad* publicado por El Colombiano el 12 de septiembre de 2018, en el que se trata la empleabilidad como sinónimo de empleo “El empleo siempre tiene dos caras, quienes trabajan en la formalidad y quienes no lo hacen” (p. 1), sin embargo este uso es más acertado, debido a que uno de los componentes de la empleabilidad es la formalidad como expresión del trabajo decente o el trabajo digno.

brecha salarial entre hombres y mujeres, aunque provengan del mismo programa y la misma universidad o la brecha salarial entre egresados de un mismo programa que provienen de diferentes universidades, como puede observarse en las gráficas que presentamos en el siguiente apartado.

Otro factor que en Colombia incide en el acceso a un puesto de trabajo en condiciones de formalidad y de las aspiraciones del trabajo decente, o de ascender a medida que aumenta la formación y la experiencia, tiene que ver de un lado, con lo que denomina García Villegas como “apartheid educativo” (2011), y es que en la práctica, quienes estudian en universidades privadas de alto costo y alta calidad, tienen mayores posibilidades reales de acceder cargos con altos ingresos como su primer empleo en razón de las conexiones familiares, políticas, económicas, sociales, y de otro lado, la opción del mérito en el empleo público, que sería la opción para los graduados de bajos recursos de universidades públicas, figura que con el paso del tiempo se desdibuja a la par que se incrementan los contratos de prestación de servicios, la informalidad, la flexibilidad laboral y el trabajo *freelance* y por horas (no por honorarios), para el caso de los abogados(as).

Para recapitular, estamos de acuerdo con la afirmación de Calvo (2013) quien señala que “en los mercados de trabajo más «sanos», empleabilidad e inserción laboral pueden ir de la mano con facilidad, porque los egresados realmente encuentran trabajos acordes a sus capacidades” (p. 128). Es decir, en el contexto colombiano, tendrían que elaborarse los estudios de seguimiento a egresados involucrando una visión ética, política, económica y sobre todo crítica, debido a las diferencias tan marcadas entre las regiones, entre ciudades como Bogotá, Medellín y Cali y el resto de ciudades capitales y a su vez con las regiones apartadas, rurales, de incipiente desarrollo, en contraste con las oportunidades reales de formación y puestos de trabajo formales, que requieren profesiones idóneas, pero también ciudadanos éticos y comprometidos, que propicien espacios para la paz, el diálogo, el desarrollo y la democracia.

2. Lo que dicen o no las cifras.

A continuación, presentaremos dos ejemplos sobre las cifras y ranking que se utilizan en Colombia para describir la relación entre los programas de pregrado, las Instituciones de Educación Superior (IES) y las variables de inserción laboral y empleabilidad:

2.1 Cifras Observatorio Laboral para la Educación (OLE)

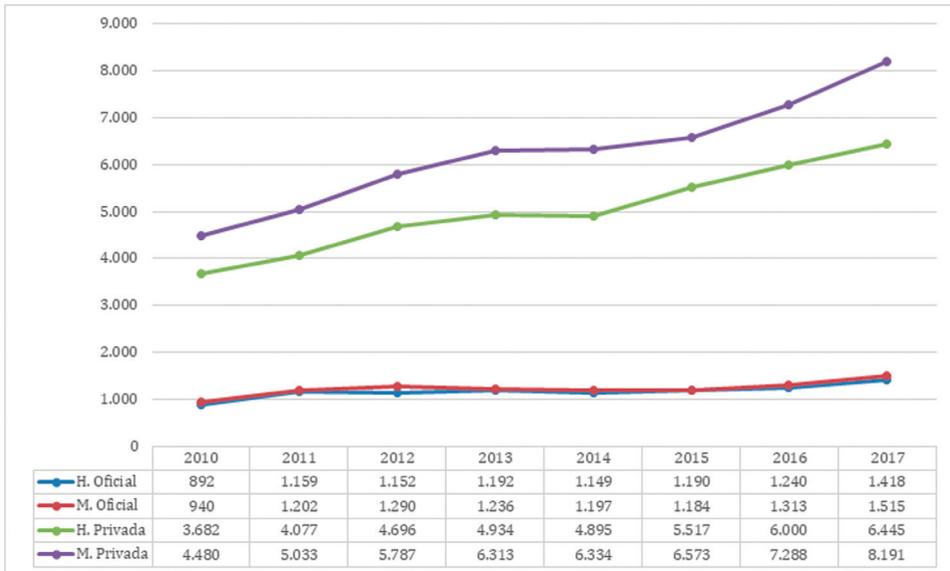
El primer ejemplo al que queremos referirnos, es el Observatorio Laboral para la Educación (OLE) del Ministerio de Educación Nacional (MEN), el cual es un sistema

de información especializada que recoge cifras desde el año 2001 y se nutre de los siguientes sistemas de información:

Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), el Sistema de Información de Educación para el Trabajo (SIET), la Encuesta de Seguimiento a Graduados, la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (RUA). (MEN, 2013, p. 3)

Actualmente, se consolida como una fuente de información estadística confiable al alcance de todo público y de forma interactiva, ya que permite realizar consultas avanzadas que pueden ser visualizadas en pantalla o exportarse en archivos en Excel, para su posterior revisión. Dichos reportes incluyen a los graduados, de todas las universidades colombianas desagregando los datos por IES, sectores, niveles del conocimiento, núcleos del conocimiento, ciudades, sexo e incluyendo el Ingreso Base de Cotización (IBC) y la Tasa de Cotizantes (Tc), entre otros. Es una de las fuentes estadísticas recomendadas por el MEN para incluir en los documentos maestros. Veamos algunos ejemplos de las consultas que pueden adelantarse, para el núcleo básico de conocimiento Derecho y Afines, en el nivel universitario:

Gráfico 1. Número de graduados para núcleo básico del conocimiento derecho y afines, de nivel universitario entre 2010 y 2017, desagregado por sexo y por sector de la IES

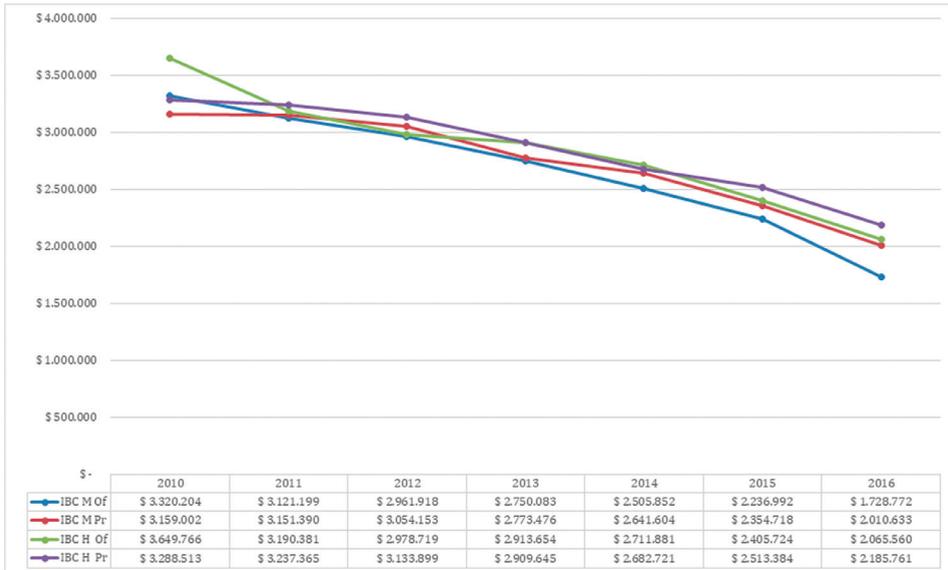


(H.: hombres, M: mujeres, Oficial: IES sector oficial, Privada: IES sector privado)
 Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en el OLE archivo Excel Graduados 2001-2017, consultado 6 de abril de 2019.

De acuerdo con las cifras disponibles en el OLE, entre 2010 y 2017 se graduaron en total 109.514 personas de programas inscritas en el núcleo básico del conocimiento *derecho* y afines del nivel de pregrado, de los cuales 19.259 (18 %) cursaron sus estudios en instituciones oficiales y 90.245 (82 %) en instituciones privadas. En cuanto a la proporción de hombres y mujeres, en las instituciones oficiales mantienen una relación cercana al 50 %, mientras que en las instituciones privadas la relación promedio es 45 % hombres y 55 % mujeres. También puede observarse un incremento del 75 % al comparar el número de graduados en 2010 que fue de 9.994 frente al número de graduados en 2017 que fue de 17.569, mientras que las IES oficiales aumentan vía número de cupos ofrecidos, las IES privadas aumentan vía número de nuevas instituciones o sedes en diferentes regiones.

Otra posible consulta que puede realizarse tiene que ver con el ingreso base de cotización (IBC) reportado entre 2010-2016, para programas de nivel de pregrado inscritos en el núcleo básico *derecho* y afines.

Gráfico 2. Ingreso Base de Cotización (IBC) para el núcleo básico *derecho* y afines, nivel universitario entre 2010 y 2016, desagregado por sexo y por sector de la IES (Cifras en miles de pesos)



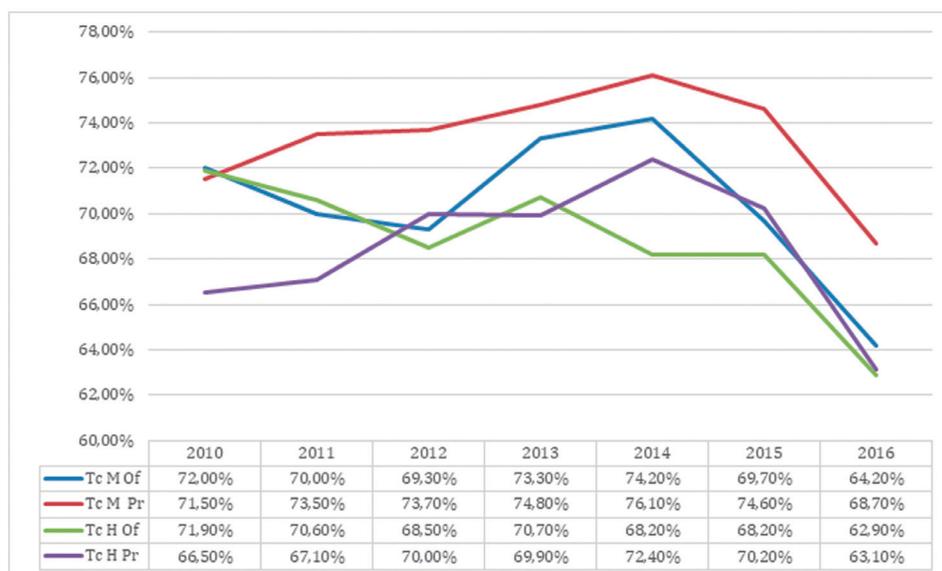
(IBC: ingreso base de cotización, M: mujeres, H: hombres, Of: Oficial, Pr: Privada, cifras en miles de pesos)

Fuente: Elaboración propia a partir consulta avanzada realizada en el OLE el 13 de diciembre de 2018, con corte a 2016.

Puede observarse en el gráfico una tendencia al decrecimiento del ingreso base de cotización reportado para cada uno de los años, así en 2010 el promedio salarial reportado por los graduados puede ubicarse en \$3.354.240 y para el año 2016 el promedio salarial puede ubicarse en \$1.997.682, lo que muestra un decrecimiento del -40 % en el nivel del IBC. También, puede observarse en la tabla de valores las diferencias entre instituciones privadas y oficiales, al igual que entre hombres y mujeres. Por ejemplo, para el año 2016, las mujeres que provienen de instituciones oficiales reportan un IBC de \$1.728.772, lo cual comparado con los valores de la misma columna muestra como dicho valor representa un 16 % menos de lo reportado por mujeres de IES privadas, un 19 % menos que lo reportado por hombres de IES oficiales y un 26 % menos que lo reportado por hombres de IES privadas.

Otra de las consultas que puede realizarse y que se presenta ligada a los IBC, tiene que ver con la tasa de cotizantes, en la cual se toma el total graduados del núcleo básico de derecho y afines y se establece qué porcentaje de estos aporta al sistema de seguridad social, entre 2010 y 2016:

Gráfico 3. Tasa de Cotizantes (Tc) para el núcleo básico derecho y afines, nivel universitario entre 2010 y 2016, desagregado por sexo y por sector de la IES



(Tc: Tasa de Cotizantes, M: mujeres, H: hombres, Of: IES sector Oficial, Pr: IES sector Privado)
Fuente: Elaboración propia a partir consulta avanzada realizada en el OLE el 13 de diciembre de 2018, con corte a 2016.

Ahora bien, puede observarse en el gráfico en general, una caída o decrecimiento desde el año 2014; las mujeres de IES privadas, representadas por el color naranja ostentan una tasa de cotizantes superior al resto, que aumenta desde el año 2010 hasta el año 2014, donde muestra su tendencia más alta que fue del 76,10 %, pero al igual que el resto desciende para el año 2016 a 68,70 %.

Finalmente, también puede obtenerse en la consulta denominada vinculación laboral de recién graduados, con corte a 2015, un listado que presenta el nombre de la IES, el IBC y la tasa de cotizantes (consultar anexo) al ordenarse por ingreso de menor a mayor, deja en el puesto 48 de 85 IES a los graduados del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, con un ingreso de \$2.327.499 y una tasa de cotizantes del 77 %. Queremos evidenciar que ocupando el puesto 85 se encuentra la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – CORPOSUCRE, con un ingreso de \$4.659.000 y una tasa de cotizantes del 60 %, sin embargo, al revisar los datos desagregados, esta institución reportó en 2015, 5 graduados y no tiene acreditación de alta calidad.

En consecuencia, derivado de las cifras que aporta el OLE y como pudo observar el lector, con los reportes presentados, no es posible establecer un nexo de causalidad o una explicación entre el número de graduados, el ingreso base de cotización y la tasa de cotización, respecto de la calidad de los programas y de las IES en el país (factor egresados). A su vez, estas variables tampoco sirven de indicativo para saber si las IES públicas son mejores o no que las IES privadas, o si el nivel de salario es indicativo de mejor calidad e inserción laboral de los graduados, puesto que como vimos, programas no acreditados, e incluso de IES sobre las que se adelantan investigaciones por parte del MEN, reportan un mayor IBC de sus egresados, que nuestro programa el cual está acreditado de alta calidad desde el año 2002.

De tal suerte, que es posible cuestionar que el OLE considere que las cifras y bases de datos consolidadas sirvan “para el análisis de la pertinencia en la educación superior a partir del seguimiento a los graduados del país y su empleabilidad en el mercado laboral colombiano” (Web OLE, 2019), porque tal como vimos en el apartado anterior, realmente estas cifras sólo dan cuenta de la inserción laboral al mercado formal y no dan cuenta de la empleabilidad que requiere el uso y seguimiento a variables cualitativas relacionadas con la calidad del empleo y el cumplimiento de aspiraciones del trabajo decente o del trabajo digno.

Por lo anterior, nos preocupa que se valide la idea de que “las tasas de vinculación y mejores salarios indican que los empleadores premian la calidad de la educación” (OLE, 2017, p. 32). Es decir, esta clase de afirmaciones trata de explicar las disparidades salariales a partir de las diferencias en formación ofrecida por las universidades, con lo cual se presupone que las condiciones de los graduados respecto del mercado laboral son las mismas, desconociendo las desigualdades estructurales y omitiendo el análisis de las desigualdades educativas.

2.2. QS World University Ranking

El segundo ejemplo, surge a partir del artículo publicado el 14 de septiembre de 2018 por Portafolio denominado: *Las cinco universidades colombianas con mayor índice de empleabilidad*. Allí se da a conocer el ranking de empleabilidad de egresados publicado por la empresa QS Quacquerelli Symonds Limited, “que evalúa las mejores instituciones de educación en el mundo y ofrece un panorama de la consecución de un trabajo de calidad por los egresados de las universidades” (2018, p. 1). En este ranking se encuentran 5 universidades colombianas: la Universidad de los Andes, la Universidad Nacional, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad EAFIT y la Universidad del Rosario. Ubicando a las IES privadas como las de mayor empleabilidad en Colombia.

Ahora bien, decidimos consultar directamente la página web de QS World University Ranking⁵, ante la preeminencia de las universidades privadas y nuestro desconocimiento de los criterios utilizados para medir el índice de empleabilidad. En la clasificación encontramos once IES colombianas en el *Top 1000* con mayor índice de empleabilidad, y de ellas la participación de cuatro universidades oficiales, así: Universidad de los Andes (#=272), Universidad Nacional del Colombia (#=275), Universidad Externado de Colombia (#=407), Pontificia Universidad Javeriana (#521-530), Universidad de Antioquia (#701-750), Universidad del Rosario (#801-1000), Universidad del Valle (#801-1000), Universidad de la Sabana (#801-1000), Universidad del Norte (#801-1000), Universidad Industrial de Santander (#801-1000), Universidad EAFIT (#801-1000). (Web QS, 2018)

En cuanto a los criterios utilizados para asignar estos puntajes, encontramos que las universidades son medidas y comparadas a nivel mundial, sin atender al sector (oficiales y privadas) y país al que pertenecen, a partir de: 1) reputación académica, 2) reputación del empleador; 3) reputación del profesorado, 4) facultad internacional, 5) estudiantes internacionales, y 6) citas por facultad, puntuando cada factor y luego ubicando las universidades según el puntaje, siendo la posición 1 la mejor y la posición 1000 el lugar con menor índice de empleabilidad o reputación.

Esto para señalar, cómo los medios de comunicación también influyen en la opinión pública al ordenar sus propias listas, beneficiando ciertos sectores políticos, económicos o geográficos, tal como lo puede advertir el lector al comparar las notas de otros diarios que reportaron la misma noticia: *www.Colombia.com Universidades con mayor índice de empleabilidad* publicado el 17 de septiembre de 2018, en la que señalan: “La mayoría de las Instituciones se encuentran ubicadas en la ciudad de Bogotá y estas generan mayor nivel de empleo para sus egresados. (...) referentes de las empresas al momento de otorgar un empleo” (p. 1). Que el espectador conozca las

5 Los lectores pueden consultar el listado completo de universidad según este ranking en el siguiente link: <https://www.topuniversities.com/university-rankings/employability-rankings/2018>

universidades que mejor ubican a sus egresados en el campo laboral publicado el 17 de septiembre de 2018, al hacer referencia al índice de empleabilidad señala “mide la tasa de empleo de los graduados y la conexión entre empleadores y alumnos” (p. 1).

Por lo anterior, se evidencia que el ranking no atiende a las situaciones contextuales de cada una de las IES, y además, hay otros factores como la presentación de este tipo de mediciones en los medios de comunicación que privilegian ciertos sectores; por ejemplo, la Universidad de Antioquia ubicada en el puesto (#701-750), no apareció referenciada en ninguna de las notas periodísticas, aun cuando obtuvo mejor puntaje que algunas de las universidades privadas colombianas.

3. La influencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior

Partimos de la idea de globalización, entendida de acuerdo a la concepción de Robertson, Bonal y Dale (2007), como: “(...) el resultado de procesos que implican a actores económicos y políticos- con intereses reales” (p. 171), que transforman las formas en las que operan los estados, y los enfoques de sus políticas económicas, educativas y sociales. En ese sentido, según lo planteado por dichos autores, para examinar cómo funcionan estos procesos de globalización se requiere “una investigación sistemática de la organización y las estrategias de los actores particulares cuyos horizontes o efectos podrían describirse como globales” (Robertson, Bonal & Dale, 2007, p. 171).

En este panorama de actores con intereses políticos y económicos de carácter global o supranacional, se da una serie de procesos que influyen en la concepción, la función social y funcionamiento del sistema educativo, y del sistema universitario en particular que influyen en las políticas y lineamientos no solo de producción y validación del conocimiento, también en la forma en que se implementan los sistemas de calidad y los estándares exigibles a los programas de pregrado y posgrado a nivel mundial.

Conforme a lo planteado por Bonal, Tarabini-Castellani y Verger (2007), es necesario reconocer que los sistemas educativos nacionales hoy no se pueden entender al margen de las relaciones supranacionales que delimitan sus reformas de estructura y contenidos, y que están influenciados por ciertas ideas y agendas políticas que consolidan a ciertos actores como emprendedores de la política educativa. Es decir, en el marco de estas relaciones supranacionales no solo se erigen ciertas autoridades (no nacionales) con fuerte dominio, sino que la educación se convierte en un ámbito de gran relevancia para los procesos productivos, y un factor central para alcanzar fines como la competitividad en el mercado laboral.

En el plano internacional es evidente la influencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), tradicionalmente especializadas en la educación, a la par de otras organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que tienen su propia visión sobre la concepción de la educación, su evaluación y su financiación (García, 2015).

Por lo anterior, las consecuencias que se derivan del nuevo protagonismo de ciertos actores que tradicionalmente no se especializan en la educación y la cultura, en el marco de la globalización, son quienes terminan dando las pautas para la demanda educativa en todos los sectores sociales y con una vocación que pone al sistema educativo al servicio del sistema productivo y del mercado, al señalar cuales son:

(...) los requerimientos educativos necesarios para los nuevos procesos productivos, los procesos de selección de qué conocimiento debe ser considerado socialmente válido, los incentivos del capital para buscar beneficios en el mercado de la educación, las estrategias de planificación educativa de los Estados en la pugna por el mejor capital humano, los diferenciales en las primas salariales de cada nivel educativo, los umbrales de nivel educativo adquirido para escapar de la pobreza o los sistemas de profesionalización del trabajo docente. (Bonal, Tarabini-Castellani & Verger, 2007, p.2)

En esta misma línea y parafraseando a Jakobi & Martens (2007), quienes advierten la influencia de organismos como la OCDE en la política educativa nacional, materializada a través de tres mecanismos: i) el establecimiento de una agenda internacional, en tanto este organismo es el que identifica y direcciona cuáles son las problemáticas a abordar y cómo van a ser tratadas; ii) la formulación de una serie de recomendaciones para que los Estados le den solución a estas problemáticas previamente identificadas por la organización, privilegiando ciertos enfoques, y determinando las acciones a emprender; iii) la coordinación política, por medio de la cual la OCDE impulsa iniciativas de presentación y comparación de políticas nacionales de los distintos Estados parte, y se implantan modelos de medición entre los mismos, con lo cual se da lugar a políticas de valoración y calificación mutua que aseguran la aplicación de los objetivos comunes.

Precisamente, reconocer estas influencias externas implica tener en cuenta la creciente influencia la OCDE y evaluar su protagonismo respecto a nuestro sistema educativo en particular, en tanto sus lineamientos han empezado a insertarse dentro de la normativa colombiana, como puede evidenciarse en el Acuerdo CESU 01 (2018), en el que explícitamente se consigna en el segundo considerando de la exposición de motivos:

2. La OCDE como resultado de los análisis sobre la educación en Colombia (año 2016), recomendó introducir un sistema de aseguramiento de calidad más estricto e integrado, en el que se eleven los estándares necesarios para el registro de nuevos programas y que el proceso de acreditación pueda diferenciar apropiadamente la diversidad institucional. En esa misma dirección, dicho organismo resaltó la importancia de conceder prioridad a aspectos como el mejoramiento de la calidad de la enseñanza y los resultados de aprendizaje de los estudiantes. (p.1)

Es importante anotar que el anterior, surge con ocasión del documento elaborado por la OCDE *Revisión de políticas nacionales de educación. La educación en Colombia (2016)*, en el cual se establece el siguiente diagnóstico frente a la Educación Superior y concretamente los programas de pregrado,

Un estudio reciente de educación superior en Chile y Colombia encontró que la rentabilidad económica de la educación superior depende fundamentalmente del proveedor, de la calidad del programa y de qué tanto satisface las necesidades del empleador, lo cual puede ser negativo (BID, 2015). Los autores concluyeron que, en promedio, el 70% de los estudiantes universitarios y solo el 41% de los estudiantes técnicos y tecnológicos de Colombia podrían esperar rentabilidad neta positiva de su graduación. (OCDE, 2016, p. 294)

De allí que se fundamenten las recomendaciones dirigidas al estado colombiano en el sentido de “consolidar competencias principales y desarrollar la empleabilidad” (OCDE, 2016, p. 233) o “aumentar las oportunidades de aprendizaje enfocado en el mundo laboral para mejorar la empleabilidad” (OCDE, 2016, p. 238), o directamente señalando el débil relacionamiento entre las Instituciones de Educación Superior y los Empleadores:

Tal y como se ha mencionado en el Capítulo 5, las instituciones de educación superior, en particular, solo tienen vínculos débiles con las empresas y empleadores, y el valor del mercado laboral de muchos programas técnicos de educación superior ha demostrado ser limitado. El personal y los cursos para estudiantes de educación superior son formados y diseñados, respectivamente, con muy poca o ninguna inclusión de los empleadores. (OCDE, 2016, p. 238)

Recomendaciones que fueron incluidas en la redacción de la característica de *Seguimiento a Egresados* en el Decreto 1280 de 2018 y del Acuerdo CESU 01 del 2018, obligatorias para los programas de pregrado en la obtención del registro calificado y para avanzar en la acreditación de alta calidad, en la que debe dar evidencias de:

Aspectos a evaluar: La institución demuestra que, con base en evaluaciones permanentes sobre sus egresados, implementa acciones de mejora que favorezcan la inserción laboral, el desempeño, el emprendimiento y el impacto de los egresados en el desarrollo de los territorios.

La institución comprueba que los resultados de las evaluaciones sobre el desempeño y desarrollo de sus egresados han contribuido con las transformaciones innovaciones curriculares que favorecen el logro de los resultados de aprendizaje de sus estudiantes y que fortalecen la pertinencia de los programas académicos. (OCDE, 2016, p. 12)

Así, bajo este enfoque económico y de rentabilidad del mercado, se asume que los estudiantes deben elegir su “proveedor” del servicio de la educación, teniendo en cuenta la rentabilidad que cada institución podría brindar al salir al mercado laboral, para lo cual se hace necesario que los centros de educación superior estén constantemente midiendo el desempeño de sus egresados:

Puesto que los resultados obtenidos en el mercado laboral son tan importantes en la elección de institución y programa por parte de los estudiantes, sería muy útil presentar estos datos desglosados por proveedor y por curso. El OLE podría calcular y publicar ese indicador como parte del conjunto de información disponible, o podría facilitar el algoritmo en su página web para que los interesados puedan introducir los datos clave y generar ellos mismos la tasa de rentabilidad. La publicación de las tasas de rentabilidad animaría a las instituciones de educación superior a trabajar con los empresarios a fin de garantizar que los graduados encuentren trabajos bien remunerados. Esto también contribuiría al objetivo del gobierno de atraer más estudiantes a aquellos programas que son los más importantes para la economía del país. (OCDE, 2016, p. 294)

Para puntualizar, se gesta y refuerza la idea según la cual la situación económica de los estudiantes, luego de egresar de los centros de educación superior, se corresponde con la calidad de los servicios que allí se ofrecieron, y por ello, con ocasión de esta idea, cobra relevancia medir y valorar a los programas en función de la rentabilidad de sus egresados en el mercado laboral (Jakobi y Martens, 2007). O más peligroso aún, que se promueva la idea de que la inversión que se realice como estudiantes en la educación debe ser proporcional a la tasa de rentabilidad y retorno en el mercado laboral del graduado, abonando aún más el terreno a la privatización de la universidad pública, el incremento de transferencias económicas del sector público al privado, la masificación de los préstamos económicos para la educación y la imposibilidad de que la población de bajos recursos acceda a la formación en niveles de pregrado y posgrado.

Reflexiones para continuar la discusión

Atender las exigencias sobre la acreditación de alta calidad institucional y de programas de pregrado, que como vimos, tienen una marcada influencia de la OCDE y ante los cambios en los sistemas de información especializada que se vienen implementando; las IES requieren la consolidación de comités y proyectos con profesionales y áreas de investigación que permitan afianzar una cultura de la autoevaluación, para que además de cumplir con los requisitos legales y técnicos que ahora se imponen, pueda velar por la autonomía universitaria, y cuestionar o demostrar a partir de los datos cómo a partir de ciertas políticas educativas se desvirtúa la concepción de la educación pública de calidad, el papel social y cultural de la universidad en la generación, transmisión y preservación del conocimiento.

La idea de querer acompañar los estudios de inserción laboral y empleabilidad con la educación que se ofrece e influir cambios curriculares a partir del mercado, puede llevar a las IES a tomar decisiones político-administrativas y académicas en detrimento de la calidad, rigurosidad y pluralidad de los contenidos de las diferentes materias que componen los planes de estudio, puesto que la finalidad de la educación no debe ser adquirir un primer empleo, sino brindar al graduado competencias para actualizarse a lo largo de su vida, situación que en el campo jurídico es bastante compleja porque llevaría a una mayor compartimentación y fraccionamiento de los conocimientos en contraposición a las ideas de flexibilidad e interdisciplinariedad curricular.

Los estudios sobre inserción laboral y empleabilidad, que se adelanten en el marco de la autoevaluación de los programas, deben tener en cuenta que la inserción laboral puede medirse a partir de los datos cuantitativos y estadísticos provenientes de los sistemas especializados, pero no tienen la virtualidad de ser comparables para medir los niveles de calidad. De allí que estos datos requieren un análisis reflexivo, político y ético, puesto que el nivel de salario, o el porcentaje de cotizantes, no son variables suficientes, y presentan un sesgo y distorsión a la hora de señalar el nivel de calidad de un programa por la heterogeneidad e inequidad del contexto colombiano en términos educativos y del mercado laboral.

Para abordar la empleabilidad se requieren diseñar estudios cualitativos para dar cuenta del uso que se da a capacidades claves, tales como: aprender a aprender, aprender a hacer y aprender a ser, ligadas a motivaciones personales y proyectos de vida diferentes, todos ellos válidos, cuya medida del éxito requiere incluir otros factores además del laboral y el económico, por ejemplo, la satisfacción emocional, el nivel de felicidad, el cumplimiento de metas personales, la solidaridad, la preocupación por el otro, la otra, lo otro, lo público o simplemente avanzar en el conocimiento.

Referencias

- Bonal, X., Tarabini-Castellani, A y Verger, A. (2007). La Educación en tiempos de globalización. Nuevas preguntas para la ciencia de la educación. En: Bonal, Tarabini-Castellani, y Verger. (Editores), Globalización y Educación. *Textos Fundamentales Globalización y educación: textos fundamentales*. Madrid: Miño y Dávila.
- Calvo Encinas, E. (2013). Análisis de la empleabilidad como indicador de la calidad universitaria: ¿Qué nos enseñan las experiencias anglosajonas? Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/200577746>
- Colombia. Consejo Nacional de Acreditación (2013). Lineamientos para la Acreditación de Programas de Pregrado. Recuperado de https://www.cna.gov.co/1741/articles-186359_pregrado_2013.pdf
- Colombia. Consejo Nacional de Educación Superior CESU (2018). Por el cual se actualizan los lineamientos para acreditación de alta calidad institucional y de programas de pregrado. Recuperado de <https://fodesep.gov.co/index.php/noticias/863-acuerdo-01-de-2018-cesu>
- Colombia. Departamento Administrativo de Planeación DPN (2019). Mercado laboral y empleabilidad. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/programas/desarrollo-social/subdireccion-de-empleo-y-seguridad-social/Paginas/mercado-laboral-y-empleabilidad.aspx>
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional (2018). Resolución 7213 del 3 de mayo de 2018, por medio de la cual se renueva la Acreditación de Alta Calidad del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional (MEN) (2018). Decreto 1280 del 25 de julio de 2018. Por el cual se reglamenta el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior; el registro calificado de que trata la Ley 1188 de 2008 y los artículos 53 y 54 de la Ley 30 de 1992 sobre acreditación, por lo que se subrogan los Capítulos 2 y 7 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 – “Único Reglamentario del Sector Educación”. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201280%20DEL%2025%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf>
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional (2013). Documento técnico graduados Colombia 2001-2012. Recuperado de https://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/articles-334303_documento_tecnico_2013.pdf
- Colombia. Observatorio Laboral de la Educación (OLE) (2019). Sitio Web. Recuperado de <https://www.mineducacion.gov.co/sistemasinfo/Sistemas-de-Informacion-en-Ed-Superior-especializados/212301:Observatorio-Laboral-para-la-Educacion>
- Colombia. Observatorio Laboral de la Educación (OLE) (2018). Graduados 2001-2017. Recuperado de <https://www.mineducacion.gov.co/sistemasinfo/Informacion-a-la-mano/212400:Estadisticas>

- Colombia. Observatorio Laboral de la Educación (OLE) (2017). Página Web Consultas Avanzadas. Recuperado de <http://bi.mineduccion.gov.co:8380/eportal/web/men-observatorio-laboral/consultas-avanzadas>
- Colombia. Observatorio Laboral de la Educación (OLE) (2017). 10 años analizando la graduación y la vinculación laboral en Colombia. Recuperado de https://www.graduadoscolombia.edu.co/html/1732/articles-347696_recurso_12.pdf
- Colombia.com (17/09/2018). Universidades con mayor índice de empleabilidad. Recuperado de <https://www.colombia.com/educacion/universidades/universidades-colombianas-con-mayor-indice-de-empleabilidad-205616>
- El Espectador (17/09/2018). Conozca las universidades que mejor ubican a sus egresados en el campo laboral. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/educacion/conozca-las-universidades-que-mejor-ubican-sus-egresados-en-el-campo-laboral-articulo-812825>
- El Colombiano (12/09/2018). Las dos caras de la empleabilidad. Recuperado de <https://www.elcolombiano.com/negocios/las-dos-caras-de-la-empleabilidad-GE9314822>
- García, C. (2015). ¿Cómo influyen las Organizaciones Internacionales en las políticas educativas?. Recuperado de <https://ssociologos.com/2015/02/16/como-influyen-las-organizaciones-internacionales-en-las-politicas-educativas/>
- García Villegas, M. (2011). Universidad y apartheid educativo. En: Al Día con las Noticias. Recuperado de <https://www.mineduccion.gov.co/observatorio/1722/article-280777.html>
- Guba E. y Lincoln, Y. (2012). Controversias paradigmáticas, contradicciones y confluencias emergentes. En: E. Guba (Coord) Manual de investigación cualitativa. Vol. II. España: Editorial Gedisa.
- Jakobi, A., y Martens, K. (2007). La influencia de la OCDE en la política educativa nacional. Bonal, Tarabini-Castellani, y Verger (Editores), Globalización y Educación. *Textos Fundamentales*. 233-253
- OCDE (2016). Revisión de políticas nacionales de educación La educación en Colombia. Recuperado de https://www.mineduccion.gov.co/1759/articles-356787_recurso_1.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002). Boletín técnico interamericano de formación profesional N° 153. Formación profesional, productividad y trabajo decente. Recuperado de <http://www.oitcinterfor.org/node/5746>
- Portafolio (14/09/2018) Las Cinco Universidades Colombianas con Mayor Índice de Empleabilidad. Recuperado de <https://www.portafolio.co/economia/empleo>
- QS World University Rankings (2018). Top 1000 Universites. Recuperado de <https://www.topuniversities.com/university-rankings/world-university-rankings/2019>

- Red Gradua2 y la Asociación Columbus (2006). *Manual de Instrumentos y recomendaciones sobre el seguimiento de egresados*. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-136795_pdf.pdf
- Robertson, S., Bonal, X., y Dale, R. (2007). El AGCS y la industria de los servicios educativos. Bonal, Tarabini y Verger. (Editores). *Globalización y Educación. Textos Fundamentales*, 205-232.
- Sacristán, J. G. (1990) *La pedagogía por objetivos: Obsesión por la eficiencia*. Madrid: Ediciones Morata, 6ta ed.
- Silveira, S. (2002). Género y empleabilidad: desafíos y oportunidades para una política de formación profesional y técnica en el siglo XXI en América Latina. Recuperado de http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/silvei.pdf
- Universidad de Antioquia (2018). Programa de Egresados. Recuperado de www.udea.edu.co
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2016) Proyecto Educativo del Programa (PEP). Recuperado de <http://derecho.udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (2016) Informe de Autoevaluación con fines de reacreditación del programa de Derecho 2010-2015. Recuperado de <http://derecho.udea.edu.co>
- Universidad de Antioquia (2016). Plan de Desarrollo Institucional 2016-2017. Recuperado de www.udea.edu.co
- Universidad de Antioquia (2013). Resolución Superior 1876 del 24 de septiembre de 2013, por la cual se concede la distinción José Félix de Restrepo como Egresado Sobresaliente, correspondiente al año 2013, al egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bernardo Trujillo Calle.

Anexo 1. Listado de IBC y tasa de cotización por institución universitaria, reportado para el núcleo básico de derecho y afines. Recién Graduados 2015.

IT.	INSTITUCION	INGRESO	TASA DE COTIZANTES
1	CORPORACION UNIVERSITARIA ANTONIO JOSE DE SUCRE - CORPOSUCRE	\$ 4.659.000	60,0 %
2	FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN	\$ 4.404.444	74,2 %
3	UNIVERSIDAD DEL TOLIMA	\$ 3.594.351	69,2 %
4	FUNDACION UNIVERSITARIA JUAN DE CASTELLANOS	\$ 3.288.750	50,0 %
5	CORPORACION UNIVERSITARIA REMINGTON	\$ 3.175.535	53,8 %
6	CORPORACION UNIVERSITARIA DEL META - UNIMETA	\$ 3.132.675	83,9 %
7	CORPORACION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA IDEAS	\$ 3.105.147	74,2 %
8	UNIVERSIDAD MANUELA BELTRAN-UMB-	\$ 3.074.643	80,8 %
9	UNIVERSIDAD DE LOS ANDES	\$ 2.954.504	87,9 %
10	POLITECNICO GRANCOLOMBIANO	\$ 2.884.269	64,5 %
11	FUNDACION UNIVERSITARIA INTERNACIONAL DEL TROPICO AMERICANO	\$ 2.872.121	85,7 %
12	FUNDACION UNIVERSITARIA AGRARIA DE COLOMBIA -UNIAGRARIA-	\$ 2.823.012	54,5 %
13	UNIVERSIDAD ANTONIO NARIÑO	\$ 2.769.397	64,9 %
14	UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA	\$ 2.742.727	92,1 %
15	UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA	\$ 2.741.079	82,4 %
16	UNIVERSIDAD DE SANTANDER - UDES	\$ 2.713.363	61,4 %
17	COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO	\$ 2.707.417	86,1 %
18	UNIVERSIDAD DE CALDAS	\$ 2.690.281	81,8 %
19	INSTITUCION UNIVERSITARIA DE COLOMBIA - UNIVERSITARIA DE COLOMBIA	\$ 2.660.041	72,1 %
20	INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC	\$ 2.634.355	78,6 %
21	CORPORACION UNIVERSITARIA DEL CARIBE - CECAR	\$ 2.605.946	55,6 %
22	FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA -FUAC-	\$ 2.605.439	80,2 %
23	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA	\$ 2.605.009	90,5 %
24	UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	\$ 2.586.356	81,6 %
25	CORPORACION UNIVERSITARIA AMERICANA	\$ 2.569.172	74,0 %
26	UNIVERSIDAD DE LA SABANA	\$ 2.560.843	88,5 %
27	UNIVERSIDAD DE MANIZALES	\$ 2.559.351	78,8 %

IT.	INSTITUCION	INGRESO	TASA DE COTIZANTES
28	UNIVERSIDAD DE CARTAGENA	\$ 2.519.124	69,8 %
29	UNIVERSIDAD-COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA	\$ 2.502.933	84,1 %
30	CORPORACION UNIVERSITARIA DE CIENCIA Y DESARROLLO - UNICIENCIA	\$ 2.501.815	71,9 %
31	UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA - UNIMAGDALENA	\$ 2.497.634	56,1 %
32	CORPORACION UNIVERSITARIA DE SABANETA - UNISABANETA	\$ 2.478.573	73,6 %
33	FUNDACION UNIVERSIDAD DE BOGOTA - JORGE TADEO LOZANO	\$ 2.477.855	88,1 %
34	UNIVERSIDAD SANTO TOMAS	\$ 2.475.034	75,4 %
35	UNIVERSIDAD DE IBAGUE	\$ 2.474.150	75,9 %
36	UNIVERSIDAD MILITAR-NUEVA GRANADA	\$ 2.463.246	78,0 %
37	UNIVERSIDAD DE LA AMAZONIA	\$ 2.462.134	77,4 %
38	UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA	\$ 2.459.931	69,6 %
39	INSTITUCION UNIVERSITARIA CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI	\$ 2.448.346	60,7 %
40	UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA	\$ 2.428.151	62,4 %
41	UNIVERSIDAD DE BOYACA UNIBOYACA	\$ 2.403.106	59,7 %
42	UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA	\$ 2.392.047	76,2 %
43	UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA	\$ 2.376.187	70,0 %
44	FUNDACION UNIVERSITARIA DE POPAYAN	\$ 2.372.220	70,7 %
45	UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA	\$ 2.351.608	75,6 %
46	FUNDACION UNIVERSITARIA DE SAN GIL - UNISANGIL -	\$ 2.336.761	75,4 %
47	UNIVERSIDAD DEL CAUCA	\$ 2.329.968	68,4 %
48	UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA	\$ 2.327.499	77,0 %
49	UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DEL CHOCO-DIEGO LUIS CORDOBA	\$ 2.301.361	56,3 %
50	UNIVERSIDAD DE PAMPLONA	\$ 2.297.860	61,3 %
51	UNIVERSIDAD LIBRE	\$ 2.290.360	77,2 %
52	UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA - UPTC	\$ 2.285.666	71,8 %
53	CORPORACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DEL CAUCA	\$ 2.227.581	63,1 %
54	UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA	\$ 2.213.990	73,1 %
55	UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA-UNAB-	\$ 2.205.943	77,3 %
56	UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI	\$ 2.204.759	83,3 %

IT.	INSTITUCION	INGRESO	TASA DE COTIZANTES
57	UNIVERSIDAD CATOLICA DE ORIENTE -UCO	\$ 2.204.243	68,8 %
58	UNIVERSIDAD EAFIT-	\$ 2.203.799	86,7 %
59	UNIVERSIDAD DE NARIÑO	\$ 2.190.998	58,2 %
60	UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA-UNAULA-	\$ 2.182.315	72,5 %
61	FUNDACION UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES	\$ 2.175.845	77,9 %
62	UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER	\$ 2.169.542	63,3 %
63	UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR	\$ 2.168.096	56,4 %
64	UNIVERSIDAD DE MEDELLIN	\$ 2.158.710	70,6 %
65	UNIVERSIDAD MARIANA	\$ 2.154.766	67,7 %
66	INSTITUCION UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	\$ 2.143.556	74,7 %
67	CORPORACION UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC	\$ 2.126.198	60,2 %
68	CORPORACION UNIVERSITARIA REPUBLICANA	\$ 2.120.446	71,8 %
69	UNIVERSIDAD DEL SINU - ELIAS BECHARA ZAINUM - UNISINU -	\$ 2.109.747	49,5 %
70	CORPORACION UNIVERSITARIA RAFAEL NUÑEZ	\$ 2.106.334	58,1 %
71	UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA	\$ 2.097.538	75,5 %
72	UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL CARIBE- UNIAUTONOMA	\$ 2.083.648	54,5 %
73	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA	\$ 2.026.778	73,6 %
74	UNIVERSIDAD ICESI	\$ 2.006.947	94,3 %
75	UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO	\$ 1.985.122	65,5 %
76	UNIVERSIDAD DEL NORTE	\$ 1.923.843	82,5 %
77	UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	\$ 1.892.210	51,2 %
78	CORPORACION UNIVERSITARIA LASALLISTA	\$ 1.882.491	81,8 %
79	FUNDACION UNIVERSITARIA DEL AREA ANDINA	\$ 1.836.300	66,3 %
80	UNIVERSIDAD CES	\$ 1.824.963	79,2 %
81	INSTITUCION UNIVERSITARIA SALAZAR Y HERRERA	\$ 1.815.782	100,0 %
82	UNIVERSIDAD CATÓLICA LUIS AMIGÓ-FUNLAM	\$ 1.711.631	74,9 %
83	CORPORACION UNIVERSITARIA MINUTO DE DIOS -UNIMINUTO-	\$ 1.514.290	77,9 %
84	FUNDACION UNIVERSITARIA DE CIENCIAS DE LA SALUD	\$ 1.021.974	90,0 %
85	FUNDACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DE LAS AMERICAS	\$ 689.455	40,0 %

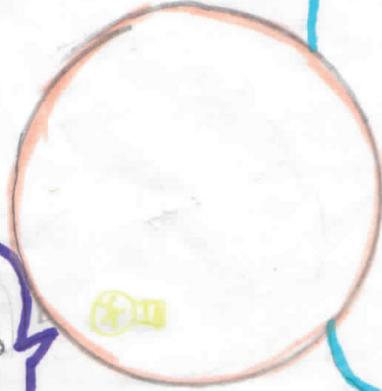
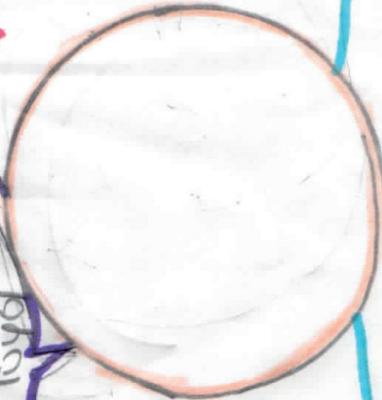
Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en el OLE, consultado 6 de abril de 2019.

¿QUE ES PARA TI LA EDUCACIÓN?

FORMAS DE PENSAR...

Es mi posición
on pero valgo la
tuya

Es mi posición
pero valgo la
tuya.



Formación política y emprendimiento en la Universidad de Antioquia: *una problematización política de la razón neoliberal**

Jenny Alejandra Henao Carmona**

Resumen

El artículo desarrolla una discusión política en torno a la tensión que la formación en emprendimiento genera sobre la formación política en la universidad pública. Esta discusión, es el resultado de una investigación realizada en la Universidad de Antioquia entre el año 2017 y 2018, donde se interrogó la formación en emprendimiento a partir de las herramientas conceptuales de Amy Gutmann, desde su teoría política de la educación, y del análisis político del neoliberalismo desarrollado por Christian Laval y Pierre Dardot. Desde ambas perspectivas se problematiza el trasfondo de la formación política que estaría instituyendo la formación en emprendimiento. Se hallaron valores y concepciones que contradicen y tensionan la aspiración social y el sentido democrático de la formación política universitaria.

Palabras Clave: formación política; emprendimiento; educación democrática; neoliberalismo; universidad pública.

Political education and entrepreneurship at Universidad de Antioquia: *a political problematization of neoliberal reason*

Abstract

The paper develops a political discussion about the tension that formation in entrepreneurship generates about the political formation in the public university. This discussion is the result of an investigation carried out at Universidad de Antioquia between 2017 and 2018, where the formation in entrepreneurship was questioned from the conceptual tools of Amy Gutmann, from her political theory of education, and from the analysis of neoliberalism by Christian Laval and Pierre Dardot. From both perspectives, the background of the political formation that would be instituting the formation in entrepreneurship was discussed. This study shows some values and concepts that contradict the social aspiration and the democratic sense of university political formation.

Keywords: political formation; entrepreneurship; democratic education; neoliberalismo; public university.

Formação política e empreendedorismo na Universidade de Antioquia: *uma problematização política da razão neoliberal*

Resumo

Este artigo elabora uma discussão política em torno da tensão gerada pela formação em empreendedorismo na formação política na universidade pública. Esta discussão é o resultado de uma pesquisa realizada na Universidade de Antioquia entre os anos 2017 e 2018, na qual interrogou-se sobre a formação em empreendedorismo a partir das ferramentas conceituais de Amy Gutmann, desde a sua teoria política da educação, e da análise política do neoliberalismo desenvolvido por Christian Laval e Pierre Dardot. Desde as duas perspectivas problematiza-se o contexto da formação política que estaria instituindo a formação em empreendedorismo. Encontraram-se valores e concepções que contradizem e tensionam a aspiração social e o sentido democrático da formação política universitária.

Palavras-chave: formação política; empreendedorismo; educação democrática; neoliberalismo; universidade pública.

* Artículo de investigación. Proyecto: Formación política y emprendimiento en la Universidad de Antioquia: una problematización política de la razón neoliberal. El artículo es resultado del trabajo de grado realizado durante el año 2017 como prerrequisito para optar por el título de politóloga. Asesorado por la socióloga Diana Carolina Giraldo, investigadora asociada del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Fecha de terminación del proyecto: Junio 2018.

** Politóloga, Universidad de Antioquia, Colombia. Adscrita a la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: alejandra2830@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-8084-995X



Formación política y emprendimiento en la Universidad de Antioquia: *una problematización política de la razón neoliberal*

Introducción

Se ha señalado, desde el campo crítico de la educación, la filosofía, la sociología y la ciencia política, que la formación política en las universidades ha venido ajustándose al *esquema neoliberal* a partir de la incorporación de políticas educativas que integran procesos y valores relacionados con la productividad del conocimiento, el cambio técnico, los criterios administrativos y la competitividad en las profesiones, lo cual está cercenando paulatinamente la formación de individuos para lo público, sujetos partícipes de esa educación que sean capaces de tomar decisiones respecto a las problemáticas y políticas educativas que afectan sus planes de vida (Naranjo e Hincapié, 1999; Gutmann, 2001; Núñez y Romero, 2003; Laval 2004; Ornelas, 2009; Ararat, 2010; Macías, 2012; Hurtado et al, 2015; Castro, 2015; Díez, 2016; Hurtado y Corrales, 2017).

Autores como Laval (2004) plantean que el neoliberalismo en su razón de ser, necesita del Estado y sus instituciones (como la Universidad) para que difunda las directrices neoliberales que se extienden hasta la formación del ser y la producción de capital humano, pensando a los sujetos como empresarios en sus ámbitos individuales y colectivos. Esto resulta problemático, ya que estimula la progresiva despolitización de la vida universitaria y pone en riesgo el carácter democrático de la universidad pública, en sus distintos escenarios de socialización política. Se identificó que el riesgo se origina en la promoción de una formación inscrita en una de las líneas base del neoliberalismo: *la formación del individuo como un ser de empresa, como un emprendedor*, quien ve el emprendimiento como la alternativa económica más eficaz para su subsistencia. Pero lo más importante, ve el emprendimiento como un *“ethos”* que es necesario introyectar en su ser, toda vez que instituye un modo de existir.

De esta manera, se problematiza que la articulación de la Universidad de Antioquia con las perspectivas estatales neoliberales que se presentan como una modernización universitaria, no solo se revelan en términos administrativos, técnicos u organizacionales. La hipótesis de esta investigación, es que el horizonte modernizador que ha incorporado la Universidad a través del emprendimiento, ha terminado por instrumentalizar también los procesos académicos y formativos.

Así, se identificó en el trabajo de campo de esta investigación, que la formación en emprendimiento contrasta los valores democráticos ligados a la deliberación y a la reproducción social consciente, debido a que se enfatiza en valores individualistas que precarizan la formación política de aspiración democrática. Si bien la formación en emprendimiento no es explícita al formar políticamente, en este trabajo se hallaron valores y discursos que terminan estimulando la conformación de una universidad y unos individuos despolitizados e individualizados en términos democráticos.

Lo anterior, se relaciona con una configuración sociopolítica concebida por Laval y Dardot (2013) como *razón neoliberal*, concepto desarrollado a partir de las categorías teóricas de “gobernanza de Estado” y “gobierno de sí”, y en las cuales se ubica la formación en emprendimiento. Esta formación, en tanto formación neoliberal, es rebatida en este artículo desde la formación política que concibe el esquema teórico-político de Amy Gutmann; en el cual, la formación política converge dentro de la educación. La autora desarrolla un esquema de *educación democrática* donde se da la *reproducción social consciente*, entendida como un proceso educativo en el que los ciudadanos adquieren la potestad para *deliberar* e influir sobre la formación que se les brinda, proyectando así valores políticos que van en razón del conjunto social.

Las preguntas orientadoras de la investigación y de las que surgieron la discusión en el presente artículo, fueron: ¿Cómo es la formación en emprendimiento en la Universidad de Antioquia y de qué manera esta formación estaría tensionando o complementando la formación política democrática de una universidad pública como la mencionada? De esta forma, el objetivo central de la investigación estuvo orientado a “*analizar la formación política que subyace en la formación en emprendimiento que dirige la Universidad de Antioquia a partir de valores y discursos*”.

Metodología

En términos metodológicos, la investigación fue dirigida desde un enfoque cualitativo con herramientas etnográficas, que como lo considera Manuel Auyero, permiten una lectura desde la práctica de valores y discursos de la política a través de la interacción del investigador con la gente (Auyero en Hurtado, 2005).

Esto se hizo a través de la inmersión que se realizó sobre las actividades, eventos y entrevistas¹ (con la comunidad de la Unidad de Innovación) que conforman la cotidianidad de la formación en emprendimiento. En vía de lo anterior, esto se realizó a través de una lectura a modo de *ethos oculto* sobre la formación en emprendimiento. Es decir, las normas y valores políticos que están implícitas (ocultas), pero eficazmente enseñadas y promovidas en silencio (Apple, 1986), vistas aquí desde los valores y discursos políticos que se promueven a través de la formación en emprendimiento².

El artículo se compone de cuatro apartados: El primero, presenta la llegada a Medellín del emprendimiento como política de formación desde el contexto internacional, local y universitario. El segundo, presenta los referentes teóricos que posibilitaron comprender la relación entre formación en emprendimiento y la formación política. El tercero describe los hallazgos en clave de la dimensión política de la formación en emprendimiento. Finalmente, el cuarto expone un análisis reflexivo de los mismos y conclusiones problematizadoras.

1. Contexto de la formación en emprendimiento en Medellín

Entre los años setenta y noventa, la reconfiguración del Estado se articuló a un conjunto de medidas para países en desarrollo, definidas entre las grandes potencias y organizaciones económicas internacionales (Consenso de Washington, Banco mundial, BID, OCDE). De esta manera, los países atendieron el llamado mediante el diseño de planes de corte neoliberal, materializados en leyes, planes, programas y proyectos en las distintas escalas territoriales y dimensiones de la vida social, política y económica. Entre las orientaciones estaba promover la formación del espíritu empresarial, como lo manifiesta la OCDE (2016), “el emprendimiento promueve el empleo y la movilidad social, por ello los Estados deben desarrollar

1 En este acercamiento a campo, así como en el proceso de sistematización, se consideraron criterios éticos, relacionados con el consentimiento informado y se protegieron los datos personales de los entrevistados, así como la confidencialidad de la información recopilada.

2 Para este propósito se llevó a cabo:

-Una indagación de fuentes secundarias como, documentos oficiales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) desde la esfera internacional de los años 2015 a 2017; asimismo en la esfera nacional se revisó normatividad y documentos oficiales sobre la política de emprendimiento; a nivel local-ciudad se abordaron los planes de desarrollo de Medellín entre el año 2004 y 2016. Finalmente, se interrogaron los planes de desarrollo y gestión de la Universidad de Antioquia de los periodos 2006-2016 y 2016-2025, en los que el emprendimiento se establece e incorpora como un objetivo institucional; así como acuerdos superiores y actas del Consejo Superior Universitario. Sobre esta información se hizo una lectura descriptiva que se muestra en el acápite contextual.

-Un acercamiento a campo con herramientas etnográficas, mediante entrevistas semiestructuradas a personal de la Unidad de Innovación y personal docente. Asimismo, se hizo observación participante en eventos y actividades realizados por la Unidad y se revisaron algunos currículos de cursos de emprendimiento de las facultades de Ingeniería y Economía, en las cuales hay mayor promoción del tema.

programas educativos, trabajando con las empresas para ajustar profesionales a sus exigencias y a la necesidad del mercado” (p.213).

En la década del noventa, Colombia no fue ajena al contexto citado, fue un momento de cambio constitucional y de apertura económica con el gobierno de César Gaviria. El país empezó a establecer directrices económico-políticas de origen neoliberal. En vía de esto, se estipularon lineamientos acerca de la importancia del emprendimiento en el país como tema prioritario en la agenda pública, “con el argumento de que era necesario promover y formar a las personas en competencias empresariales y en esas capacidades innatas que todo individuo debe poseer para emprender negocios” (Ararat, 2010, citado en Macías, 2012, p.2).

En consonancia con lo anterior, para 1995 se creó el Programa Nacional de Apoyo y Fortalecimiento de Incubadoras de Empresas. Paralelo a ello, los planes de desarrollo nacionales comenzaron a incorporar en el componente de la educación superior, la formación para el emprendimiento (Hurtado et al., 2015). Para el año 2000 fue sancionada la Ley 590, llamada *MyPime* que buscó promover el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa. Para 2002 se creó la Ley 789, la cual introdujo la creación del Fondo Emprender para financiamiento de iniciativas empresariales de estudiantes de educación superior. La Ley 1014 de 2006 “de fomento a la cultura del emprendimiento” consolidó la normatividad expedida hasta el momento, en ella se establecieron los preceptos para la creación de una cultura emprendedora y se estipuló que la educación debía incorporar la formación para la creación de empresas:

La educación debe incorporar, en su formación teórica y práctica, lo más avanzado de la ciencia y de la técnica, para que el estudiante esté en capacidad de crear su propia empresa, adaptarse a las nuevas tecnologías y al avance de la ciencia, de igual manera debe actuar como emprendedor desde su puesto de trabajo. (Ley 1014, 2006)

La ciudad de Medellín articuló de forma rápida (e incluso anticipadamente) la directriz del emprendimiento. De esta manera, las disposiciones normativas sobre emprendimiento le dieron a Medellín el salto cualitativo de ciudad violenta de los noventa, a ciudad emprendedora para inicios del 2000. Respaldado esto en el “mito de pujanza” sobre el que se ha fundado la cultura antioqueña y su ética económica. Así las cosas, la ciudad es escenario y referente de promoción del emprendimiento, incluso a nivel internacional.

La década del 2000, y particularmente durante la alcaldía de Sergio Fajardo, estableció en la ciudad el emprendimiento como política. Este gobierno local, conectó el emprendimiento con la educación, iniciando estrategias de pedagogía cultural y cívica a partir de la llamada cultura del emprendimiento (Cultura E), que sería replicada por los gobiernos que le sucedieron. Por tanto, la primer estrategia

de la alcaldía de Fajardo sobre el componente de emprendimiento, fue la “promoción desde el sistema educativo, de la cultura del emprendimiento, apoyando planes de negocios innovadores, ferias de nuevos negocios, entre otros” (Alcaldía de Medellín, 2004, p.137). Así, desde la administración municipal se empezó a materializar el vínculo entre emprendimiento y educación.

La política del emprendimiento tuvo continuidad con la misma fuerza en las administraciones posteriores. Entre 2008 y 2011, el alcalde, Alonso Salazar, concibió el emprendimiento como “motor de movilidad social, generación de riqueza e identificación de nuevas alternativas de empleo (...) y será la educación superior la llamada para la formación del talento humano calificado que genere empleo productivo o emprendimiento” (Alcaldía de Medellín, 2008, p.35). El Plan de Desarrollo 2012-2015 continuó este lineamiento incentivando “la creación de emprendimiento de alto valor, con el fin de generar mayor valor agregado a los productos y servicios que ofrecen los sectores estratégicos en la ciudad y así fomentar el desarrollo económico en condiciones de globalización” (Alcaldía de Medellín, 2008, p.187). Del mismo modo, la actual administración de Federico Gutiérrez asumió el emprendimiento desde su Plan de Desarrollo 2016-2019, como eje transversal a todo el acceso al empleo, articulando la formación en emprendimiento como plan de acción para lograr una “educación pertinente a la dinámica laboral con programas que buscan formar en competencias de acuerdo a la demanda y necesidades del mercado laboral con alianzas estratégicas entre el sector productivo y la educación superior” (Alcaldía de Medellín, 2016, p.238).

Así las cosas, el arribo del emprendimiento a la educación superior público-local se vio resuelto con uno de los proyectos insignia, el proyecto Parque E, surgido en 2006 de la mano de la alcaldía de Medellín y la Universidad de Antioquia. Parque E nació con el objetivo de fomentar la iniciativa emprendedora en población universitaria, donde la Universidad de Antioquia se ocupó de “atender el emprendimiento de alto valor agregado y, por ello, está dirigido a las personas con educación superior” (Fuel, 2010, p.13). Actualmente se dirige con recursos municipales, pero está adscrito y dirigido por la Unidad de Innovación de la Universidad de Antioquia. La sede de Parque E se encuentra en la zona centro norte de la ciudad, justo en frente de la Universidad, lo que posteriormente, con la renovación del entorno en el que se estableció Ruta N, fue denominado Ecosistema Emprendedor de la Ciudad (Parque E, 2018)³.

Un antecedente relevante a esta alianza alcaldía – universidad, incluso a los ajustes de política local en el tema de emprendimiento, lo constituye el mismo Es-

3 El emprendimiento comenzó a espacializar lugares en Medellín, así se expresó con la creación de clúster empresariales y apropiación de espacios de la ciudad exclusivamente para el tema, como Ruta N (centro de innovación y negocios de Medellín).

tatuto General de la Universidad de Antioquia del año 1994, el cual expresó desde la década del noventa la intención de “adelantar programas y proyectos orientados a impulsar el desarrollo de un espíritu empresarial con clara consciencia de su responsabilidad social, tanto en el sector público como en el privado” (Acuerdo Superior 01, 1994). Este Estatuto retomó elementos que ya se venían forjando con la Ley 30 de 1992 sobre principios liberales promoviendo la relación de la universidad con “la empresa y las características administrativas de los socios privados de la Universidad” (Hurtado et al, 2015, p.158).

Para cumplir lo estipulado en el Estatuto General, referente al desarrollo del espíritu empresarial, se creó en 2002 al interior de la Universidad, el Programa Gestión Tecnológica (PGT). Aún hoy adscrito a la Vicerrectoría de Extensión y en manos actualmente de la Unidad de Innovación, su función es “actuar como organismo de enlace entre la Universidad y las empresas de su entorno socioeconómico, y fomentar el espíritu emprendedor en la comunidad académica de la Universidad” (Acuerdo Superior 284, 2004).

Seguido de esto, en 2003 la Universidad encabezó la creación del Comité Universidad -Empresa- Estado (CUEE), este Comité se creó para sumar voluntades en búsqueda del progreso del territorio en temas de ciencia, tecnología, emprendimiento e innovación (Vargas, 2017). En la actualidad, el Comité se compone de 64 instituciones. La Universidad de Antioquia ocupa la vicepresidencia y la secretaría técnica del Comité.

Años más tarde, el emprendimiento como política de formación empezó a instaurarse como prioridad en los planes de desarrollo de la Universidad de Antioquia. Acorde con las administraciones municipales, los últimos dos planes de desarrollo y de acción de la Universidad de Antioquia establecen disposiciones que fomentan el emprendimiento como un objetivo estratégico que asegure “generar un ambiente universitario que estimule la cultura emprendedora y el apoyo a la creación de empresas” (Plan de Desarrollo Universidad de Antioquia, 2016, p.99).

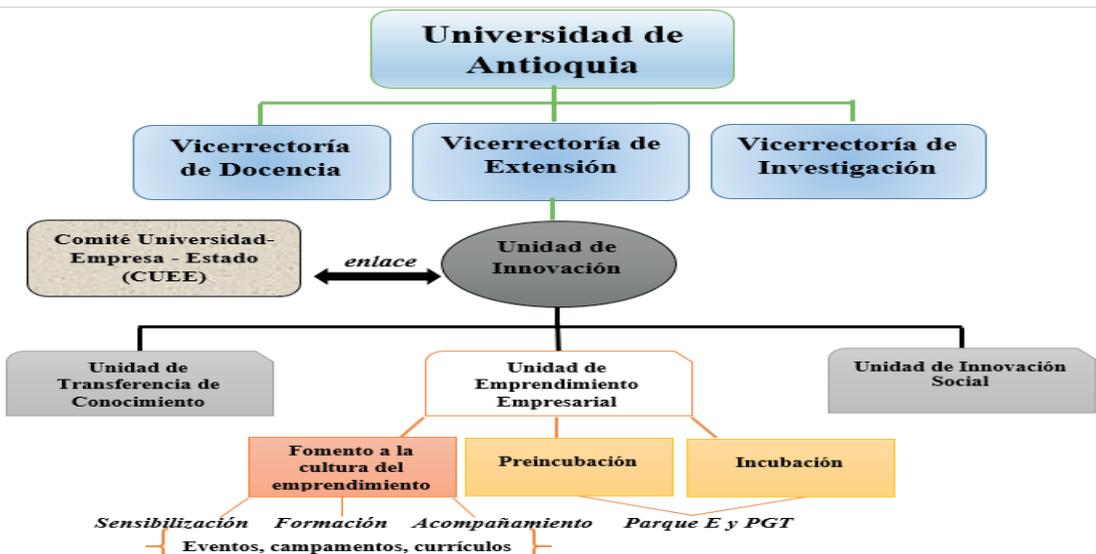
Para hoy, y siguiendo los parámetros del plan de desarrollo universitario, tanto Parque E como PGT hacen parte y están dirigidos por la Unidad de Innovación, dependencia administrativa adscrita a la Vicerrectoría de Extensión de la Universidad de Antioquia, encargada de todo lo atinente al emprendimiento e innovación al interior de la institución.

La Unidad de Innovación nace en el año 2011. Está compuesta por tres líneas de trabajo:

1. Unidad de Transferencia de Conocimiento: realiza identificación de la tecnología, su valoración y comercialización. Su trabajo es con la comercialización y las empresas.

2. Unidad de Emprendimiento Empresarial: integra dos procesos de trabajo: fomento del emprendimiento (sensibilización, formación y acompañamiento inicial) y pre-incubación e incubación, estas dos últimas desde Parque E y PGT. Sobre el primer proceso de trabajo de esta línea se indagó en esta investigación, ya que en ella está lo atinente a formación en emprendimiento.
3. Unidad de Innovación Social: tiene un tema de fomento y otro de monitoreo. Fomento de la pedagogía de innovación social y monitoreo a capacidades de la universidad en términos de conocimiento que se puedan llevar a las comunidades.

(Entrevista a Funcionario 1, Unidad de Innovación, 22 de junio de 2017).



Fuente: Creación propia.

2. Referentes teóricos

2.1 Educación democrática: *la perspectiva desde Amy Gutmann*

Amy Gutmann (2001), politóloga estadounidense, concibe que “formar el carácter político es una función legítima, e incluso inevitable de la educación” (p. 62). Gutmann propone una teoría política de la educación democrática, en la que se pregunta por la autoridad en ese ámbito, esto es, de quiénes definen la educación política de los ciudadanos por medio de políticas. Al respecto plantea que una *educación democrática* es aquella que se legitima a partir

de una deliberación racional que sea consciente de lo que discute, acepta y rechaza socialmente. De este modo, concebirá que la formación política en las instituciones de educación se deba a un proyecto político democrático que necesariamente debe responder a intereses comunes por su naturaleza y vocación social. De manera que Gutmann, posibilita entender que la educación democrática es transversal a la formación política, sin necesariamente ella usar esta última como categoría.

De acuerdo con la autora, quien comprende la educación desde un escenario democrático de política deliberativa y consenso, la *educación democrática* en las instituciones educativas se refiere a una permanente deliberación entre la sociedad, de los problemas y políticas educativas a las que la misma institución está inmersa. La autora refiere la *deliberación racional* como fundamento de la educación democrática; se trata de la deliberación como proceso de reproducción social consciente, capaz de expresar y representar pensamientos y prácticas con que se está de acuerdo conscientemente, actuando en conjunto como una sociedad. Así para la autora:

La reproducción social consciente es la forma en que los ciudadanos adquieren la potestad para influir en la educación que formará los valores políticos, actitudes y formas de comportamiento de los futuros ciudadanos (...) Desde la reproducción social consciente hay una amplitud de posibilidades para que sean capaz de participar en la definición colectiva de sociedad, para que den forma colectivamente a la educación en su sociedad. (Gutmann, 2001, p.60)

Sí bien Gutmann no hace referencia directa a la formación política, su teoría política de la educación desagregará en concepciones de la política y la educación de tinte democrático que es importante rescatar. Con lo planteado por ella, se retoma una noción de formación política concebida por Benjumea, Gutiérrez y otros (2011) como un proceso de construcción y configuración del sujeto político:

La formación se puede entender como un proceso permanente e inacabado, que se gesta más desde el interior del sujeto, influenciado tanto filogenética como ontogenéticamente por la información que recibe en su interacción con el mundo de la vida; que se construye de manera consciente o inconsciente, intencionada o no, y se proyecta en su actuar. (p.216)

Por tanto, la formación política es un proceso en el que el individuo es formado permanentemente por un entorno que refleja un proyecto político determinado. Esta formación política se entiende aquí, ligada al sistema educativo universitario. Es decir, de una institución pública que se debe a su

sociedad para también deliberar racionalmente las iniciativas que terminan formando políticamente.

2.2 Enfoque político del emprendimiento: *perspectiva desde Christian Laval y Pierre Dardot*

Christian Laval y Pierre Dardot, intelectuales franceses, conciben el neoliberalismo más allá de una doctrina o una ideología, su perspectiva lo entiende como *una nueva razón del mundo*. Por lo cual no se trata de una simple coacción externa por la vía del amaestramiento de los cuerpos (utilitarismo clásico), sino de una lógica que pone en funcionamiento una racionalidad en la acción de *las instituciones y los sujetos* para gestionar la vida misma.

Lo anterior estaría enmarcado en lo que explicó Foucault (2009) como “política social individual” del ordoliberalismo (neoliberalismo) en la que la colectividad ahora es fragmentada por individuos, a los que ya no se les busca dar una cobertura social que evite los riesgos, sino una suerte de espacio económico donde enfrenten esos riesgos. Así, se produce “una estructura de competencia”, en la que ya la función estatal no es proteger al ciudadano, sino generar las condiciones para que él mismo se convierta en actor económico, el Estado ahora crea condiciones para que las desigualdades puedan entrar en el mecanismo de la competencia.

Retomando a Foucault, según exponen Laval y Dardot (2013), se trata de un orden social que agencia (mediante la técnica, el poder biopolítico) como modelo de ordenamiento a la empresa, cuya fuerza movilizadora es *crear situaciones de competencia* en las esferas de la vida social, procurando así que los sujetos actúen de acuerdo a las reglas de juego que se les impone: las reglas económicas. En consecuencia, el neoliberalismo es más que una doctrina económica, una ideología política o un proyecto de clase; se trata más bien de *una forma de entender y relacionarse con el mundo*. Desde aquí se perfila un proceso *de construcción* orientado a fabricar “la dimensión del *entrepreneurship* o emprendimiento” (Laval & Dardot, 2013, p.134). Dicha construcción, concibe un ideal/figura de hombre que habilite sus condiciones de realización y de funcionamiento “implicado totalmente”, es decir, un sujeto activo, unitario, comprometido por entero a su actividad profesional, *que trabaje para la empresa como si lo hiciera para sí mismo*.

Así, la producción de esa sociedad neoliberal según la interpretación de Laval y Dardot (2013) encarna un *ethos*, una fuerza moral, una razón que habilita formas del carácter, de la personalidad, así como modos de dirección de sí basados en el autocontrol, la competencia y el rendimiento. De este modo, se configura el *ethos* como la empresa de sí, la cual constituye un modo de gobernarse para el individuo y las instituciones de acuerdo a determinados principios y valores.

Ahora bien, para establecerse esta nueva razón se asume un cambio político en la concepción y función, tanto del Estado y sus instituciones como de la sociedad encarnada en individuos. El cambio político se sostiene sobre la homogeneización del discurso en el Estado y el individuo hacia el emprendimiento, hacia la figura de empresa y la normalización de un entorno de competencia y riesgo permanente. De manera que la empresa se interioriza profundamente en la psiquis del individuo y de las instituciones del Estado. Ambos, instituciones e individuo deben dirigirse y manejarse desde su interior, tal cual una empresa. Así, se plantea el esquema de una “gobernanza de Estado” para las instituciones estatales y un “gobierno de sí mismo” para el individuo (Laval y Dardot, 2013). Desde “la gobernanza de Estado” las entidades estatales activan sobre sí el dispositivo del emprendimiento y desde el “gobierno de sí” se posiciona y articula el emprendimiento a las relaciones humanas, que suponen prácticas de individualización. Los autores se sirven de estas categorías para explicar cómo la idea de empresa se proyecta desde la estructura estatal (las instituciones) hasta la vida cotidiana de los individuos.

Desde la “gobernanza de Estado”, el Estado y sus instituciones se les reubica como un actor e instrumento más en el sistema económico, “encargado de reformar y dirigir la sociedad para ponerla al servicio de las empresas, por lo que se plega él mismo a las reglas de eficacia de las firmas privadas” (Laval & Dardot, 2013, p.280). Esto encauza el emprendimiento, haciendo que el Estado omita su responsabilidad sobre las políticas de empleo, procurando que el individuo genere su empleo a partir de la creación de su propia empresa. De esta manera, las instituciones estatales comienzan a naturalizar los escenarios de riesgo e incertidumbre en la sociedad, por lo que, como expresa Castro (2010) “sí alguien está desempleado, ello no debe achacarse a la incompetencia y corrupción del Estado o a las “contradicciones” del capitalismo, sino a la propia incapacidad de incrementar su capital humano, es decir, a su falta de aptitudes autogerenciales” (p.207). Así, el Estado ya no tiene como prioridad la búsqueda de la igualdad, sino que su fin ha de ser “dejar actuar la desigualdad” (Foucault, 2009, p.173).

Desde “el gobierno de sí” se plantea todo un esquema psicológico en el que al individuo se le reconoce como un sujeto activo que debe participar totalmente de su actividad empresarial. Se dice que es el gobierno de sí, porque se le confía completamente a cada individuo su propio rumbo, “con la excusa de que es cada quien el que puede perseguir su propio interés, pues se cree que la fuente de la eficacia está en el interior de uno mismo, no de una autoridad exterior” (Laval & Dardot, 2013, p.349). Esto origina un cambio en la percepción del individuo, donde se arraiga y exagera un pensamiento egoísta, producto de una ética que interioriza la culpa propia a partir de la naturalización de los escenarios de riesgo y competencia (que debería regular el Estado, como lo expresa Foucault [2009]); de ahí que se fragmenten los problemas sistémicos -como el empleo-, lo que posibilita obviarlos ya que, “se asiste a una individualización radical que hace

que todas las formas de crisis sociales sean percibidas como crisis individuales, todas las desigualdades sean achacadas a una responsabilidad individual” (Laval & Dardot, 2013, p.353). Por ende, desde el “gobierno de sí”, se introyecta que el emprendedor es el motor y sujeto del neoliberalismo.

Lo anterior, entra en concordancia con lo planteado por los estudios críticos sobre el emprendimiento, donde se expone que el emprendimiento establece un relato de moralidad posmoderna que busca demostrar que aun cuando el ser humano puede morir o las economías luchan, ¡el sueño empresarial sigue vivo! Así, el individualismo sigue siendo la piedra angular del capitalismo competitivo y el “espíritu” empresarial es su razón de ser. Este espíritu es cada vez más elogiado en los discursos dominantes de la política neoliberal, infiltrándose en diversos aspectos de la vida social de manera potente, pero aparentemente inocua (Armstrong citado en Tedmanson, et al, 2012).

En la investigación, las dos categorías, “gobernanza de Estado”-“gobierno de sí”, permitieron avizorar la dimensión política de la formación en emprendimiento, la cual fue explícita en *valores y discursos*⁴.



Fuente: Creación propia

4 Valores y discursos han sido las observables en este trabajo porque la metodología etnográfica planteada aquí, los asume como el contenido de lo observado en campo, para este caso los valores y discursos presentados en las actividades que estructuran la formación en emprendimiento. Asimismo, como lo expresan Laval y Dardot (2013), por medio de valores y discursos es que se ha constituido un modo de gobernarse desde la razón neoliberal, tanto para las instituciones como para el individuo.

3. El emprendimiento universitario como formación: hallazgos

En este apartado se describen los elementos hallados en campo, resultado de observaciones directas y participantes⁵, entrevistas⁶ y revisiones a currículos⁷ en las que se materializa la formación en emprendimiento en la Universidad de Antioquia. Se exponen los hallazgos conforme, discursos y valores identificados en los actores indagados, en tanto fueron las observables.

Respondiendo a la pregunta inicial de investigación sobre ¿cómo es la formación en emprendimiento en la Universidad de Antioquia? Se encontró que la formación es enseñada desde conferencias, eventos (como el campamento emprendedor) y cursos en las unidades académicas sobre emprendimiento. Se halló que esta formación se sustenta bajo un discurso dotado de concepciones y valores implícitos políticamente que versan sobre el papel del Estado, el escenario del desempleo, la exaltación y *supervalorización* del emprendimiento como solución, el rol de la universidad, la alianza de ésta con la empresa y la configuración de un sujeto emprendedor.

El discurso hallado, se basa en un relato del emprendimiento que tiene sentido en el marco de un Estado que según funcionarios y conferencistas, está solo para regular y dar medios. Así se presenta un Estado políticamente equiparable a todos los actores del mercado, que puede omitir sus funciones sociales, por tanto, ya no está a su cargo responder directamente a problemáticas como el desempleo, su respuesta ahora es de medios como el emprendimiento. Así lo expresan los funcionarios de la Unidad de Innovación:

El Estado como tal no es generador de empleo, el Estado no es garante de que sí te formó te debe garantizar empleo, el Estado realmente te debe dar unas condiciones básicas para que entre comillas seas responsable de ti mismo. Una manera que el Estado está dando para desatar la economía es el emprendimiento. Digamos que el Estado ha cumplido, normativizó, generó condiciones, está la Ley 1014 que es la ley del emprendimiento para la escuela que dice más o menos que deberían hacer las universidades. (Entrevista a Funcionario 1, Unidad de Innovación, 22 de junio de 2017)

De esta manera, todos los entrevistados manifiestan que el origen del emprendimiento, está en resolver el desempleo, “el estudiante viene porque entiende

5 Se hizo observación participante en 4 eventos sobre emprendimiento, organizados o promovidos desde la Unidad de Innovación.

6 Se realizaron 3 entrevistas a funcionarios de la Unidad de Innovación: un funcionario encargado del área del fomento del emprendimiento, un funcionario que asiste a la dirección de la Unidad de Innovación y a un consultor de la misma entidad. Asimismo, se entrevistó a un docente enlace con la Unidad de Innovación.

7 Se caracterizaron 4 currículos de la Facultad de Ingeniería y de la Facultad de Economía.

y cree que el medio no le va a dar condiciones de empleo y cree que ésta es una alternativa para vincularse al mundo del trabajo” (Entrevista a Funcionario 1, Unidad de Innovación, 22 de junio de 2017). Para los actores entrevistados, esta preocupación generalizada sobre el mercado laboral parece legitimar el emprendimiento como alternativa al desempleo:

El emprendimiento es la única manera en el mediano plazo de generar puestos de trabajo con condiciones dignas y sostenibles para los nuevos profesionales, es un hecho probado que las empresas no tienen la capacidad de absorber el mercado laboral que sale de las universidades. Una empresa que genera un nuevo puesto de trabajo es una nueva persona que está consumiendo y estimulando la economía, entonces si yo tengo un emprendimiento y me va bien, yo voy a comprar más carne, salgo a comer con mi familia y eso en conjunto mejora la economía, cada emprendimiento que se hace en Medellín nos mejora a todos. (Entrevista a Funcionario 3, Unidad de Innovación, 22 de septiembre de 2017)

Con esta visión concuerda el docente entrevistado:

El emprendimiento parte del supuesto de que todos no van a ser empleados o van a encontrar trabajo y hay un asunto de desempleo que de alguna manera la universidad tiene que entrar a influir desde antes de que la persona salga (...) la idea es decirle, vea compañero cuando usted salga de aquí difícilmente va a conseguir trabajo, a menos que usted proponga cosas nuevas. (Entrevista a docente, Facultad de Derecho, 20 de febrero de 2018)

Sin embargo, esta percepción no se queda ahí. Para legitimar de manera certera el emprendimiento como una solución, los funcionarios coinciden en que el emprendimiento no solo resuelve el tema laboral, sino que permite realizar al individuo como un ser exitoso en todas sus áreas. Con ello, se va enrutando el discurso entorno a la responsabilidad que el individuo tiene sobre su empleo, y no sólo eso, sino sobre sí mismo. Esto se relaciona directamente con la supervalorización y exaltación que le dan al emprendimiento. Los funcionarios expresaron que “el emprendimiento es una estrategia que transforma vidas”, “es una actitud de vida, un valor”, “en esencia todos los seres humanos somos emprendedores, porque todos en la vida tenemos sueños, siempre nos ponemos metas” (Entrevista a funcionario 2, Unidad de Innovación, 18 de noviembre de 2017). Así tal cual, se identificó en el campamento emprendedor, donde hay un discurso para animar a los participantes a ser emprendedores, haciendo un enaltecimiento del emprendimiento como algo transversal al proyecto de vida y avizorando los problemas de desempleo como algo positivo, en expresiones como: “siendo emprendedor he hecho maestría en fracaso y luego en éxito”, “en emprendimiento amamos los problemas”.

En el mismo plano de exaltación del emprendimiento, se adjetiva, enaltece y supervalora al sujeto que se potencia a sí mismo como emprendedor, para que en circunstancias de desempleo como dice el funcionario 1, el individuo “sea responsable de sí mismo”. Con ello está de acuerdo el docente: “cuando uno es emprendedor la idea es cambiar lo que existe, o sea resolver problemas, pensado por qué de esta manera y no de otra, así va en contra de asumir una postura de conformismo, como de sometimiento al destino” (Entrevista a docente, Facultad de Derecho, 20 de febrero de 2018). De esta manera, se asocia al emprendedor con una conexión plena desde su ser con el emprendimiento, de nuevo pensando en interiorizar el emprendimiento, como lo expresa el Funcionario 3:

Un emprendedor necesariamente tiene que tener una conexión con el emprendimiento, es imposible que haya un emprendimiento que sea muy exitoso, cuando ese emprendimiento no representa el sentir de la persona, no hace parte de su deseo, de su plan de vida. Es necesario que la habilidad y el conocimiento se conecten con el deseo porque el emprendimiento empieza desde el ser, desde la persona, antes que un producto o un servicio. (Unidad de Innovación, 22 de septiembre de 2017)

Ahora bien, se halló que el establecimiento del emprendimiento en la Universidad de Antioquia, no solo se debe a una dirección estatal sobre el problema del desempleo, también es originado por la explícita alianza entre universidad y empresa, la cual define las cuestiones formativas en emprendimiento desde ámbitos como el Comité Universidad-Empresa-Estado, ya mencionado en el contexto. Así fue expresado por empresarios y personal de la Unidad de Innovación, en el evento “*Universidad- empresa- Estado y desarrollo regional en Antioquia*”. Allí manifestaron una defensa vehemente de la alianza, tejiendo un discurso de emprendimiento netamente empresarial con miras a resolver las problemáticas del sector privado. Asignándole un lugar de servicio a la universidad con la empresa:

(...) al inicio la empresa tenía problemas muy puntuales y la universidad se demoraba mucho en solucionarlos, eso implicó movernos mucho más rápido como universidad, por eso somos ahora líderes en patentes licenciadas. Por eso ahora, la empresa tiene un reto particular y la universidad le tiene diferentes alternativas de solución desde los grupos de investigación. Y la universidad se dispone a que el producto tendrá una explotación comercial. (Pérez, 2018)

Conforme a esta idea de la necesidad e importancia de la resolución de problemas empresariales, se realizó el campamento emprendedor⁸, un evento que

8 Evento realizado el 22 y 23 de septiembre de 2017.

se hace cada semestre donde se participa durante 36 horas, en equipos de 8 a 10 personas resolviendo un reto - problema de las empresas (esta vez fueron Nutresa, Cadena, Protoquímica, Indisa y Procerámica). Allí participaron alrededor de 250 personas entre estudiantes de pregrado en su mayoría -de ingeniería y economía-, como profesionales y personas externas a la universidad; siendo jurados agentes externos como las empresas, quienes evaluaron las soluciones a partir de su rentabilidad. Con esto también se halló una espacialidad en la que la formación en emprendimiento se expresa y apropia de lugares donde la formación académica, incluso política, también se da.

En consonancia con lo anterior, se encontró que los eventos tienen la participación de distintas empresas, siendo común una valoración instrumental de la investigación universitaria como potencia del emprendimiento (para resolver problemáticas empresariales). Así fue visto en actividades de cátedra formativa como la conferencia *“Transferencia de tecnología y Spin – Offs de Universidades, motor del emprendimiento e innovación de alto valor”*⁹, dictada por Constanza Nieto, emprendedora internacional. Nieto resaltó reiteradamente que las empresas de alto valor, surgen de las universidades, de ahí que éstas sean un actor clave para la empresa en la actualidad.

(...) las empresas saben que ahí van a encontrar las cosas que ellos pueden usar como diferenciadores y que no van a hacer fácil de copiar (...) las mejores cosas salen de las universidades, porque ellas tienen la capacidad de resolver problemas difíciles y las corporaciones tienen los problemas, corporaciones para mí es empresa privada grande, la que tiene capacidad de contratar, como: Suramericana, Coltejer o Postobón. Un ejemplo de ello: casi todas las empresas de Silicon Valley salieron de universidades. (Nieto, 2018)

Nieto, hizo insistentemente una exhortación a la importancia de que estos emprendimientos sean escalables a nivel mundial, expresando una ambición globalizadora del emprendimiento por cuenta de la universidad. La importancia de esto último, fue también manifestado por Greg Bauer, emprendedor internacional, en el evento observado: *Conferencia y panel - Emprendimiento, innovación y liderazgo en el contexto global y local*¹⁰.

Con la inmersión de la empresa en el emprendimiento que brinda la universidad, es que se estructura la formación sobre el tema. Desde la unidad de Innovación se trabaja en pos de tres tipos de emprendimiento: el **emprendimiento social** en el que se apoyan iniciativas sociales, el **intraemprendimiento** que busca generar

9 Evento llevado a cabo el 21 de febrero de 2018 en instalaciones del Edificio de extensión – Universidad de Antioquia.

10 Evento llevado a cabo el 22 de febrero de 2018 en instalaciones de Ruta N. Fue promovido por la Unidad de Innovación – Universidad de Antioquia.

emprendimiento al interior de la empresa y el más importante sobre el que se estructuran los dos anteriores y la formación, **el emprendimiento empresarial**. De aquí se constituye, la idea de empresa como un *ethos* en la formación en emprendimiento.

Según uno de los entrevistados, la formación es “el motorsito” y paso previo de toma de decisiones para crear los proyectos de emprendimiento (Entrevista funcionario 1, Unidad de Innovación, 22 de junio de 2017). Por esta vía aclaran que esos procesos de enseñanza no son educativos, sino formativos debido a que, aun estando dentro de la Universidad de Antioquia, la Unidad de Innovación es una unidad administrativa que no puede certificar la enseñanza, por tanto, la formación en emprendimiento se establece por un carácter empresarial y desde un ámbito administrativo; aunque la misión formativa va de lo administrativo hasta lo académico (con cursos):

La formación realmente es un asunto que nace más desde lo empresarial, como formación complementaria de estos asuntos, aquello que lo institucionalizado no atiende se forma, inclusive en términos de formación hay una regulación que no es la de la educación, la ISO 8000 dice cuál es la calidad que se debe dar en un proceso formativo y no tiene que tener la estructura de lo educativo (...) esta formación es diferente a lo institucionalizado ya que ésta se hace para la empresa, y cuando se está en una empresa, ¿en qué forman? En lo que hay problemas. Pero si usted va a una empresa y pregunta, ¿tienen currículo? no, ¿tienen plan de formación? no, ¿los temas están estandarizados? no. Eso es por demanda. Esto es muy diferente, por eso yo no educo, sino que formo. (Funcionario 1, Unidad de Innovación, 22 de junio de 2017)

En la misma vía de este discurso-lenguaje administrativo y empresarial, quienes dan la formación no son nombrados como docentes, sino como: “asesores, consultores, desarrolladores, personal técnico o personal administrativo”. Sin embargo, hay formalidad académica y educativa en los cursos sobre emprendimiento que diseñan para las unidades académicas al interior de la Universidad y hacen hincapié en que la formación en emprendimiento es susceptible de adaptarse a todas las áreas, así se especifica con 19 de las 21 unidades académicas de la Universidad (a excepción de Filosofía e Idiomas) que tienen en sus programas cursos de emprendimiento o lineamientos microcurriculares del tema. Además, también se hacen capacitaciones como el curso anual de emprendimiento para docentes de la Universidad, llamado “Formación de Gestores”, buscando también que repliquen este conocimiento en sus alumnos (Entrevista funcionario 2, Unidad de Innovación, 18 de noviembre de 2017).

En los currículos que fueron revisados, se encontró que estos reflejan todo el discurso y relato sobre el emprendimiento que hasta aquí se ha expresado. Dirigidos por las entidades académicas de Ingeniería y Economía, de mano con la

Unidad de Innovación, estos cursos, señalan el emprendimiento como como una exhortación a la universidad para “dar respuesta a la demanda del sector productivo y a la generación de riqueza” (Curso Mentalidad Emprendedora, 2018). De manera que se establece en ellos el emprendimiento como una mentalidad, como un *ethos* empresarial, muestra de ello es la titulación de los cursos, “Mentalidad Emprendedora”, “Emprendimiento”, “Empresarismo”, “Creatividad para Emprender”, que ven en la idea de empresa no solo una solución al desempleo, sino también al proyecto de vida. Así se hace referencia en sus objetivos:

Brindar conocimientos acerca del emprendimiento, con miras a fomentar procesos de vinculación al mundo del trabajo desde una proyección futura de vida (...) adoptar una actitud proactiva frente a problemáticas de su entorno, considerando la creación de empresas como una opción de vida más. (Curso Mentalidad Emprendedora, 2018; Curso Emprendimiento, 2018)

De ahí que se haga alusión al empresario como punto de referencia para la formación del emprendedor, “educar al estudiante sobre cómo los empresarios pueden generar riqueza y demostrar que hacer esto sí es posible si se consolida la capacidad productiva” (Curso Empresarismo, 2018). Esto entra en diálogo con las metodologías que presentan algunos de los cursos, en los que se plantean las historias de vida de empresarios como una forma de “reconocer emprendedores de la región”.

Sobre lo anterior, se fija la supervalorización del emprendimiento y lo que puede generar en el emprendedor. Sobre esto último, se halló en los currículos una serie de valores en común, basados en contenidos como “la teoría del cambio” (planteados desde una naturalización del fracaso y el riesgo), y la idea misma de empresa, con los que se busca formar al sujeto “como un agente de cambio”, similar al lema del campamento emprendedor: “para cambiar el mundo, me atrevo a ser emprendedor”. A partir de esto, se habla entonces de la “gestión de habilidades personales” en valores como: la competencia, la determinación, el liderazgo, la tolerancia al riesgo, la adaptabilidad, la autoconfianza, y la negociación. Ello en vía de justificar la responsabilidad sobre sí mismo que debe enfrentar el emprendedor en los escenarios de riesgo a los que debe someterse en el mercado. Esto último, en términos políticos, plantea una formación avocada a que el individuo se piense sólo sobre sí mismo, cuestión que resulta para analizar sobre la dimensión política.

4. Análisis sobre la formación política que subyace en la formación en emprendimiento

A partir de lo hallado, se responde en este apartado a la segunda parte de la pregunta inicial de investigación: ¿de qué manera, la formación en emprendimiento

estaría tensionando o complementando la formación política de una universidad pública como la Universidad de Antioquia? Basado en los hallazgos, aquí se hace explícita la dimensión política de la formación en emprendimiento, comprendiendo la tensión que genera con la formación política a la que aspira la Universidad de Antioquia en términos de educación democrática. A esta parte, corresponde el análisis reflexivo con base en la hipótesis inicial sobre la razón neoliberal y modernizadora que ha ido asumiendo la universidad con la formación en emprendimiento y la articulación de los hallazgos con el lente teórico de Gutmann (2001) y Laval y Dardot (2013).

Con los resultados ya descritos puede comprenderse que la formación en emprendimiento es el resultado de todo un discurso entorno al emprendimiento con una dimensión política que ubica al Estado, la institución universitaria y los individuos en un escenario funcional al mercado que oculta lo político, de ahí que se dé una despolitización con el discurso cuando se habla en términos administrativos, empresariales y mercantiles.

Como se especificó en los hallazgos, en la formación en emprendimiento surge una concepción política del Estado donde éste solo brinda medios, por lo que se comporta como un actor más del mercado, “no es responsable de garantizar el empleo... el Estado debe es dar unas condiciones básicas”, tal cual lo expresó el Funcionario 1. Esto resulta problemático en términos políticos, ya que en esta formación se ubica al Estado en un lugar equivalente a todos los actores en el mercado, por lo que sus obligaciones estarán sujetas a éste, más que a sus funciones sociales, como el empleo. Tal cual lo articulan Laval y Dardot (2013), comprendiendo lo dicho como una “gobernanza de Estado” en la que se considera al aparato estatal no ya como una entidad responsable de ser un Estado social, educador, proveedor directo de servicios y “exógeno respecto del orden mercantil, sino como una entidad más, enteramente integrada en el espacio de los intercambios y agentes económicos” (p.295). Por eso, surge desde el Estado el emprendimiento como una articulación que no busca generar una solución estructural al desempleo, sino que brinda los medios, como lo expresan los funcionarios, para que el mercado saque provecho del problema y el individuo mire cómo se las arregla con esos medios para resolver el desempleo.

Sin embargo, como se halló en campo, la idea con la que la institucionalidad defiende y legitima el emprendimiento, se escuda, no solo bajo la utilidad para resolver el desempleo, sino también por ser un modo de vida. De ello que repliquen una supervalorización por el emprendimiento, porque según ellos, permite la “transformación y el cambio” del ser y el entorno; presentándose así el emprendimiento como ineludible y supremamente relevante. Esto resulta muy cuestionable, pues con ello se va dando una posible sobre posición del emprendimiento a los efectos que pueda generar sobre la dimensión política, esa que expresa implícitamente una formación política al interior de la formación en emprendimiento. Es decir, si

el emprendimiento resuelve el desempleo y genera un “ser de cambio”, los efectos colaterales que produzca se minimizan.

Si bien la universidad tiene sus propias dinámicas internas de funcionamiento, los actores indagados replican que el lugar de la universidad es materializar los medios que el Estado da en función del mercado, por lo que la gobernanza ya mencionada se expresa con la universidad al ser equiparada como una institución estatal, presta a ser un actor más del mercado. Así se hace explícito al insertar en sí misma la alianza universidad – empresa, bastión de la formación en emprendimiento, que funcionarios y conferencistas internacionales defienden con vehemencia, pues consideran que es estratégica en el sentido de empleabilidad que puede generar el solucionar los problemas empresariales. Con esto se da una cuestión muy problemática, esta alianza universidad - empresa ubica a la institución universitaria como un actor más en el mercado, donde se instrumentaliza y se pone al servicio de los fines empresariales y globalizadores del mercado (como lo reiteran conferencistas internacionales), su carácter administrativo, organizacional y académico. Así se ve en las expresiones de Nieto y en el campamento emprendedor, donde se convoca a un público abierto (académico, administrativo y externo) con el fin de congregarse variado talento humano en son de responder al problema de empresas particulares.

Aquí es donde se vuelve más cuestionable la difusión del emprendimiento en la universidad, a pesar de ser su razón pública y social como institución, por medio del emprendimiento se va asimilando como un actor más del mercado que difunde un discurso administrativo y empresarial, incluso de compañías en específico. Expresando así una formación política implícita y oculta que excluye la posibilidad de pensar en estos ámbitos universitarios una deliberación, que como expresa Amy Gutmann, se haga a través de la reproducción social consciente sobre problemas para resolver (no solo empresariales) donde converjan los intereses y la potestad para influir de una comunidad política amplia, no solo del sector privado.

Lo anterior conecta todo el discurso del emprendimiento y su formación a la idea de empresa como algo transversal, de ahí que el emprendimiento empresarial sea el pilar sobre el que la Unidad de Innovación estructura su formación, comprendida como lo que “demandan las empresas”, como se detalla en los hallazgos. Esta idea de empresa la disponen sobre la institución universitaria y el individuo, muy acorde a lo que expresan Laval y Dardot, respecto a asimilar la empresa como una “mentalidad” expresando en los currículos, un *ethos* empresarial que se interioriza en pos de accionar como autogobierno que permita el maniobrar en el mercado. Así se ve en los hallazgos donde la universidad al equipararse con la empresa (en su alianza) y difundiendo el emprendimiento, aspira a comportarse como empresa que se ve inmersa en el mercado, de ahí su función de rendimiento resolviendo problemas del sector privado, a través de una estructura formativa entorno a un lenguaje empresarial, desde un ámbito como el administrativo (la Unidad de Innovación).

Algo paradójico es que esta visión-*ethos* no se queda solo en el ámbito administrativo, se extiende a cátedras de público abierto y currículos académicos, es decir, una visión planeada desde y para una entidad administrativa se establece en la formación académica que está pensada para unos fines muy distintos a la administrativa. Se dice aquí que esto es paradójico, porque entonces la formación en emprendimiento visiona el comportamiento de la universidad como una empresa, no solo desde una entidad administrativa que solo forma como lo dice el Funcionario 1, sino también desde lo educativo (de lo que la Unidad de Innovación dice no hacer parte). Muestra de eso es la equiparación del mismo lenguaje entre el docente entrevistado y los funcionarios. Con esto, emerge una discusión en torno al carácter político y funcional que la universidad como institución pública tiene. Si esta se visiona como una empresa, los intereses de la misma se van a reducir a una cuestión de rendimiento, que no avizora e ignora que al interior de la universidad converge también una formación política implícita de carácter democrático, que comparte aspiraciones sociales y de conocimiento que a veces se contraponen a la idea de empresa. Esto no es ajeno a lo que han venido expresando Hurtado, (et al, 2015) con la llamada modernización universitaria, conveniente a intereses mercantiles que se ha venido dando en la Universidad de Antioquia:

Desde la gestión y administración universitaria se propendería por cambiar la naturaleza académica de la institución pública para convertirla en una empresa del conocimiento (...) la incorporación de capitales provenientes del sector privado con ánimo de lucro e intereses estratégicos sobre la Universidad, vislumbran la progresiva despolitización del entorno y la vida universitaria por vía de la administrativización de los procesos académicos. Todo ello estaría transformando de manera silenciosa la naturaleza de la institución educativa, sus valores de lo público. (p.160)

De manera simultánea y a través de la formación en emprendimiento, sobre el individuo se inserta la idea de empresa junto con la exaltación ya mencionada del emprendimiento. Desde el emprendimiento como una proyección del ser, como lo citan funcionarios, la idea es que se interiorice en sí mismo el comportarse como una empresa a partir de la formación en valores y “habilidades” personales que le prometen visionarse bajo una frecuente noción de “cambio” para que así pueda realizarse como emprendedor en todos sus asuntos; muy acorde al *ethos* empresarial asumido para el individuo desde una *autovalorización* que define una ética que “elogia al hombre hecho a sí mismo, por su capacidad de autogobernarse” (Laval & Dardot, 2013, p.338). Esto se expone en los hallazgos cuando los valores más reiterativos en los currículos hablan de una exaltación a la que se aspira que el individuo alcance, formándose como empresa, tomando a empresarios destacados (los currículos usan la metodología historia de vida de empresarios) como “generadores de riqueza” y punto de referencia de éxito a

seguir. Por eso, habilidades y valores de la formación en emprendimiento llevan consigo la promesa de que el emprendedor se gobierne a sí mismo a través de valores como, “la determinación, el liderazgo, la autoconfianza”, tal cual como lo articulan Laval y Dardot desde el “gobierno de sí”, creyendo entonces que el emprendedor no depende de nadie, y que solo él tendrá la fuerza interior para gobernarse, como lo hace una empresa.

Conectado con lo anterior y visto desde la óptica de “governarse a sí mismo”, los currículos parecen justificar que la formación en habilidades como: la adaptabilidad, la negociación, la competencia y la tolerancia al riesgo, todas enrutadas a asimilar el escenario de riesgo y competencia (condiciones para que se dé el mercado) como algo natural, “ya que ser empresa de sí supone vivir enteramente en riesgo” (Díez, 2015, p.167). De ahí que en los hallazgos se da una visión de los problemas como algo positivo, pues en el riesgo y la competencia es que surgen, y de ellos el emprendimiento, como un reto que el individuo debe asumir, como muestra de sus valores y capacidad para gobernarse a sí mismo.

Con esto, puede verse que, tanto valores como habilidades de la formación en emprendimiento, expresan una aspiración a que el emprendedor se piense los problemas solo sobre sí mismo, como una cuestión de su fuero interno. A términos de formación política democrática, esto resulta problemático por dos asuntos: primero, porque al asumirse como un individuo aislado, se valida y normaliza la omisión de la responsabilidad estatal de la que ya se habló, pues ahora resolver el problema y la cuestión del desempleo recae solo en el individuo. Segundo, porque a través de la formación en emprendimiento (como solución al desempleo), se exalta e interiorizan valores, habilidades y escenarios armónicos a las exigencias del mercado (escudados en una formación del ser), no pensados para realidades sociales y políticas, sino para la resolución de problemas desde el individualismo. De ahí que las problemáticas sociales no sean prioridad cuando se habla de emprendimiento. Esto promueve una individualización del ser que da pie a que el sujeto emprendedor conciba los problemas como propios, asumido en una comunidad política que le es totalmente indiferente. Lo cual termina despolitizándolo y cercenando la posibilidad de que se piense como un sujeto deliberativo y partícipe de lo político (Gutmann, 2001), pues no se siente en una colectividad que lo vincule a considerar las cuestiones como el desempleo como un problema estructural y sistémico que le compete a toda la sociedad a la que pertenece.

Con todo lo anterior, puede comprenderse cómo en la formación en emprendimiento subyace una formación política implícita amparada en un discurso que compromete el comportamiento y las visiones políticas del Estado, el individuo, y lo más importante, de la universidad pública, que se va convirtiendo en un actor y medio para intereses mercantiles bajo la bandera del emprendimiento. Así, la formación en emprendimiento entra en consonancia con la modernización universitaria ya advertida por Hurtado (et al, 2015). Esa modernización universitaria

es armónica a la razón neoliberal, presentada como un cosmos político, social y económico a interiorizar por instituciones e individuos.

A raíz de esto, la formación en emprendimiento brazo de la razón neoliberal, se materializa como una política educativa y formativa que en términos de Amy Gutmann, no surge de una deliberación consciente de lo que implícitamente genera sobre la dimensión política de la universidad, pues como se ha visto hasta aquí, el fin del emprendimiento como política educativa, más que resolver el desempleo o proyectar el ser, termina siendo mercantilizar y volver rentables los servicios de la universidad pública. Esto en lectura desde los estudios críticos del emprendimiento plantea cómo “la educación superior se ha vuelto menos sobre la iluminación humana y más sobre la reproducción de la ideología capitalista” (Tedmanson, 2012, p.536). Por tanto, la formación en emprendimiento, sí tensiona la formación política de aspiración democrática en el sentido en que esta es desactivada e inhibida por una razón que individualiza, bajo intereses egoístas, a la universidad y sus sujetos.

No obstante, lo dicho hasta aquí no es una premisa generalizadora sobre toda la formación política existente en la Universidad de Antioquia. Si bien aquí se expresa la existencia de una formación política implícita de vocación y razón neoliberal, al interior de la Universidad estudios como el de Hurtado (et al, 2015) y Hurtado y Corrales (2017) manifiestan que en la Universidad de Antioquia también converge una visión que asimila la universidad pública como un “espacio de socialización política, con vocación pluralista y democrática” (Hurtado & Corrales, 2017, p.144). Por tanto, la comunidad política universitaria no se encasilla como despolitizada o apática a lo político. Esto se aproxima mucho a lo planteado por Amy Gutmann sobre educación democrática en la que la comunidad política busca considerar deliberadamente todas las problemáticas que le competen. De manera que con esto, se avizora que el esquema de formación política de aspiración democrática no se plantea solo desde un ámbito teórico, también la comunidad política de la Universidad de Antioquia identifica esa noción democrática como bandera de la universidad pública.

Con esto último, se hace visible más que una tensión, se expone una igualación y coexistencia en la universidad de valores neoliberales y democráticos, lo que posiciona a ambas formaciones, [la formación en emprendimiento (su formación política implícita) y la formación política de aspiración democrática] en los mismos lugares. Por lo que la formación en emprendimiento espacializa, como se vio en los hallazgos, apropiándose con su vocación transversal, de los espacios donde también transcurre la formación política democrática.

Para futuras indagaciones que permitirían complementar lo investigado hasta aquí, sería importante indagar sobre el emprendimiento social y su implicación política y sobre el personal que es formado en emprendimiento, el cual en esta investigación no se examinó.

4.1 Conclusiones

Como puede verse, lo analizado en los hallazgos permitió aproximarse a la hipótesis planteada sobre el horizonte neoliberal y modernizador que el emprendimiento ha venido estableciendo en la universidad pública, no solo desde el escenario administrativo, también desde el académico en eventos y cursos. Aquí se indagó sobre una formación política implícita, una formación comprendida como un proceso que se gesta en el interior por la información que recibe, información que se mostró articuladamente como una serie de discursos y valores entorno al emprendimiento y que se adhieren a una razón o dimensión política de trazo neoliberal; comprendiendo así que la formación política va inmersa en todo tipo de enseñanza que se da, pues toda formación sin importar cuál sea, lleva en sí misma la dirección de un proyecto o razón política.

Por tanto, al definirse la formación en emprendimiento por la razón política neoliberal, se interioriza un *ethos* que asume su funcionalidad como el de una empresa, despolitizando, ocultando y cambiando la dimensión política de instituciones y sujetos, normalizándolos como agentes más dentro del mercado (lo cual también activa la omisión estatal de sus funciones político-sociales). De manera que esta formación va a la psiquis de la sociedad en conjunto, resultando de ello individuos aislados de las necesidades de su comunidad política e instituciones que legitiman lo que subyace bajo la razón neoliberal.

Siendo esto problemático, se torna aún más cuando es la universidad de origen público la que está difundiendo en una de sus áreas una formación de razón neoliberal. Incluso cuando coexiste en la Universidad una formación política de tinte democrático, es a la razón neoliberal por la que se interpeló a la universidad pública en esta investigación, que como se halló, bajo la formación en emprendimiento, la Universidad termina actuando como un ente instrumental del sector empresarial. Cuestión que debe ponerse en reflexión y debate, pues la universidad pública no puede asumirse como un actor más del mercado. Le corresponde deliberar sobre cómo este tipo de lineamientos afectan o no el esquema de formación política que la define como institución política de orden público, donde los escenarios de debate, crítica y reflexión son la esencia de su espíritu democrático, humanista y social.

Como diría José Saramago (1998), “la alternativa al neoliberalismo, es la conciencia”. Esta no se obtiene siguiendo parámetros ajenos, solo deliberando, conociendo las perspectivas y los modos de vida que tenemos todos, para al final consentir el que mejor nos conviene como sociedad (Gutmann, 2001). Así se debe asumir la universidad, pensando como institución académica que tiene una dimensión y responsabilidad política al establecer actividades formativas y de educación como el emprendimiento.

Referencias

Institucionales:

- Alcaldía de Medellín. (2004). *Plan de Desarrollo 2004-2007 Medellín: Compromiso de toda la ciudadanía*. Recuperado de https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_0_0/Shared%20Content/pdf%20codigo%20buen%20comienzo/Texto%20Completo%20Acuerdo%20Plan.pdf.
- Alcaldía de Medellín. (2008). *Plan de Desarrollo 2008-2011. "Medellín es Solidaria y Competitiva"*. Recuperado de <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpcccontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Plan%20de%20Desarrollo/Secciones/Publicaciones/Documentos/Gaceta%20Oficial%20Plan%20de%20Desarrollo.pdf>.
- Alcaldía de Medellín. (2008). *Cultura E – Medellín*. Recuperado de: https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_15/InformacinGeneral/Shared%20Content/Documentos/instrumentos/ps/CULTURA%20E.pdf
- Alcaldía de Medellín. (2012). *Plan de Desarrollo 2012-2015. Medellín, un hogar para la vida*. Recuperado de https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpcccontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Plan%20de%20Desarrollo/Secciones/Publicaciones/Documentos/PlaDesarrollo2012-2015/Plan%20de%20Desarrollo_baja.pdf.
- Alcaldía de Medellín. (2016). *Plan de Desarrollo 2016-2019. Medellín cuenta con vos*. Recuperado de https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_17/Publicaciones/Shared%20Content/Documentos/2016/PlandedesarrolloMunicipalConsolidadov229FEB16.pdf.
- Congreso de Colombia. (26 de enero de 2006). *Ley general de fomento a la cultura del emprendimiento*. (Ley 1014 de 2006). Colombia.
- OCDE, CEPAL, BID. (2016). *Perspectivas económicas de América Latina 2017: Juventud, Competencias y Emprendimiento*. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40721/LCG2689_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Universidad de Antioquia. (5 de marzo de 1994). *Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad de Antioquia*. (Acuerdo Superior 01 de 1994). Recuperado de http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/582e2ba1-c294-4515-961c-96530772faeb/EstatutoGeneral07_12_2011.pdf?MOD=AJPERES
- Universidad de Antioquia. (2004). *Por el cual se reforma el Programa Gestión Tecnológica*. (Acuerdo Superior 284 de 2004).

Universidad de Antioquia. (2006). *Plan de Desarrollo 2006-2016. Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país*. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/215c33a8-3909-484c-9b84c94a8459dc83/plan-dllo-2006-2016.pdf?MOD=AJPERES>

Universidad de Antioquia. (2016). *Plan de Desarrollo 2017-2026. Una construcción colectiva de la comunidad universitaria*. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/3046eec6-a9a1-4351-83d4-9e2898d8fd9a/PDI+UdeA+2017-2026+19-04-2017+CA.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true&id=1492613342867>.

Libros:

Apple, M. (1986). *Ideología y currículo*. Madrid: Ediciones Akal.

Castro, S. (2015). *Historia de la gubernamentalidad: Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Foucault, M. (2009). *Nacimiento de la biopolítica: curso del Collège de France (1978-1979)*. Madrid. Ediciones Akal.

Gutmann, A. (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Barcelona: Editorial Paidós Estado y Sociedad.

Laval, C. (2004). *La escuela no es una empresa: El ataque neoliberal a la enseñanza pública*. Barcelona: Editorial Paidós.

Laval, C., y Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Núñez, L., y Romero, C. (2003). *Pensar la educación. Conceptos y opciones fundamentales*. Madrid: Pirámide (Biblioteca Universitaria).

Artículos e informes:

Ararat, J. (2010). La ideología del emprendimiento. Una mirada desde el análisis crítico del discurso. *AD-minister*, (17), 5-33.

Benjumea, M., Gutiérrez, A., Jaramillo, O., Mesa, A., & Pimienta, A. (2011). Formación ciudadana (FC) y Educación para la Ciudadanía (EpC). Aproximaciones conceptuales y mínimos compartidos. *Revista Temas*, (5), 211-224.

Betancur, M., Stienen, A., y Uran, O. (2001). Capítulo 9. Construir Capital Social para configurar un entorno innovador en condiciones de debilidad político-Institucional. En publicación: *Globalización: cadenas productivas & redes de acción colectiva: reconfiguración territorial y nuevas formas de pobreza y riqueza en Medellín y el Valle de Aburrá*. Tercer mundo, 239-263.

Castañó, R. (2002). Colombia y el modelo neoliberal. Recuperado de http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/17535/2/ricardo_castano.pdf.

- Díez, E. (2016). La educación de la nueva subjetividad neoliberal. *LITORALES*. 1-18.
- Fuel, P. (2010). Parque E: Ecosistema para el emprendimiento innovador en Colombia. *Revista Soluciones de Postgrado EIA*, (6), 11-31.
- Hurtado, D., y Corrales, F. (2017). Espacios de socialización política y representaciones de la política en la Universidad de Antioquia. *Estudios Políticos*, (51), 1-22.
- Hurtado, E. (2005). El oficio de la etnografía política Diálogo con Javier Auyero. *Revista Íconos*, (22), 109-126.
- Hurtado, D., Zapata, O., Rojas, D., Cartagena, L., Giraldo, D., Echeverri, L., Londoño, J., Barragan, E., Tangarife, A., Perez, W., Marulanda, D. (2015). *Caracterización y análisis del gobierno universitario de la Universidad de Antioquia - Informe final condensado*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos.
- Macías, J. (2012). *Ciudadanos emprendedores en Medellín. La formación de ciudadanos orientados al mercado en un escenario neoliberal* (Tesis de Maestría). Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- Naranjo, G., e Hincapié, M. (1999). ¿Cómo se forma un público ciudadano?: luchas sociales y memoria urbana en Medellín.
- Ornelas, J. (2009). Capítulo 3. Neoliberalismo y capitalismo académico. En publicación: *Políticas de privatización, espacio público y educación en América Latina*. Homosapiens Ediciones CLACSO, 83-119.
- Saramago, J. [Selena Schlueter]. (1998). La alternativa al neoliberalismo se llama conciencia, por José Saramago. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=MzNRa2e7Miw>
- Tedmanson, D., Verduyn, K., Essers, C., & Gartner, W. (2012). Critical perspectives in entrepreneurship research. ResearchGate.
- Vargas, V. (2017). Nueva etapa para el CUEE (Comité Universidad – Empresa – Estado). *Universidad de Antioquia*. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/wps/portal/udea/web/inicio/udea-noticias/udea-noticia/>

Entrevistas, eventos y currículos:

- Funcionario # 1. (22 de junio de 2017). Entrevista de Alejandra Henao [Audio en mp3]. Unidad de Innovación. Medellín.
- Funcionario # 2. (18 de noviembre de 2017). Entrevista de Alejandra Henao [Audio en mp3]. Unidad de Innovación. Medellín.
- Funcionario # 3. (22 de septiembre de 2017). Entrevista de Alejandra Henao [Audio en mp3]. Unidad de Innovación. Medellín.
- Docente. (20 de febrero de 2018). Entrevista de Alejandra Henao [Audio en mp3]. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín.

- Unidad de Innovación, (22 y 23 de septiembre de 2017). Campamento Emprendedor. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- Nieto, C. (21 de febrero de 2018). *Transferencia de tecnología y Spin – Offs de Universidades, motor del emprendimiento e innovación de alto valor*. Conferencia llevada a cabo en Medellín, Colombia.
- Bauuer, G; Gómez, A; Tobón, M; Álvarez, M. (22 de febrero de 2018). *Conferencia y panel - Emprendimiento, innovación y liderazgo en el contexto global y local*. Conferencia llevada a cabo en Medellín, Colombia.
- Osorio, L; Pérez, A y Henao, S. (27 de febrero de 2018). *Programa experiencias empresariales “Universidad- empresa- Estado y desarrollo regional en Antioquia”*. Conferencia llevada a cabo en Medellín, Colombia.
- Curso Mentalidad Emprendedora. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de Antioquia.
- Curso Creatividad para Emprender. Facultad de Ingeniería. Universidad de Antioquia.
- Curso Emprendimiento. Facultad de Ingeniería. Universidad de Antioquia.
- Curso Empresarismo. Facultad de Ingeniería. Universidad de Antioquia.

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 solo incluye el año. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011)

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, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

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:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellido, A. A. & Apellido, 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. (año). 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://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Jurisprudencia

(Órgano, Sentencia y año)

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1994)

Para referenciar:

Legislación

País. Órgano que emite la norma. (Año). Norma. Título. Dónde fue publicada. Lugar. Año. Número.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 61. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

España. Ministerio de Justicia e Interior. (1994). Real Decreto 2364. Por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1994. no. 8, p. 779-815

Sentencias nacionales e internacionales

País. Órgano, Sentencia n° (año)

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-230 (2010)

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Colombia. Consejo de Estado, Radicación 10009987765555 (2010)

O

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 404

Teléfono: (57-4) 2195855

Medellín-Colombia