

# ADVOCATUS

VOLUMEN 19 No. 38 | JUNIO DE 2022 | BARRANQUILLA, COLOMBIA | ISSN 0124-0102 - ISSNe-2390-0202



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas





#### **DIRECTIVAS NACIONALES**

Presidente Nacional: JORGE ALARCÓN NIÑO

Rector Nacional: EDGAR SANDOVAL ROMERO

Censor: RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ

Director Nacional de Investigaciones: ELIZABETH VILLAREAL CORRECHA

#### **DIRECTIVAS SECCIONALES**

Presidente Delegada: BEATRIZ TOVAR CARRASQUILLA

Rector Seccional: SALVADOR RADA JIMÉNEZ

Director seccional de Investigaciones: WENDY ROSALES RADA

Censor: PATRICIA OLIVEROS BOLÍVAR

#### **DIRECTIVAS ACADÉMICAS**

Decana: ZHEJER GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

Directora Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociojurídicas: SANDRA VILLA VILLA

Directora Consultorio Jurídico (e): NUBIA PACHECO CODINA

Coordinadora Postgrados: BIBIANA SIERRA VEGA

Secretaria Centro de Conciliación: GLORIA MAZO RAMÍREZ



**Universidad Libre**  
Barranquilla

Apartado Aéreo 1752 Sede Principal de Barranquilla Km. 7 antigua carretera a Puerto Colombia  
Comunica a todas las dependencias PBX: 3673800

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Teléfono: 3673817

Centro de Investigaciones

Teléfono: 3673818

Postgrados: Fax: 3673855

e-mail: [coordinacioneditorial.baq@unilibre.edu.co](mailto:coordinacioneditorial.baq@unilibre.edu.co)

Editora: [sandra.villa@unilibre.edu.co](mailto:sandra.villa@unilibre.edu.co)

Facultad de Derecho

Universidad Libre

Barranquilla

ISSN Impreso: 0124-0102

ISSN Electrónico: 2390-0202

& Autores Varios

Diseño, Corrección de Estilo e Impresión  
**AF&M Producción Gráfica S.A.S.**



**MIAR**  
Matriz de Información para el  
Análisis de Revistas

**DOAJ** DIRECTORY OF  
OPEN ACCESS  
JOURNALS



**REDIB**  
Red Iberoamericana  
de Innovación y Conocimiento Científico



**Dialnet** **latindex**

Revista *Advocatus* es una publicación semestral del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. En ella se divulgan artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avance de estudios y de resultados de investigaciones jurídicas y socio-jurídicas. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la institución universitaria.

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité Editorial y la evaluación de pares científicos.

Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de individuos y grupos de investigación académicos y científicos.

# ADVOCATUS

VOLUMEN 19 No. 38 | JUNIO DE 2022 | BARRANQUILLA, COLOMBIA | ISSN 0124-0102 - ISSNe-2390-0202

**Directora de la Revista:** Mg. SANDRA VILLA VILLA

**Editores:** PhD YOLANDA FANDIÑO BARROS – Mg. SANDRA VILLA VILLA

**Asistente Editorial:** EVA GARCÍA CHARRIS

## COMITÉ EDITORIAL

**PhD MARIA ELENA ROMERO RIOS**

Universidad del Zulia, Venezuela

**PhD YOLANDA FANDIÑO BARROS**

Fundación Universitaria San Martín, Colombia

**PhD CARLOS PEÑA OROZCO**

Universidad Sergio Arboleda, Colombia

**PhD ALFREDO RAMÍREZ NÁRDIZ**

Universidad Libre Seccional Barranquilla, Colombia

**PhD VERA VILLA GUARDIOLA**

Universidad Autónoma del estado de Morelos– México

## COMITÉ CIENTÍFICO

### ITALIA

**PASQUALE SOFIA**

Universidad Roma Tre

### ESPAÑA

**JOSÉ TUDELA ARANDA**

Universidad de Zaragoza

**SAMER ALNASIR**

Universidad Carlos III de Madrid, España

**JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ**

Universidad de Murcia- España

### ESTADOS UNIDOS

**MARIO DE LA ROSA**

PhD. de FIU - Miami

### COLOMBIA

**CRISTÓBAL ARTETA RIPOLL**

Universidad del Atlántico

### EL SALVADOR

**ANA LIGIA GUADALUPE RODRÍGUEZ**

Universidad Dr. José Matías Delgado



#### **PROFESORES INVESTIGADORES**

SANDRA VILLA VILLA  
CRISTÓBAL ARTETA RIPOLL  
RACHID NADER ORFALE  
YOLANDA FANDIÑO BARROS  
RAMÓN PACHECO SÁNCHEZ  
VILMA RIAÑO GONZÁLEZ  
JUAN VERGARA MÁRQUEZ  
ALEJANDRO BLANCO ZUNIGA  
ALFREDO RAMÍREZ NÁRDIZ  
PATRICIA MORRIS BOLANO

# Contenido

## Content

### **Editorial** 11

*Sandra Villa Villa*

*Universidad Libre Seccional Barranquilla*

### **ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN**

### **Responsabilidad internacional del Estado colombiano en el marco de la protesta social** 15

***International responsibility of the colombian State within the framework of social protest***

*Margarita Rosa Rodelo García (Corporación Universitaria Rafael Núñez)*

*Vidal Niebles Mejía (Corporación Universitaria Rafael Núñez)*

*Brenda Paola Camargo González (Corporación Universitaria Rafael Núñez)*

### **The predicament situation on reform of farm laws VIS-À-VIS dilution of government control vs. farmer's freedom in India** 43

***La situación predicante de la reforma de las leyes agrícolas vis-à-vis, dilución del control gubernamental vs. libertad del granjero en la India***

*Kshemendra Mani Tripathi (Banaras Hindu University, India)*

*Arpit Sharma (Nirma University, India)*

### **Enfoque de la descentralización en el Distrito de Cartagena. Una mirada a la Ley 2082 de 2021** 51

***Approach to decentralization in the District of Cartagena. A look at Law 2082 of 2021***

*Luis Miguel Villareal (Universidad de Cartagena)*

*Jaime Bermejo Galán (Universidad Simón Bolívar)*

### **De la pacificación a la paz territorial en el posacuerdo: heterotopía contrahegemónica de los DDHH** 65

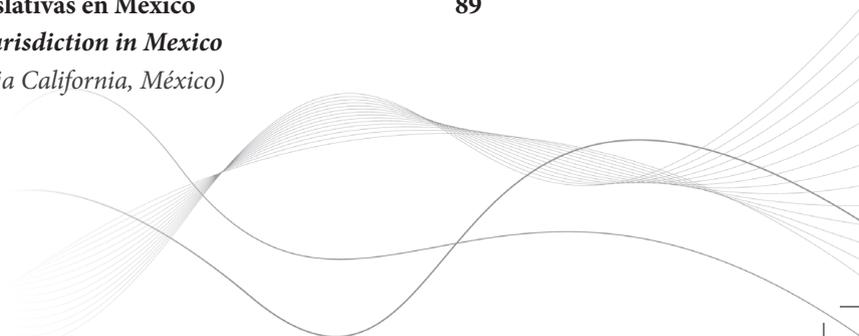
***From pacification to territorial peace in the post-agreement: heterotopia counterhegemonic of Human Rights***

*Seuxis José Hernández Villarreal (Universidad Santo Tomás)*

### **El Estado federal y la distribución de competencias legislativas en México** 89

***The Federal State and the distribution of the legislative jurisdiction in Mexico***

*Luis Xavier Garavito Torres (Universidad Autónoma de Baja California, México)*



<b>Incidencia sociojurídica y periodística de los medios de comunicación en procesos judiciales</b>	<b>107</b>
<i>Socio-Legal And Journalistic Incidence Of The Media In Judicial Proceedings</i>	
<i>Valeria Gutiérrez Erazo (Universidad Libre)</i>	
<b>Mecanismo de articulación interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano en territorio colombiano</b>	<b>121</b>
<i>Interinstitutional articulation mechanism for the control of insecurity phenomena arising from venezuelan migration flow in colombian territory</i>	
<i>Juan Felipe González Ríos (Universidad Cooperativa de Colombia)</i>	
<i>Héctor Geovanni González Ríos (Universidad Cooperativa de Colombia)</i>	
<i>Jorge Luis Restrepo Pimiento (Universidad del Atlántico)</i>	
<b>La nación en la era posmoderna: ¿existe todavía?</b>	<b>137</b>
<i>Nation in a postmodern era: does it exist yet?</i>	
<i>Juan Camilo Puentes (Universidad Eafit )</i>	
<b>Derechos laborales de la mujer en el contexto digital en Colombia</b>	<b>161</b>
<i>Labor rights of women in the digital context in Colombia</i>	
<i>Daniela Viveros Rengifo (Universidad Libre)</i>	
<b>La adopción por familias monoparentales en las legislaciones de Colombia y México</b>	<b>179</b>
<i>Adoption by single-parent families in the legislation of Colombia and Mexico</i>	
<i>Vera Judith Villa Guardiola (Universidad Autónoma de Guerrero, México)</i>	
<i>Ángela Patricia Gallego Betancur (Universidad Autónoma de Guerrero, México)</i>	
<i>José Antonio Soto Sotelo (Universidad Autónoma de Guerrero, México)</i>	
<b><u>ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN</u></b>	
<b>Aproximación a la historia de la sexualidad en el mundo occidental desde la modernidad</b>	<b>195</b>
<i>Approach to the history of sexuality in the Western world from Modernity</i>	
<i>Wilmar Alexander Martínez Hincapié (Universidad del Norte)</i>	
<b>Epistemología en el Derecho</b>	<b>209</b>
<i>Epistemology in Law</i>	
<i>Luis Eduardo Cerra Jiménez (Universidad Libre)</i>	

# Editorial

SANDRA VILLA VILLA  
Editora

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9756>

Antes de compartir el recorrido de la edición N° 38 de la revista, quisiera agradecer por todas las muestras de afecto y reconocimiento que hemos recibido por parte de la comunidad académica. Cada edición llega con energías renovadas, enfrentados a desafíos cada vez mayores, y con la certeza de ir afianzándonos como una revista de gran calidad y a la vanguardia en los temas que interesan a docentes, estudiantes y a los lectores en general.

Recordando los inicios de este sueño, de editar una revista, en la que fuera posible plasmar el quehacer académico de profesores, que día a día buscan inquietamente, mostrar la evolución desde los diferentes temas que abordan, donde plasman sus ideas y aportan el conocimiento adquirido con el paso del tiempo; hoy podemos afirmar que hemos consolidado el sueño inicial.

Querido lector, en la revista “Advocatus”, encontraras artículos escritos por profesionales con enfoques jurídicos y socio-jurídicos, versados en la materia que exponen y presentando diversos aspectos del saber científico. Esos artículos tienen el propósito de mostrar como vamos en materia de tecnología, y además, exponer puntos de vista en temas de impacto como lo es La protesta social; por otra parte se aborda el asunto de como vamos en materia de Descentralización administrativa basada en la ley 2082 de 2021. Un asunto que jamás perderá vigencia es la paz, aquí será tocado y enlazado con el derecho internacional Humanitario con el artículo “De la pacificación a la paz territorial en el posacuerdo:

---

1 Directora del Centro de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Universidad Libre Seccional Barranquilla, Colombia. [sandra.villa@unilibre.edu.co](mailto:sandra.villa@unilibre.edu.co)

heterotopía contra hegemónica de los DDHH”. Así también los “Derechos laborales de la mujer en el contexto digital en Colombia” ocupan renglones importantes de este registro; se finaliza este compilado de Artículos de investigación científica y tecnológica con “La nación en la era posmoderna: ¿existe todavía?”

Dándole cierre a la obra, se encontrarán con el acostumbrado artículo de reflexión y la Reseña, escritos de manera exquisita por sus autores. De esa forma se finaliza esta nueva entrega, cargada de conocimiento y que esperamos sea del agrado de todos ustedes.



# ADVOCATUS



## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



# Responsabilidad internacional del Estado colombiano en el marco de la protesta social<sup>1</sup>

## International responsibility of the Colombian State within the framework of social protest

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9744>

### Resumen

El Estado debe ser garante de la seguridad ciudadana y del mantenimiento del orden público, como lo señala el artículo 2 de la Constitución, pero también debe velar por el cumplimiento de los derechos humanos en territorio y por los tratados y convenios internacionales que haya firmado o ratificado. El objetivo principal de este artículo es hacer un análisis de la responsabilidad internacional del Estado en el marco de la protesta social. En este sentido, se discute el derecho a la protesta social nacional e internacionalmente, la criminalización y los límites impuestos a este derecho, el papel que desempeñan los medios de comunicación y, finalmente, la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes en la limitación al ejercicio de esta protesta, así como la falta de políticas y su regulación. Mediante el análisis de fuentes y la revisión de datos, con base en el método analítico-sistemático, se consultan fuentes bibliográficas y documentales para tener un panorama más claro sobre este tema. El trabajo concluye que el Estado es responsable internacionalmente por la acción u omisión de sus agentes y, en este sentido, debe responder frente al hecho ocurrido en el marco de la protesta, en el entendido de las garantías internacionales y constitucionales que tiene este derecho autónomo.

**Palabras clave:** Agentes estatales, derecho a la protesta, derechos humanos, responsabilidad del Estado, responsabilidad internacional del Estado.

### Abstract

The State must be a guarantor of citizen security and the maintenance of public order as stated in article 2 of the constitution, but it must also ensure compliance with human rights in the territory, as well as international treaties and conventions signed and ratified by it. The main object of this article is to make an analysis of the international responsibility of the State in the framework of social protest, in this sense the right to social protest is discussed nationally and internationally, criminalization and the limits imposed on this right, the role played by the media and finally the responsibility of the State for the action or omission of its state agents in limiting the exercise of social protest as well as the lack of policy and regulation of this, through the analysis of sources and review of data based on the analytical-systematic method, bibliographic and documentary sources will be reviewed that will allow to give the reader a clearer panorama on the subject in question. The work concludes that the State is internationally responsible for the action or omission of its agents and in this sense it must respond to the fact that occurred within the framework of protest in the understanding of the international and constitutional guarantees that this right has as an autonomous right.

**Keywords:** State Agents, Right to protest, Human Rights, State Responsibility, International State Responsibility.

### Margarita Rosa Rodelo García

Doctoranda en Derecho por la Universidad Rovira I Virgili. Máster en Derechos Constitucionales por la Universidad de Valencia España. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Barranquilla. Abogada de la Corporación Universitaria Rafael Núñez. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Rafael Núñez. Miembro del Grupo de investigación Andrés Bello. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9901-7632>, [margarita.rodelo@curvirtual.edu.eco](mailto:margarita.rodelo@curvirtual.edu.eco); [margaritarosa.rodelo@estudiants.urv.cat](mailto:margaritarosa.rodelo@estudiants.urv.cat).

### Vidal Niebles Mejía

Estudiante del programa de derecho. Miembro del semillero de investigación Rafael Wenceslao Núñez Molledo, adscrito al grupo de investigación Andrés bello, Corporación Universitaria Rafael Núñez. [bnieblesm18@curvirtual.edu.co](mailto:bnieblesm18@curvirtual.edu.co)

### Brenda Paola Camargo González

Estudiante del programa de derecho. Miembro del semillero de Investigación Rafael Wenceslao Núñez Molledo, adscrito al grupo de investigación Andrés bello, Corporación Universitaria Rafael Núñez. [bcamargog18@curvirtual.edu.co](mailto:bcamargog18@curvirtual.edu.co)

### Cómo citar:

Rodelo, M. R., Niebles, V. & Camargo, B. P. (2022). Responsabilidad internacional del Estado colombiano en el marco de la protesta social. *Advocatus*, 19(38), 13-40. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9744>



### Open Access

### Recibido:

8 de abril de 2022

### Aceptado:

26 de mayo de 2022

<sup>1</sup> Artículo inédito que se deriva del proyecto titulado "Responsabilidad internacional del Estado colombiano", financiado por la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria Rafael Núñez y adscrito al Grupo de Estudios Jurídicos en la línea de derecho público. Grupo de investigación: Andrés Bello.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia protege el derecho que tiene toda persona a reunirse libremente, a manifestarse y a expresarse con libertad. El artículo 20 del capítulo “Derechos fundamentales” expone que toda persona es libre de expresarse y difundir su pensamiento, garantizando así la libertad de expresión. En el artículo 37 se reconoce la protesta social: “Toda persona tiene el derecho de protestar libremente y manifestarse pública y pacíficamente” (Constitución Política de Colombia, 1991). Sin embargo, en Colombia y Latinoamérica se han vivido una serie de protestas sociales sumergidas bajo la represión del Estado, que se han agudizado en medio de la pandemia producto del virus Covid-19.

La sociedad y la vida cambiaron a raíz de los factores de pobreza, hambre y desigualdad social que se profundizaron durante la pandemia. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), en su último informe de 2020, los niveles de pobreza en Latinoamérica ascendieron a 209 millones de personas, 22 millones más que el 2019, situando la tasa de pobreza en el 33,7% de la población (CEPAL, 2021)<sup>2</sup>. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), en Colombia el nivel de pobreza pasó de 35,7 a 42,5% en 2020, de acuerdo con el censo del 29 de abril de 2021

(DANE, 2021)<sup>3</sup>, reflejando la crisis económica y social que dejó la pandemia. Todas estas situaciones, sumadas al naciente proceso de paz y posconflicto generaron una esfera de inconformidades y malestar social que tiene al pueblo colombiano en las calles, producto de esa profunda desigualdad, pobreza, corrupción y el mal camino en el proceso de paz.

Esta protesta no tiene su origen en la pospandemia, como se sostiene, pues ya se venía gestando una gran inconformidad por parte del pueblo colombiano, producto del mal manejo del gobierno de turno en temas como la economía, la seguridad, el cumplimiento de los acuerdos, las reformas pensionales y educativas, entre otros aspectos, que promovieron el histórico paro del 21 de noviembre de 2019. Antecedieron las protestas de Chile y Ecuador que dejaron decenas de muertos, pero que generaron un cambio político estructural en esos países. No obstante, pese a la expectativa, en Colombia se produjo una gran represión a la protesta y terminó mermando con la pandemia del Covid-19.

En el año 2021 la crisis se profundiza en todos los sectores por la pandemia, la sociedad sale a las calles durante lo que se ha denominado la protesta social más grande en Colombia, iniciada el día 28 de abril, y que hoy cumple tres meses de paro continuo, lleno de inconformidades por parte de la sociedad civil.

2 Según la Cepal (2020), se calcula que en Latinoamérica la pobreza extrema se sitúa en el 12,5%.

3 Según el DANE, en Colombia la pobreza extrema pasó al 15,1% del total nacional.

Estas protestas han sido objeto de represión por parte del gobierno, poniendo en jaque a la sociedad, en un desgaste permanente. Lejos de ser un tema meramente coyuntural, estos problemas responden a lo que Gutiérrez Sanín (2014) denomina como “anomalía” del sistema político colombiano. Pues la estabilidad que muestra el país va acompañada de una constante represión. “Entre 1910 y 2010, Colombia se caracterizó por tener un régimen político democrático con una extraordinaria estabilidad y continuidad y, simultáneamente, altísimos niveles de represión acompañados por dos “ciclos de represión exterminadora” (Gutiérrez Sanín, 2014, p. 12).

Aumada (1996) señala que en Colombia ha existido un largo indicio de criminalizar a quienes no están de acuerdo con el gobierno. Los sectores políticos señalan como ‘terrorismo’ a cualquier manifestación de protesta social.

Gargarella (2007) sostiene que es determinante observar en qué medida los Estados respetan los derechos humanos y pone de presente las obligaciones en el plano internacional. Esta posición mantiene los principios del derecho internacional, por cuanto se concibe la coexistencia entre el derecho internacional y el derecho interno, lo cual supone la trascendencia y valoración de los derechos humanos y su universalidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sienta un precedente histórico con la Sentencia ATC722-2021, que define la importancia de la protesta social a la luz de los derechos

fundamentales. Entonces, surge la pregunta: ¿El Estado colombiano es responsable por los hechos ocurridos durante la protesta social? Partiendo de los preceptos internacionales y llegando al ordenamiento interno se plantea la hipótesis de que el Estado soporta una responsabilidad internacional y por políticas de criminalización se han estigmatizado las protestas en los medios de comunicación y en la vida política y social, olvidando la importancia de la protesta como un derecho humano.

Este artículo analiza, desde un punto de vista jurídico, si el Estado es responsable o no por la acción u omisión de sus agentes en el marco de protesta social. Se revisa la satanización y criminalización de que ha sido objeto este ejercicio social por la falta de políticas y regulación, ignorando las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este estudio se realiza a partir de una metodología analítica-sistemática, que permite analizar los sucesos del pasado para comprender el estado actual y futuro de esa responsabilidad.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿El Estado colombiano es responsable internacionalmente por los hechos cometidos por sus agentes durante la protesta social?

## METODOLOGÍA

Este artículo es producto de una investigación original e inédita de carácter jurídico que revisa aspectos de la jurisprudencia, doctrina,

normativa internacional y nacional, mediante el análisis de fuentes y revisión de datos que permite consultar fuentes bibliográficas y documentales para tener un panorama más claro sobre el tema en cuestión.

Desde punto de vista jurídico se revisa esta responsabilidad con el propósito de contribuir al análisis y la discusión reflexiva sobre el momento histórico que vive el país, teniendo presentes las políticas de criminalización y el papel de los medios de comunicación.

la investigación se desarrolla con una metodología analítica-sistemática, que permite analizar cada aspecto dentro del objeto de estudio. En ese sentido, se estudiaron de manera minuciosa la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en el marco nacional e internacional, así como en el Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos, para obtener conclusiones generales aplicables al caso colombiano. La técnica utilizada es la interpretación y análisis de documentos escritos, el uso de nuevas tecnologías, red de internet, bibliotecas y otras fuentes.

### **ESQUEMA DE RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Este artículo se desglosa en tres partes: 1. Aspectos fundamentales del derecho a la protesta y su reconocimiento nacional e internacional. 2. Límites al ejercicio de la protesta social, forma como se ha criminalizado a través de las políticas de gobierno e influencia de los medios de comunicación en el ejercicio de

la protesta social. 3. Responsabilidad internacional del Estado colombiano.

### **PLAN DE REDACCIÓN**

1. Derecho a la protesta social: aspectos fundamentales del derecho en los ámbitos nacional e internacional. 2. Límites y criminalización al ejercicio de la protesta social. 2.1 Límites al ejercicio de la protesta social. 2.2 Criminalización de la protesta social. 2.3 Los medios de comunicación en el ejercicio del derecho a la protesta. 3. Responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a la protesta social.

#### **1. Derecho a la protesta social: aspectos fundamentales del derecho en los ámbitos nacional e internacional**

La protesta social se considera un elemento fundamental en un Estado democrático y de derecho. Se halla protegida por un compendio normativo nacional e internacional. Entre los derechos que respaldan la protesta social se encuentran la libertad de expresión, de reunión y asociación, que garantizan las formas de expresión individuales y colectivas en defensa de los derechos humanos enmarcados en la primera y segunda generación de los derechos político, civiles, económicos, sociales y culturales, en la búsqueda del bien colectivo y el desarrollo de los pueblos.

La mayoría de los países garantizan la reunión pacífica y el derecho de asociación, especialmente los Estados que contienen leyes concretas que rigen el ejercicio de estos

derechos. El Instituto Nacional de Derechos Humanos hace alusión a que en diversos casos la legislación interna incluye motivos de restricción adicionales a los previstos en las normas internacionales de derechos humanos o la existencia de ambigüedades (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014)<sup>4</sup>.

Para algunos autores la protesta social está asociada con el derecho de reunión. Manzo Ugas (2018) advierte que el derecho de reunión es la consagración “intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto” (p. 22). El mismo autor sostiene que las manifestaciones abarcan las asambleas, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. Mientras que Gargarella (2007) señalan que la protesta social es el primer derecho y el derecho a tener derecho, porque se aplica en la esfera de hacer cumplir los demás derechos. Sin un derecho como la protesta social todos los demás derechos estarían en amenaza o riesgo de ser vulnerados. En ese mismo sentido, el autor hace una concesión de la protesta como una forma de libertad de expresión, siendo fundamental en la construcción del derecho a protestar. En este punto se pueden destacar dos premisas: a) importancia del derecho de reunión, que desempeña un papel dinámico en la movilización del pueblo, la manera como se reclama y los deseos o aspiraciones del grupo de personas que está protestando, que puede llegar a ejercer una influencia política,

y b) la conexidad de la libertad de expresión con el derecho de reunión, que se orienta bajo la forma de expresar ideas, visiones y valores.

En esta última concepción, la CIDH sostiene que la protesta social es

Una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilizarían de la situación de discriminación y marginalización de un grupo (Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2019).

En la sociología se reconoce que la protesta social es fenómeno que se relaciona con la naturaleza del conflicto, que es un rango distintivo de la acción colectiva de los movimientos sociales. El conflicto es visto consustancial a la convivencia social pero no se puede entender como algo negativo o perjudicial. En ese sentido, “el dinamismo de la sociedad y la existencia de diferencias y desacuerdos en los distintos espacios de convivencia (...) es posible comprender a la protesta como un fenómeno que desborda la dimensión expresiva que el derecho constitucional sugiere y, así, avanzar en una significación política de la protesta como una lucha entre grupos sociales” ( Bassa Mercado

4 Informe del relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, 2012.

& Mondaca Garay, 2019, p. 119). Por su parte, Lozano (2001) lo concibe como un fenómeno de carácter ideológico-cultural, una lucha abiertamente reconocida entre grupos sociales opuestos, que se caracteriza por sopesar una valoración de las situaciones existentes y consigo las expectativas que se tiene por parte de cada grupo social concentrados “en los repertorios tácticos empleados, en las formas de acción colectiva y en la tipología general de los conflictos sociales” (Lorenzo Cadarso, 2001, p. 13).

De ahí la importancia de vincular el concepto de protesta social con el derecho, ligada a las libertades garantizadas constitucionalmente, pero que en gran medida son evidentes las limitaciones “cuando los principios troncales del constitucionalismo son puestos en diálogo con las nociones básicas de la protesta, tales como el conflicto social, el antagonismo político y la acción política colectiva desinstitucionalizada” (Bassa Mercado & Mondaca Garay, 2019, p. 106).

Debido a la importancia de las protestas sociales y la interrelación con los demás derechos, Gargarella (2007) considera que se constituye en un factor determinante observar en qué medida los Estados respetan el disfrutar los derechos humanos en el plano internacional.

La reunión pasiva se concibe desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 20, señalando que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de

asociación pacífica, aunque esto sólo produce vínculos de carácter moral. Cabe aclarar que la transformación de los deberes jurídicos estatales se materializa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que recoge los derechos de libertad clásicos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como instrumentos generales en el Sistema Universal de Naciones Unidas, que exponen la importancia y el reconocimiento de la protesta como un derecho humano. El pacto de derechos políticos y civiles, artículo 9, proclama que “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Análogamente, el artículo 21 de forma explícita manifiesta que el derecho de reunión no puede ser restringido a capricho de los gobernantes, siendo éste un derecho que sostiene la democracia y que sólo se puede limitar en ciertas circunstancias normativas:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cobija el derecho de la huelga y el de poder expresarse libremente en su artículo 8, sosteniendo que los Estados parte deben promover y garantizar dichos derechos.

Este mismo análisis se recoge en el Sistema Universal de Derechos Humanos en la Convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial en el artículo 5, delimitando las obligaciones de los Estados parte de la Convención, que deben garantizar el derecho de reunión y asociación pacífica, en particular de su goce y disfrute<sup>5</sup>.

En tanto que en América Latina se refleja un panorama, que lejos de mostrar un verdadero consenso social, profundiza la desigualdad, la represión constante y las limitaciones al ejercicio de la protesta social. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los países de esta región consideran la movilización como una forma de alteración del orden público, indicando que: “producto de una concepción arraigada que considera a la movilización ciudadana como una forma de alteración del orden público o como una amenaza a la estabilidad de las instituciones democráticas” (Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2019). En este sentido,

5 Artículo 5: “(...) los Estados Parte se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica”.

la región está alejada de la concepción en cuanto a las obligaciones internacionales de los Estados de garantizar, proteger y facilitar las manifestaciones de carácter público y en última ratio el uso de la fuerza bajo la luz de los preceptos nacionales e internacionales, como se muestra en el Código de conducta para funcionarios encargados de cumplir y hacer cumplir la ley, artículo 3: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas” (Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979).

En los términos del Sistema Interamericano de Derecho Humanos aprobada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en la cual se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos de 1969, como instrumentos fundantes de la organización de los Estados Americanos y en ese orden de ideas deben ser cumplidas por los Estados parte. El artículo IV de la Declaración Americana de Derecho Humanos refleja el espíritu del derecho a la libertad de expresión: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre , 1948). En virtud de proteger los derechos de libertad de expresión y de reunión, el artículo XXI de la Declaración de Derechos Humanos puntualiza que “toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre , 1948).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos promulga estas mismas libertades en los artículos 13, 15 y 16, comenzando por el derecho de expresión, considerado para la CIDH como un ejercicio de la libertad de expresión, artículo 13 de la convención, “la difusión de información y articulación de demandas constituyen objetivos centrales de las protestas” (Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2019).

La protesta social se vincula estrechamente con el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención<sup>6</sup>, en el que se reconoce abiertamente el derecho de reunión pacífica y sin armas, pero también manifiesta que tal derecho puede ser sujeto de restricción mediante una ley, teniendo presentes algunos factores como el orden público, la seguridad ciudadana y la democracia, en aras de proteger otros derechos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1966).

6 Artículo 15 de la Convención América de Derechos Humanos.

Dada la importancia y la fuerza que ha tomado la protesta social en las últimas décadas y su fundamentación internacional introducida en los territorios a través de la constitucionalización de los derechos humanos, algunos autores como Manzo Ugas (2018) sostienen que “La protesta, como derecho constitucional, se origina en el disenso ante las decisiones del ente que está por encima de los individuos y la forma como este acepta y maneja el desacuerdo: si lo regula y limita o, por el contrario, lo permite. La tendencia dominante es a regular, por diferentes causas, la protesta y todo lo que ella signifique, pero, ante todo, limitar.” (p. 20).

Las obligaciones internacionales responden a fundamentos de comportamiento y de resultado, es decir, en obligaciones de hacer y de no hacer “las obligaciones erga omnes y las obligaciones de Estado a Estado. No se origina responsabilidad por no haber violación de obligaciones internacionales” (Figueroa Bastidas, 2016, p. 30). En ese sentido, un derecho lesionado en el ámbito interno bajo los instrumentos internacionales genera responsabilidades por parte de los Estados.

En Colombia, la protesta social se halla establecida en el artículo 37 de la Constitución nacional:

Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho (Constitución Política de Colombia, 1991)

La protesta social responde también a libertad de expresión, desarrollada en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, sumado a las garantías de la libertad de asociación (artículo 38) y el derecho de huelga (artículo 56), que son fundamentos normativos de la protesta social en el país, pues estos derechos están ligados a la protección constitucional. De la misma manera, son derechos vinculados naturalmente en su esencia a la protesta social y, en ese sentido, respaldan la necesidad del debate político.

Es importante aclarar que las normas internacionales y nacionales establecen que se pueden imponer algunos límites para el ejercicio de tales derechos, pero en Colombia este ejercicio se debe regular mediante una norma estatutaria, según la Constitución Política, artículos 152 y 153. Al respecto, existe una fuerte discusión sobre las atribuciones del actual Código de Policía que reguló algunos aspectos de la protesta y las manifestaciones en la Ley 1801 de 2016, pues se considera que debe ser una ley estatutaria la que regule este derecho, concebido como fundamental. En ese sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-223/17, estableció la inexequibilidad de los artículos 45 a 75 que regulaban tales circunstancias. En dicha sentencia, la Corte Constitucional explica la trascendencia y el carácter fundamental del derecho de reunión y manifestación pública, concebido bajo el artículo 37 de la norma superior y del artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, manifestando que “la interrelación y la interdependencia existente

entre los derechos fundamentales de reunión, protesta pública pacífica, libertad de expresión y los derechos políticos, de modo tal, que la realización o la violación de los primeros, implica el logro o la afectación de los demás, lo que resultaba determinante para el examen del cargo de violación de reserva de ley estatutaria” (Corte Constitucional, 2017).

En su momento, la Corte Constitucional manifestó que la norma demandada afectaba el núcleo esencial de los elementos estructurales del derecho, poniendo límites y restricciones que afectan en algún modo su estructura y principios básicos, “lo que obliga a que esa regulación deba ser expedida por los procedimientos de la ley estatutaria y no por los de la ley ordinaria” (Corte Constitucional, 2017).

En el 2018, la Corte Constitucional colombiana reiteró que el derecho de reunión y manifestación es concluyente para conservar la democracia participativa y el pluralismo, pues “sus limitaciones deben ser establecidas por la ley y, para que sean admisibles, deben cumplir con el principio de legalidad y, por lo tanto, ser previsibles” (Corte Constitucional, 2018).

Por último, la Corte Suprema de Justicia en 2021 no sólo concibe el derecho a la protesta como un derecho fundamental, reconociendo su importancia en el orden territorial para el sostenimiento de la democracia y la participación pluralista, sino que también sostiene que evidentemente es un problema nacional que requiere tomar medidas urgentes debido

a la intervención violenta, desproporcionada y sistemática de la fuerza pública en las manifestaciones.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia sienta un precedente histórico con la Sentencia ATC722-2021, ordenando a las autoridades a adoptar medida para garantizar el ejercicio del derecho de reunión, la suspensión “de las escopetas calibre 12 usadas por los Escuadrones Móviles Antidisturbios de la Policía Nacional (Esmad), la neutralidad del gobierno nacional incluida la no estigmatización de quienes protestan, la conformación de una ‘mesa de trabajo’ para reestructurar las directrices del uso de la fuerza y la presentación de disculpas del Ministro de Defensa por los excesos registrados en la movilización del 21 de noviembre de 2019” (Corte Suprema de Justicia, 2021).

Esta decisión es producto de la búsqueda constante por salvaguardar los derechos humanos y constitucionales, como dice la Corte Suprema, para “disentir y a hacer público su pensamiento” (Corte Suprema de Justicia, 2021).

## **2. Criminalización y límites al ejercicio de la protesta social**

El artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles reconoce el derecho de reunión en el que se rescatan algunos aspectos fundamentales que limitan el ejercicio de la protesta, como la seguridad nacional o el orden público, la protección a la salud, pro-

teger la moral pública y los demás derechos y libertades.

### **2.1. Límites al ejercicio de la protesta social**

La libertad de reunión y manifestación pública no son un derecho absoluto y deben sujetarse a una serie de requisitos que se legitiman por la ley.

El artículo 15 de la Convención Americana reconoce el derecho de reunión y manifestación pública que, si bien se considera ligada al derecho de expresión, de libertad política y asociación, entre otros, tiene un carácter individual y la limitación de su ejercicio debe darse bajo ciertos criterios. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado en su jurisprudencia que “un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

En el mismo artículo, la Convención Americana delimita los factores en el ejercicio de la protesta, bajo lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustenta que si bien el orden público y la seguridad nacional son una característica determinante para la limitación del ejercicio de reunión, el uso de la fuerza no puede ser desproporcionada, como se señala en la sentencia del 4 de julio de 2007, caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador: “sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado

y hayan fracasado todos los demás medios de control” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En esencia, en la misma sentencia la CIDH deja constancia de que el uso de la fuerza de armas letales y armas de fuego contra personas civiles está prohibido en forma general, que su uso excepcional debe estar formulado en los preceptos de la ley y su aplicación debe ser restrictiva y minimizada. Además, su utilización debe darse en condiciones estrictamente necesarias “en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Con idénticas características se mantiene el artículo 37 de la Constitución Política de Colombia, sobre lo cual la Sentencia C-024 de 1994 precisa que el orden público es límite del ejercicio del derecho de reunión, pero manifiesta contundentemente que esa limitación no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas:

El orden público debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. En una democracia constitucional este marco constituye el fundamento y el límite del poder de policía, que es el llamado a mantener el orden público, orientado siempre en beneficio del goce pleno de los derechos.

En ese sentido, la preservación del orden público no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, puesto que el desafío de la democracia es permitir el más amplio y vigoroso ejercicio de las libertades ciudadanas (Corte Constitucional, 1994).

El orden público y los demás derechos, según la Constitución Política (artículos 1 y de 2), no pueden ser violentados por el ejercicio de la protesta social. Algunos autores como Tilly (1978), Gamson (1990), Gurr y Lichbach (1986) y Carey (2006) en Bonner (2018) entienden que estos preceptos han dejado en cabeza de los líderes políticos y del gobierno la represión de las protestas. Bonner (2018) muestra que unos gobiernos reprimen más que otros, pues “las democracias establecidas reprimen las protestas menos que los regímenes autoritarios o las nuevas democracias. En este enfoque, se presupone que los líderes políticos o el gobierno piden a la policía que reprima las manifestaciones y la policía obedece las órdenes” (p. 20).

El artículo 37 deja a criterio de la ley establecer los casos en los cuales se puede limitar el derecho a la protesta social, “la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho” (Constitución Política de Colombia, 1991). En definitiva, los líderes políticos que hacen las leyes son los mismos que buscan reprimir al pueblo, de tal manera que “pueden establecer leyes que extienden el espectro de las situaciones en las cuales se espera que la policía use la

represión (...) Se supone que la policía pondrá en práctica estas leyes” (Bonner, 2018, p. 20) Por un lado, se fundamenta el reconocimiento en Colombia como un derecho autónomo, pero por otro, se limita mediante la legislación y las políticas de Estado.

## **2.2 Criminalización de la protesta social**

Las políticas de seguridad y defensa nacional en las últimas décadas se han desarrollado bajo preceptos de represión a la protesta social, que Betancur (2016) define como una estrategia de estigmatización y criminalización. Esta autora sostiene que el proceso de modernización del Estado refleja un profundo fortalecimiento de represión de la protesta social, calificándola como parte del discurso terrorista, “el término ‘terrorismo’ es definido de manera tan amplia que fácilmente puede ser aplicado a cualquier manifestación de protesta social” (Aumada Consuelo, 1996, p. 157).

Las políticas de seguridad en los últimos periodos han demarcado unos límites al ejercicio de la protesta social. El Estatuto de Seguridad Democrática del gobierno de Turbay Ayala (1978-1982), el Estatuto para la Defensa de la Democracia del presidente Virgilio Barco (1986-1990), el Estatuto para la Defensa de la Justicia de la Administración de César Gaviria (1990-1994) y el Estatuto Antiterrorista de Álvaro Uribe (2002-2006) demarcaron el camino para criminalizar la protesta. La seguridad democrática del expresidente Uribe penalizó con más fuerzas la protesta social con un discurso de odio y “la estigmatización y la exclusión de las propuestas que no empa-

tizan con su proyecto de régimen autoritario” (Betancur Betancur, 2016).

En el marco del derecho penal interno no existe una prohibición explícita del derecho a la protesta, pero sí una articulación que penaliza los actos violentos cometidos durante la protesta. En el Código Penal Colombiano se encuentran contemplados los siguientes: artículo 353, que penaliza la perturbación en servicio de transporte público, artículo 353 A, obstrucción a vías públicas que afecten el orden público y artículo 469, sobre las asonadas (Ley 599 de 2000 ). En ese orden de ideas, no se penaliza la protesta como tal si no a quien obstaculice la vía pública, perjudicando la vida y la seguridad alimentaria, entre otros derechos.

La Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012, declara la exequibilidad del artículo demandado (353A) y aluce que no viola el ejercicio del derecho a la protesta. Esta corporación manifiesta que la obstrucción en vía pública no puede entenderse como el mero hecho de cerrar una calle sino, que ello represente un riesgo evidente a los derechos básicos de terceros y dejó claro que para iniciar o llevar a cabo una protesta social no se requiere de permiso alguno, pero sí de un aviso a la autoridad administrativa, es decir, una mera “información”.

La misma sentencia dice que la Constitución da facultades a la ley para establecer los casos en que se puede limitar el ejercicio de reunión y manifestación, señalando que no dejó ex-

presamente los valores o derechos que deben proteger para delimitar la reunión sino que delega tal facultad en el legislador. En palabras de la Corte Constitucional, es una tarea del juez estudiar tales límites aceptables desde el espíritu de la Constitución: “facultad general al legislador para determinar los casos en los cuales se puede limitar su ejercicio, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás” (Corte Constitucional, 2012).

El Código de Policía y Convivencia Ciudadana (Ley 1801 de 2016) contiene disposiciones que regulan la protesta social de forma pacífica, englobando, por una parte, el deber que tienen las autoridades para proteger y respetar los derechos humanos y, por otro, la regulación especificada en el título VI. Actualmente, el título VI de este código se encuentra en un limbo jurídico, debido a la declaratoria de inexecutable expuesta por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-223/17, pues considera que los derechos de reunión y manifestación pública se deben regular mediante una ley estatutaria, como lo establece la Constitución Política de Colombia.

Posteriormente, en el 2018, mediante Sentencia C-009/18, la Corte Constitucional declaró exequible algunos apartes del artículo 53 del

Código Nacional de Policía, considerando que se debe dar aviso de la manifestación o protesta a la autoridad administrativa, ya que éstas producen aglomeración y disrupción en el espacio público. La alta corporación enuncia que, si bien, se debe dar aviso para la realización de la protesta, este es un mero requisito de carácter informativo, más no un permiso para ejercer el derecho de manifestarse, bajo el entendido de que tal aviso “tiene el objetivo de que la administración despliegue la logística necesaria para garantizar el ejercicio de los derechos a la reunión y a las manifestaciones en espacios públicos, el debido acompañamiento y, además, asegurar el orden público y social” (Corte Constitucional, 2018).

En términos de Donatella & Diani (2012), la represión no es más que una forma con la que cuenta la autoridad administrativa para contener la protesta cuando se encuentra vulnerando derechos de terceros. En palabras de Cruz (2015), en las últimas décadas, incluyendo el gobierno de Juan Manuel Santos, se observa la criminalización y represión a la protesta social. Según este autor, la “criminalidad y el terrorismo”, enmarcadas en la Ley de Seguridad Ciudadana, es un límite flagrante al ejercicio de la protesta, puesto que penaliza la protesta “no lícita”<sup>7</sup> y busca retirar del articulado “Por medios lícitos” (art. 353 A) “para que todo bloqueo de vías sea penalizado, independientemente si se realiza por medios

7 En este análisis surge la siguiente pregunta: ¿qué es la protesta no lícita? Entonces, se dice que es la que se realiza de forma no pacífica, contraria a la protesta lícita enmarcada en la Constitución.

lícitos o ilícitos” (Cruz Rodríguez, 2015). Frente a este debate, la Ley de Seguridad Ciudadana superó la exequibilidad en Sentencia C-742 de 2012, en la que se establece que la expresión “por medios lícitos” es válida, toda vez que responde a la penalización de los hechos que van en contra de la Constitución y las leyes. En esta misma sentencia se conceptualizó que el término “por medios lícitos”, según la alta Corporación, hace referencia a “aquellos que efectivamente están prohibidos y a los cuales se les enlaza una penalidad coherente con la Constitución” (Corte Constitucional, 2012).

Los límites que establece el orden constitucional y legal no pueden ser ejercidos de forma arbitraria por parte del poder administrativo y del poder policial, se debe hacer conforme a las disposiciones sociales y democráticas de derecho, los límites a su autoridad deben ser racionales y proporcionales, de acuerdo con los principios constitucionales.

En palabras de Burbano (2018), se puede decir que la protesta en Colombia no es criminalizada estrictamente, bajo el entendido de la acepción de la palabra, ya que “existen delitos que, al parecer, están dirigidos a judicializar actos relacionados directamente con el derecho de protesta, bajo el supuesto de su extralimitación o abuso” (p. 13).

### **2.3 Los medios de comunicación y el ejercicio del derecho a la protesta**

No se puede dejar de lado el tema de la criminalización de los medios de comuni-

cación hacia la protesta social. La libertad de expresión es un derecho fundamental garantizado en el ordenamiento interno y en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 19 y 27.1), el Pacto de Derechos Políticos y Civiles (apartados 2 y 3), en el que se proclama la libertad de expresión. En ese sentido, se puede inferir que la libertad de expresar incluye la libertad de prensa, constituyéndose en un dogma y un principio fundamental en el derecho internacional. En estos mecanismos se prevén límites al ejercicio de este derecho, de acuerdo con instrumento como la Convención de la Haya de 1922 que impone no fomentar emisiones o comunicaciones que puedan derivar en un conflicto, como lo destaca la convención sobre las restricciones a la difusión internacional de emisiones o comunicaciones para no fomentar conflictos bélicos.

Con estos instrumentos se busca respetar el derecho a la libre expresión y, en esa misma línea, generar límites a la criminalización y al odio. No obstante, en Colombia este ejercicio ha sido sesgado. Por un lado, están los medios de comunicación que representan a las grandes cadenas y, de otro, los medios independientes. Los primeros han generado polarización y criminalización de la protesta social, como lo han indicado diversas organizaciones. Según el Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep), en palabras de Ana María Restrepo, “el cubrimiento se reduce a registrar el disturbio o las afectaciones, por ejemplo, en el caso de bloqueos de vías, no sólo deslegiti-

ma, sino que desinforma. En la mayoría de los cubrimientos de los medios de comunicación masiva poco se habla de las demandas de las organizaciones y poco se escucha la voz de líderes y lideresas” (Vera, 2020). En ese mismo sentido, De justicia (Centro de Estudios Jurídicos y Sociales) presenta un informe sobre la situación de la protesta social bajo un marco desconcertante, manifestando que las grandes cadenas presentan una realidad centrada en el comercio y la fuerza pública y, por otro lado, se demuestran por medio de video en las calles el mal uso de la fuerza:

El nivel de desinformación y falta de claridad sobre los hechos ocurridos desde el 28 de abril hasta el 5 de mayo son altos. Algunos medios de comunicación televisivos, siguiendo la narrativa gubernamental, han hecho énfasis en ataques que se han presentado a edificios de entidades públicas, comercios o medios de transporte en el contexto de la protesta y han prestado menos atención a los excesos en el uso de la fuerza por parte de la policía. En contraste, las redes sociales han circulado ampliamente distintos videos que dan cuenta de múltiples ataques de la fuerza pública a manifestantes e incluso observadores, sobre todo jóvenes (Dejusticia, 2021).

Es claro que los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental en la divulgación de la información, sobre todo en materia de derechos humanos, pero se denota la línea política y las opiniones marcadas que imprimen tales medios. Son ellos quienes puede marginar o legitimar la protesta con la

información que emitan, como sostienen algunos autores “el cubrimiento dado por los medios de comunicación a protestas sociales puede legitimar o, por el contrario, marginar grupos de protesta que desafían el *status quo* (McLeod & Detenber, 1999).

La polarización y la concentración en las acciones de la protesta, más que en los propios pedidos del pueblo, le dan un tinte de deslegitimidad a las manifestaciones. En el documento presentado por Dejusticia (2021) se afirma que las informaciones públicas tienden a concentrarse más en las acciones de los que protestan que en sus problemas o reclamos, enfatizan sus acciones violentas y no sus críticas sociales, los colocan enfrentados a la policía y no con el blanco real de la protesta, todo lo cual reduce su efectividad.

Por su parte, los medios independientes han sufrido la limitación del ejercicio de la libertad de expresión, por lo cual la Comisión Interamericana ha realizado una recomendación puntual en este aspecto.

### **3. Responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a la protesta social**

La responsabilidad del Estado es un aspecto importante del estudio en el derecho internacional público cuando viola o infringe las normas u obligaciones jurídicas.

El Estado es responsable de los actos ilícitos y crímenes internacionales cometidos por

sus agentes, así como los derivados de los particulares, independientemente de la responsabilidad individual.

Es importante resaltar que la responsabilidad estatal es un principio del Derecho Internacional, recogido en diversas jurisprudencias, como por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en los casos del canal de Corfu, el relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y el del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, que establecen la claridad tal principio (Aizenstatd, 2012).

Aizenstatd (2012) sostiene que el cumplimiento de estos principios genera ciertas obligaciones internacionales, lo que supone que para que exista un incumplimiento internacional debe haber una conducta que se pueda atribuir al Estado. De otro lado, la CIDH en los casos Valle Jaramillo contra Colombia y Altos Barrio contra el Estado del Perú orienta el principio de la responsabilidad internacional de los Estado bajo el entendido que los Estado firmantes de la carta de la OEA adquieren la responsabilidad de cumplir. En diversas ocasiones “el Tribunal ha declarado la responsabilidad internacional del Estado colombiano por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos humanos [y, en ese sentido,] haber faltado a sus deberes de prevención y protección” (Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2008). Así mismo establece la responsabilidad internacional reconocida en el artículo 63.1 de la Convención en los siguientes términos: “Es un principio de Derecho Internacional que toda violación

de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (Corte Interamericana De Derechos Humanos, 2008).

Considerando los preceptos de la CIDH, la responsabilidad internacional se concibe como principio fundamental del derecho internacional, obligando al Estado a remediar todo daño producido por sus agentes o particulares<sup>8</sup>.

Desde su conformación, el Estado colombiano establece el principio de responsabilidad estatal (artículos 1 y 2) y en forma estricta en el artículo 90 de la Constitución Política, indicando que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades” (Constitución Política, artículo 90). Esta responsabilidad se infiere de los tratados internacionales firmados por los Estados que soportan dichas obligaciones, permitiendo la internacionalización del derecho constitucional en figuras como el bloque de constitucionalidad, “que no es más que aquellas normas y principios que han sido incluidas en la Constitución Colombiana del 1991, como un parámetro de control de las leyes, permitiendo la constitucionalización del derecho internacional y la aplicación del control de convencionalidad” (Rodelo García , 2020, p. 79).

8 Como pasó en Colombia con la creación de los paramilitares, la Corte señaló la responsabilidad del Estado en la masacre de Mapiripán.

Los tratos y convenios internacionales entran a hacer parte del bloque de constitucionalidad, lo que deja ver la importancia de la teoría monista moderada<sup>9</sup> a la que hace referencia la Corte Constitucional en relación con el status especial que se le da a los tratados internacionales en esta materia, proporcionándoles el mismo nivel jerárquico de la Constitución Política, pero nunca por encima de ella (Corte Constitucional, 1998).

Esta figura jurídica permite que Colombia, como miembro de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, adquiriera responsabilidades en el marco internacional. Por una parte, es firmante en el contexto del Sistema Universal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 22 de 1981), y por otro, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972). Estos instrumentos contienen las garantías del derecho a la protesta que implican la responsabilidad de los Estados firmantes, los cuales fueron aprobados y ratificados por Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad mediante el artículo 93.

En efecto, estas normas internacionales sumadas a la Resolución del Consejo de Naciones Unidas buscan la promoción y protección de los derechos “y de evitar en particular las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las detenciones y reclusiones arbitrarias, las desapariciones forzadas y las torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Consejo De Naciones Unidas, 2014, p. 2).

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en los años 2020 y 2021 emitió el informe anual sobre la situación de derechos humanos que vive el país y, particularmente, abordó el tema de la protesta social, señalando que:

La protesta social tenía como propósito manifestar la oposición a determinadas políticas del gobierno relacionadas con reformas pensionales, laborales y tributarias, así como también la exigencia de impulsar acciones contra la corrupción, el cumplimiento del Acuerdo de Paz y la reanudación de los diálogos con el ELN. El ACNUDH notó con preocupación que, en algunos casos, la policía respondió de manera desproporcionada a incidentes aislados de violencia (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020, p. 5).

Y en el 2021 le reiteró al Estado colombiano la importancia de su responsabilidad internacional sobre las garantías al derecho de la protesta, indicando que los miembros del Es-  
mad no están cumpliendo con las normas de

9 En la Sentencia C-400-98, la Corte Constitucional acogió el monismo moderado como teoría orientadora para entender las relaciones entre el derecho internacional y el derecho colombiano. La sentencia sustentó esta teoría en la doctrina de Alfred Verdross.

los estándares internacionales para el uso de la fuerza:

Exhortó a las instituciones del Estado a responder a las manifestaciones pacíficas de conformidad con las normas y estándares internacionales y ofrece la asistencia técnica del ACNUDH en esta materia. Urgió a la policía a integrar de forma rigurosa las normas y estándares internacionales relacionados con el uso de la fuerza en sus protocolos y procedimiento (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2021).

En ese mismo sentido, resaltó la importancia de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de septiembre de 2020, en la que se exhorta de igual forma a la transparencia y la rendición de cuenta en los casos de abuso de la autoridad (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2021, p. 18).

En el esfuerzo internacional por garantizar los derechos humanos en la región se encuentran dos órganos importantes en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la primera, se desprenden tres pilares importantes: el Sistema de Petición Individual, el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y la atención a líneas temáticas prioritarias.

Dentro de ese sistema de monitoreo de la situación de derechos humanos, la CIDH emite

recomendaciones a los Estados con el fin de fomentar el respeto por los derechos humanos: “Esta es una de las funciones mandatadas a la Comisión para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas” (Comisión Interamericana De Derechos Humano).

En el campo que ocupa esta investigación, recientemente la comisión realizó una visita a Colombia para observar la situación de derechos humanos, específicamente en el contexto de la protesta social. De dicha visita resultaron 41 recomendaciones, lo cual demuestra la grave situación del país frente al inconformismo de la ciudadanía. Entre las recomendaciones aparecen las siguientes:

En cuanto a recomendaciones generales, resulta muy importante promover un diálogo nacional con enfoque territorial que “permita la escucha de todos los sectores, en especial a aquellos que han sido más afectados por discriminación histórica, social y estructural en el país” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 41).

En lo que respecta a la protesta, son dos recomendaciones que denotan la importancia del ejercicio de este derecho a la luz de los tratados internacionales: 1) “Respetar y garantizar el pleno goce del derecho a la protesta, a la libertad de expresión, a la reunión pacífica y a la participación política de toda la población” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 42). 2) “Elaborar y aprobar una ley estatutaria que regule los alcances y limitaciones del

derecho a la protesta en Colombia, de acuerdo con lo dictado por la Corte Suprema y en conformidad a los estándares internacionales en la materia” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 42).

Otra recomendación tiene que ver con el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza en el marco de las protestas. La CIDH recomienda realizar los operativos de seguridad “con estricto apego a los protocolos del uso legítimo de la fuerza y en cumplimiento a los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad establecidos en los estándares internacionales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 42). En el mismo sentido, cabe resaltar que se deben “tomar las medidas necesarias para el cese inmediato del uso desproporcionado de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad de Colombia en el marco de las protestas sociales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 43). Otra recomendación tiene que ver con la separación de la policía y el Esmad del Ministerio de Defensa Nacional, con el fin de garantizar un enfoque de derechos humanos.

Respecto al traslado de las personas por protección, la CIDH se refiere enfáticamente a la toma de medidas para restringir tal figura, manifestando que se deben “Tomar las medidas necesarias para restringir el uso de la figura del traslado por protección a situaciones de debilidad o vulnerabilidad, circunstancial o permanente de personas en concordancia con el Código Nacional de Policía y Convivencia

Ciudadana” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 44).

Respecto al papel del periodismo y la libertad de expresión, CIDH hace cuatro recomendaciones tendientes a garantizar el derecho de la libertad de expresión:

- Garantía conforme a estándares internacionales y la protección de los periodistas frente a la persecución.
- La garantía de independencia de los medios.
- Brindar proactiva y periódicamente información sobre el funcionamiento de las redes de internet, con el fin de que las denuncias sobre eventuales interrupciones y bloqueos sean contrastables con información técnica actualizada y accesible.
- Cesar las actividades de categorización policial de contenidos como “falsos” o “verdaderos” y abstenerse de asignar calificaciones estigmatizantes o tendientes a la criminalización de quienes se expresan a través de internet sobre las protestas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 46).

En cuanto a la vinculación jurídica de estas recomendaciones, es imprescindible precisar que aun cuando no tiene una fuerza vinculante porque la CIDH no opera como órgano jurisdiccional, la Corte en sentencia de Caballero Delgado y Santana del 8 de diciembre de 1995 sostiene que el término de recomendación debe orientarse bajo las reglas de interpretación y que dichas recomendaciones no comportan

una responsabilidad a los Estados y, por ende, no son obligatorias:

El término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1995).

Pese a esto, se podría decir que si bien su cumplimiento no es obligatorio, su incumplimiento podría llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos humanos, bajo los preceptos jurisdiccionales de ésta “en cumplimiento de esa función contenciosa determina la responsabilidad de los Estados por las presuntas violaciones a los derechos humanos; luego ésta también cumple una función de supervisión de los fallos cuya importancia es verificar la eficacia del cumplimiento de los mismo” (Rodelo García, 2020). Los jueces internos deben dar cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo “un instrumento eficaz para construir un *iuscommune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales” (Quienche, 2009, p. 63).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con el reconocimiento de los Estados firmantes, que avalan su jurisdicción.

En el artículo 62.1 se le “confiere a la Corte atribuciones para resolver en materia de interpretación o aplicación de esta Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005), lo cual la convierte en el tribunal que interpreta la Convención para garantizar los derechos humanos en la Región.

## RESULTADOS

En el objeto de estudio, la Corte Interamericana se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la importancia y la responsabilidad de los Estados frente al derecho de manifestación contenida en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso *Escher y otros vs. Brasil*, la CIDH alude que “puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009). Otro ejemplo importante es el caso de las Mujeres víctimas de tortura sexual en *Atenco vs. México*, en el que no sólo se viola el derecho de manifestación pacífica, sino que se observaron otras violaciones a los derechos humanos como la tortura y otros tratos crueles. En este caso la CIDH advierte que “el uso de la fuerza constituyó, además, una restricción inadecuada de su derecho de reunión consagrado en el artículo 15 de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2018).

Así mismo, la CIDH ha manifestado que los Estados deben hacer un uso proporcional de

la fuerza. El hecho de garantizar la seguridad ciudadana no significa que pueda usarse la fuerza y el monopolio de uso exclusivo para violar los derechos de las personas aun en tiempo de Estado de Excepción, como resulta reflejado en el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En el caso de Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, esta Corte precisa que el uso de la fuerza debe ser proporcional por parte de los agentes del Estado, en tanto pone de manifiesto que “el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

La CIDH sostiene que el uso de la fuerza debe estar de acuerdo con los preceptos internacionales en cuanto al Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los principios básicos para el empleo de la fuerza, entre otros instrumentos. Por esta razón, considera que el uso de la fuerza debe ser el último instrumento de coerción cuando se hayan agotado y fracasado todos los demás medios de control. Estas concepciones se reflejan en el caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela, en el que consta el reconocimiento de las obligaciones de los Estados y el cumplimiento de los preceptos e instrumentos internacionales, sin olvidar que el Estado debe garantizar la seguridad y el orden públi-

co en sus territorios (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

No obstante, cabe recordar que el Estado no puede dejar de lado el cumplimiento de la normatividad internacional, considerando que su poder no es ilimitado y que ha adquirido unos compromisos internacionales.

En lo referente a la criminalización de la protesta y al ejercicio de los medios de comunicación, la CIDH reitera que no se debe generalizar bajo los estereotipos y calificaciones de violenta, deslegitimando la protesta social. Es deber de los medios de comunicación hacer un ejercicio de su derecho de expresión, pero también es propicio el respeto en los términos usados para referirse a los manifestantes o la colectividad en general. La CIDH menciona en el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile:

La Corte recibió prueba pericial, testimonial y documental, así como informes de expertos de Naciones Unidas, que dan cuenta de la existencia en medios de comunicación social y en partes de la sociedad chilena de estereotipos desfavorables y la concepción de lo que denominan como “la cuestión mapuche”, el “problema mapuche” o el “conflicto mapuche”, que deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del pueblo indígena Mapuche o califican su protesta social de forma generalizada como violenta o la presentan como generadora de un conflicto entre dicho pueblo y el resto de la población de la zona

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Otro aspecto importante tiene que ver con el abuso de la policía y las detenciones arbitrarias, en los cuales la CIDH en casos como *Cantoral Benavidez vs. Perú* y *Godínez Cruz vs. Honduras* declara responsable a los Estados por las detenciones arbitrarias y las desapariciones forzadas. La Corte sienta una línea jurisprudencial sobre la responsabilidad internacional del Estado por los hechos cometidos por sus agentes frente al abuso, las detenciones irregulares, las desapariciones forzadas y las torturas.

En los aspectos judiciales se declara responsable a los Estados por la violación a los principios de legalidad, falta de investigación e irretroactividad, como el caso de *Corte Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, en el que 270 empleados, luego de haberse manifestado contra el gobierno, fueron retirados de sus cargos y judicializados. Tales hechos configuran un evidente límite a los derechos y principios señalados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Finalmente, es importante rescatar que la CIDH, en el caso concreto de la protesta social, sostiene que el Estado debe facilitar y proteger a sus ciudadanos de acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que erige la obligación estatal por el respeto a las libertades y derechos consagrados en dicho pacto, lo cual trae consigo “el deber de los Estados par-

tes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2019).

Si bien, bajo la norma internacional se concibe que los gobiernos pueden colocar límites al ejercicio de la protesta a través de una ley interna, también es cierto que ello no implica un desfase en las políticas de gobierno que superen los aspectos de la norma internacional y, sobre todo, la garantía y su obligación internacional.

Lo anterior refuerza la hipótesis inicial que sostiene que el Estado es responsable internacionalmente por los hechos cometidos por sus agentes. Soportados en los principios, normas y obligaciones internacionales las diferentes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan muestra de dicha responsabilidad, que obliga al cumplimiento de los instrumentos internacionales firmados y ratificados, como es el caso de Colombia.

## CONCLUSIONES

Se puede concluir que, por un lado, Colombia es un país firmante de los distintos tratados en materia de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y, en ese sentido, aun cuando el Estado colombiano se encuentre en un Estado de Excepción, como lo expone el artículo 214 de la Constitución Política, debe

respetar los derechos humanos en todo tiempo. El Estado tiene unas obligaciones internacionales que cumplir de acuerdo con instrumentos internacionales como la Carta de Estados Americanos, la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos humanos, la convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial (artículo 5) y los demás instrumentos que integran el Sistema Universal.

Ahora bien, estos instrumentos internacionales respaldan el derecho de manifestación y reunión, y ponen de presente la importancia del derecho a la protesta social en el marco internacional. En concordancia, Colombia se vería inmersa en una responsabilidad internacional por lo actos cometidos por sus agentes en el marco de la protesta social desde el año 2019 a la fecha, dado que estos casos podrían llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el cumplimiento de las funciones internas del Sistema Interamericano. La CIDH ha condenado al Estado colombiano por hechos cometidos por sus agentes encargados de hacer cumplir la ley, debido a las violaciones de derechos humanos y el mal uso de la fuerza. De igual forma ordena el deber que tiene el Estado de investigar internamente y realizar las respectivas acciones ante la justicia ordinaria<sup>10</sup>.

La CIDH destaca la importancia de la libertad de expresión y reunión. Ha sido clara cuando expresa que el hecho de no tolerar las violaciones a los derechos humanos implica una reparación a las víctimas y una verdadera muestra de que la sociedad busca la justicia<sup>11</sup>.

Adicionalmente, la CIDH ha declarado la responsabilidad del Estado colombiano en cuanto se refiere a la libertad de pensamiento, de acuerdo con el artículo 13 (Libertad de pensamiento y expresión) y la libertad de asociación, artículo 16 (Derecho a la libertad de asociación)<sup>12</sup>. Es enfática en las obligaciones internacionales de los Estados firmantes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, en ese sentido, de su responsabilidad en el cumplimiento de los instrumentos internacionales. En cuanto a las violaciones contra personas que se encuentran protestando o en cumplimiento de su deber periodístico, la CIDH en su último informe sobre la protesta social describe que “Cuando los hechos de violencia cometidos contra personas que se encuentran en una protesta, ya sea cubriendo el suceso como periodistas o participando directamente en el reclamo, quedan en la impunidad, esto puede generar un silenciamiento y una autocensura para los futuros manifestantes” (Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2019).

10 CIDH, caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 143; Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 144, y caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C N° 192, párr. 101.

11 CIDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.

12 CIDH, caso Jesús Valle Jaramillo vs Colombia, caso masacre de La Rochela vs. Colombia, Cepeda Vargas vs. Colombia, masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.

Actualmente Colombia enfrenta una recomendación, que si bien es cierto no tiene un valor jurídico vinculante, sí es un precedente dentro de las funciones de la Comisión Interamericana y su visita in loco, el Estado colombiano debe asumir su compromiso internacional y cumplir con tales recomendaciones, teniendo de presente lo siguiente:

- Separar el cuerpo policial del ejecutivo, pues brindaría una mayor separación y desconcentración del poder ejecutivo. “Separar a la Policía Nacional y su Esmad del Ministerio de Defensa con el fin de garantizar una estructura que consolide y preserve la seguridad con un enfoque ciudadano y de derechos humanos, y evite toda posibilidad de perspectivas militares” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).
- Se ha reiterado persistentemente la importancia de redactar una norma estatutaria, toda vez que la norma contempla que los derechos y libertades fundamentales tiene que regirse bajo una norma de este carácter, no como sucede hoy que un código policial que no tiene rango de norma estatutaria regula este derecho fundamental.
- Reconocer la importancia de investigar los hechos sucedidos durante la protesta social y crear rutas de articulación e investigación
- En el planteamiento presentado por la Comisión Interamericana se debe “garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con los es-

tándares interamericanos, en particular, mediante la protección de los periodistas, comunicadores y trabajadores de los medios frente a persecuciones, intimidaciones, hostigamientos, agresiones de cualquier tipo, y mediante el cese de acciones estatales que intervengan con el libre funcionamiento de los medios de comunicación” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

- El uso de la fuerza teniendo presente los estándares internacionales. Las armas no letales de “control del orden público estén sometidas a un protocolo estricto que prevenga y sancione su uso en grave afectación de la integridad y salud de personas manifestantes” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Cabe señalar que ya existen precedentes judiciales en el ámbito internacional en cuanto a la protección de la protesta social, como los casos de Chile, Venezuela y México, en los que la Corte Interamericana ha declarado responsable a los Estados por las diversas violaciones al derecho de manifestación, reunión y otros derechos humanos que son violados en el marco de las libertades.

Otro tema gira alrededor de la criminalización de la protesta social; por un lado, de las normatividades vigentes, y por otro, de los medios de comunicación. En Colombia no se puede decir abiertamente que no se criminaliza la protesta, pues no existe una norma que lo prohíba. Sin embargo, el Código de Policía habla de un aviso. En ese sentido, la

Corte Constitucional hace alusión a que es un mero aviso de formalidad que en ningún momento se convierte en límite, más bien se puede entender como un proceso de trámite para que las autoridades tomen las medidas de protección a los manifestantes. Por otra parte, se observan normas como la Ley de Seguridad Ciudadana, la Ley 1453 de 2011 y las políticas gubernamentales de los últimos 20 años que reflejan un desconcierto en la limitación a tales derechos, puesto que ponen de presente su propia política de criminalización, aludiendo que “la seguridad ciudadana”, como una política de Estado, ha llevado a criminalizar al pueblo que protesta.

Así mismo, el ejercicio de libertad de prensa se ha visto limitado en el marco de lo que se denomina el Estado Social de Derecho, pues los grandes medios de comunicación se han dedicado a reflejar los intereses gubernamentales que están muy alejados de la realidad social, mientras que los medios independientes han visto el cierre de sus canales e, incluso, algunos comunicadores han perdido la vida en la defensa de los derechos humanos.

En cuanto a estas restricciones, la CIDH ha sido enfática en sostener que no se puede generalizar la protesta social bajo los estereotipos y calificaciones de violenta, deslegitimizándola. Es deber de los medios de comunicación hacer un ejercicio de su derecho de expresión, pero también es propicio el respeto en los términos que emplean para referirse a los manifestantes o la colectividad en general.

Por último, es importante destacar la posición de la Corte Suprema de Justicia, pues sienta un hito histórico y un precedente en cuanto dispone que la protesta social es un derecho fundamental y, por lo tanto, el Estado debe darle todas las garantías, ya que sostiene la democracia y la participación del pueblo. En la Sentencia ATC722-2021 se ordena a las autoridades adoptar medidas para garantizar el derecho de reunión, la suspensión de ciertas armas letales, la confirmación de meses de trabajo para reestructurar las directrices del uso de la fuerza y dejar de estigmatizar a las personas que protestan (Corte Suprema de Justicia, 2021).

## BIBLIOGRAFÍA

- Aizenstatd, N. A. (2012). La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, p. 9.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Bogotá.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Bogotá.
- Aumada Consuelo, C. (1996). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora.
- Bassa Mercado, J., & Mondaca Garay, D. (2019). Protesta social y derecho: una tensión irresoluble social. *Izquierdas*, 105-136.

- Betancur Betancur, M. S. (2016). Del Estatuto de Seguridad al estado comunitario: veinticinco años de criminalización de la protesta social en Colombia. *OSAL, Observatorio Social de America Latina*, 19(IV), 179-224.
- Bonner, M. (2018). *La gestión policial de la protesta en Argentina y Chile*. Chile: RIL Editores. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unilibre/106283?page=20>.
- Burbano, C. (2018). *¿Cómo se rige la protesta pacífica en Colombia? El ejercicio y la garantía de un derecho fundamental*. Bogotá: Fundación Ideas para la Paz (FIP).
- Cepal (2021). *Panorama social de América Latina 2020*. Publicación de las Naciones Unidas.
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979).
- Comisión Interamericana de Derechos Humano (s.f.). *Seguimiento de recomendaciones*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/actividades/seguimiento/default.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). Observaciones y recomendaciones: Visita de trabajo a Colombia.
- Consejo de Naciones Unidas (2014). *A/HR-C/25/L.20*.
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1966).
- Corte Constitucional (1994). *Sentencia C-024*.
- Corte Constitucional (2017). *Sentencia C-223/17*.
- Corte Constitucional (2018). *Sentencia C-009/18*.
- Corte Constitucional (1998). *Sentencia C-400-98*.
- Corte Constitucional (2012). *Sentencia C-742 de 2012*.
- Corte Constitucional (2012). *Sentencia C-742*.
- Corte Constitucional (2018). *Sentencia C-009/18*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos un Cuarto de Siglo 1979-2004*. San José, CR: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos humanos (2018). Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Díaz Loreto y otros vs. Venezuela.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995). Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Caso de Corte Baena Ricardo y otros vs. Panamá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Sentencia Valle Jaramillo contra Colombia*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Escher y otros vs. Brasil.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ).
- Corte Suprema de Justicia (2021). *Sentencia ATC722-2021*.
- Cruz Rodríguez, E. (2015). El derecho a la protesta social en Colombia. *Pensamiento Jurídico* (42), 47-69.
- DANE (2021). Informe Declaración Comité de Expertos en Pobreza. Publicación de pobreza monetaria extrema y pobreza monetaria. Bogotá D.C.: Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Dejusticia (2021). Colombia 2021: una nueva amenaza de crisis en materia de derechos humanos. Informe de situación de las protestas ocurridas en Colombia desde el 28 de abril al 5 de mayo 2021. Bogotá.
- Dejusticia (2021). Informe de situación de las protestas ocurridas en Colombia desde el 28 de abril al 5 de mayo 2020 a mayo 2021. Bogotá.
- Donatella, D., & Diani, M. (2012). Los movimientos sociales. *RES, Revista Española de Sociología* (18), 163-167.
- Figuroa Bastidas, G. E. (2016). *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano: compatibilidad y concurrencia de los regímenes de responsabilidad del Estado, ámbitos internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Gargarella, R. (2007). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Gutiérrez Sanín, F. (2014). *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: IEPRI.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Protesta social y derechos humanos: estándares internacionales y nacionales*. Chile: Maval.
- Ley 599 de 2000 (s.f.) por la cual se expide el Código Penal.
- Lorenzo Cadarso, P. (2001). *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Madrid: Siglo XXI.
- Manzo Ugas, G. A. (2018). Sobre el derecho a la protesta. *Novum Jus*, 12(1), 17-55. doi:<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.2>.
- McLeod, D.M., & Detenber, B. H. (1999). Framing Effects of Television News Coverage on Social Protest. *Journal of Communication*.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.).
- Quienche, M. (2009). El control de convencionalidad en el sistema americano. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional* (12), 63.
- Relator Especial para la Libertad de Expresión (2019). *Protesta y Derechos Humanos*.

Estándares sobre los derechos involucrados en la respuesta estatal. Washington D. C: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Rodelo García, M. (2020). *Aproximación crítica a la responsabilidad del Estado por crímenes de guerra*. Madrid: Editorial Académica Española.

Vera, M. F. (2020). Cinep. Obtenido de <https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/tag/Movilizaci%C3%B3n%20social.html>.

# The predicament situation on reform of farm laws VIS-À-VIS dilution of government control vs. farmer's freedom in India

## *La situación predicante de la reforma de las leyes agrícolas vis-à-vis, dilución del control gubernamental vs. libertad del granjero en la India*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9745>

### Abstract

The purpose of writing this paper is to give a holistic view of farm law and the viewpoint of the legal provisions unveiling them in contrast to existing laws and issues. The paper is divided into three segments wherein the first segment authors discuss the viewpoints of the requirement of this law and how this law passed. In the second segment, the authors unveil the new farms act and its legal provision for comprehending the structure that the government portrays. In the third segment, the authors focused on the interim order of the apex court wherein the real problem about the question of law is still untouched. The outcome of the paper gives an idea about the new farm law and the issues and also existing issues of the present farm laws.

**Keywords:** Farm law, Agro-Ordinance, Farmer's right, Supreme Court of India.

### Resumen

Este artículo brinda una visión holística de la Ley Agrícola y el punto de vista de las disposiciones legales que las revelan en contraste con las leyes y temas existentes. Está dividido en tres segmentos: en el primero se discuten los puntos de vista sobre el requisito de esta ley y cómo fue su aprobación. En el segundo segmento se desvela la Ley de las Nuevas Granjas y su disposición legal para comprender la estructura que retrata el gobierno. Por último, se analiza la orden provisional de la Corte Suprema en la que el problema real sobre la cuestión de la ley aún no se ha estudiado. Como conclusión se da una idea sobre las nuevas leyes agrícolas y los problemas que enfrentan.

**Palabras claves:** Derecho agrícola, ordenanza agrícola, derecho del agricultor, Tribunal Supremo de la India.

### Kshemendra Mani Tripathi

Associate Professor of Law,  
Faculty of Law, Banaras Hindu  
University. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6845-8507>  
[kshemendratipathi@gmail.com](mailto:kshemendratipathi@gmail.com)

### Arpit Sharma

Assistant Professor of Law,  
Institute of Law, Nirma  
University, Ahmedabad. ORCID:  
<https://orcid.org/0000-0001-8883-260X>  
[arpitt.sharma@gmail.com](mailto:arpitt.sharma@gmail.com)

### Cómo citar:

Kshemendra, M. T., & Arpit, S. (2022). the predicament situation on reform of farm laws VIS-À-VIS dilution of government control vs. farmer's freedom in India. *Advocatus*, 19(38), 41-47. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9745>



Open Access

### Recibido:

16 de julio de 2021

### Aceptado:

16 de noviembre de 2021

*None to praise, very few to love it*  
Wordsworth's Lucy-

## INTRODUCTION

In the present era where the country is fighting against the Covid19 an ordinance promulgated by the President of India i.e. The Farmers' Produce Trade and Commerce (Promotion & Facilitation) Ordinance 2020 and the Farmers (Empowerment and Protection) Agreement on Price Assurance and Farm Services Ordinance 2020. The question arises whether there is a need for an hour for this ordinance and the power under art. 123 exercised by President, justified under this circumstance (Joyita, 2013). The other part of this research pressed upon the procedure which creates controversy being passed in Rajya Sabha (Upper House) by voice vote where it was expected to have a greater debate in the house by the member of opposition being ignored by the speaker. In this presentation of Covid19 where the world is fighting against the situation on the other hand the farmer protesting at the border of Delhi to roll back these laws. This paper used doctrinal research with an analytical view on the existing condition of Farm Laws in India and the need for an hour for further reform based on the ordinance being passed.

### **Need of an Hour of agricultural reform in 'Agri-Ordinance' vis-à-vis Justifiability of Ordinance making Power**

The objective of Agri-ordinance rests upon three major points: firstly, this ordinance

will promote efficient, transparent, and barrier-free inter-State and intra-State trade and commerce of farmers' produce outside the physical premises of markets or deemed markets notified under various State agricultural produce market legislations. Secondly, it promotes corporate farming which helps the farmer to connect with agri-business firms fairly and transparently, and thirdly the ordinance also promulgates to amend the Essential Commodity Act (Dev., 2021). and take out the commodity like pulses, oil-seeds, cereals, etc., and will allow clamping of stock limits on agricultural commodities only under "very exceptional circumstances".

The question arises concerning ordinance and justifiability of promulgation of the ordinance where the points to be highlighted are: firstly, the law-making power under Indian Constitution bestowed with parliament under Article 107 and Parliamentary process takes time to complete all the step. The urgent requirement where parliament is not in session or sometimes to meet an urgent situation in the country. The exercise of this power was not intended to be mala-fide to bypass the elected representative of the people to discuss as well as debate on the bill in an open forum or to serve political motives. The other part of the discussion is whether the situation warranted any type of ordinance on the subject matter as well as whether the court has the power to review the requirement of promulgating an ordinance. The deletion of the clause mentioned that the president's satisfaction shall be final and conclusive and shall not be ques-

tioned in any court. In the present pandemic situation, the requirement of these Farm Acts is not the subject matter of extraordinary circumstances because the protest against these laws creates a ruckus situation that moulds the whole situation for political gain.

### **The procedure of Farm bill passed in Lok Sabha & Rajya Sabha vis-à-vis Lacuna in the process**

The bill was introduced in Lok Sabha on 14th September 2020 to replace the ordinance promulgated on 5th June 2020 and the bill was passed on 17th September 2020 by voice voting. The bill was passed in Rajya Sabha on 20th September 2020 through a voice vote where the leader of the opposition raised a question that the bill rammed without division of vote. The objective of the upper house and the Rule of procedure of Rajya Sabha were not followed properly and the bill passed without any appropriate debate and discussion. It was expected when the bill was introduced in Rajya Sabha some of the members of the opposition disapproved; some of the members demanded to send it to a select committee or Parliamentary Standing Committee whereas this bill required deep and extensive debate by states or to properly scrutinize the merits and demerits while considering the significance of stakeholders. The deputy Chairman ignore the objections, suggestions, and recommendations passed the motion through voice vote which is majorly for use small issue where much discussion and debate is not required.

The procedure of voice vote where the Chairman puts the question on the motion and invites those who are in favor of the motion to say “Aye” and those against the motion to say “No”. All the ‘ayes’ and ‘nos’ are shouted at the same time and it is only the decibels of either ‘aye’ or ‘no’ which decide whether the motion is adopted or dropped. The Chairman says “I think the Ayes (or the Noes, as the case may be) have it”. If the opinion of the Chairman as to the decision of a question is not challenged, he shall say twice: “The Ayes (or the Noes, as the case may be) have it”. There is no head or vote counting and the Chairman relies only on his ability to hear and exercises only his discretion to decide the motion. This method is highly inaccurate and undemocratic as it does not ensure the participation of each member present in the house. This method is reserved only for petty matters.

The member of opposition object to voice vote rules and accordingly the deputy chairman required to order for ‘Division’ as per Rule 254(2) of Rules of Procedure and Conduct of Business in the Council of States and thereafter it was done through automatic vote recorder as prescribed in Rule 253. The deputy chairman, unfortunately, passed the bill merely on voice vote ignoring the procedure laid down under the Rules of Procedure and Conduct of Business in the Council of States.

### **The Farmers' Produce Trade and Commerce (Promotion and Facilitation) Act, 2020**

The objective of creating this bill was largely to break the cartelization of APMC where the new entry is very difficult and which restrict the trade of farmer to go beyond the boundaries. The Act majorly focussed on the system where the farmers directly connect with the seller without any deemed notified market which breaks the monopoly of these markets, the outcome of this market may give more freedom to choose their agricultural production in the market (Shankar, 2021). The activities provide a mechanism of an alternative trading-based channel outside the existing APMC for a smooth transaction to provide efficient, transparent, and barrier-free inter-state and intrastate transactions outside the notified physical premises.

#### **Significance provision of the FPTC Act**

The act made certain dynamic provisions regarding inculcation the digital market transactions, freedom to conduct trade and commerce in trade areas, and dispute resolutions mechanism for the farmer. The important definitions under this act are electronic trading and transaction platform which means a portal is set up for direct and online buying where the resultant of the transaction is the physical delivery of the farmer's produce. The definition of the farmer means an individual doing work by self or hiring someone as labor for the cultivation and production as well

as it includes the organization of the farmer producer. The two most significant definitions are inter-state trade and intra-state trade whereas the inter-state trade means that the trader from one of the states may buy the farmer's production or the trader may transport to another state in which the trader purchased the farmer's produce or where it is originated. The definition of intra-state trade means the act of buying and selling the farmer's produce wherein the farmer producer or trader should be in the same state.

#### **The mechanism under FPTC Act**

The act is one of the chapters that discuss the promotion and facilitation of trade and commerce for the farmers who are producing. The act gives freedom to conduct trade and commerce in the trade area and also makes PAN number mandatory for the transaction except for the farmer-producing organization and agricultural cooperative society. Every trader shall make the payment to the trading schedule on the same day to the farmer or a maximum of three working days if procedurally required for that transaction. The act also clarified that there is no market fee levy on traders and farmer's producers in the prescribed trade and commerce specifically in the traded area.

The act contains a separate chapter for resolving the disputed area by making an application to the sub-divisional magistrate to resolve the dispute through the process of conciliation. The SDM shall refer the dis-

pute to the board of conciliators where the parties may make the representation within seven days. The most significant part of the act is controversial regarding the overriding effect of this act and the exclusive power of the central government to make the rules for carrying out various provisions.

### **The Farmers (Empowerment and Protection) Agreement on Price Assurance and Farm Services Act, 2020**

The objective of this act gives equal footing importance to the producer and the buyer so that the farmer may get the remunerative price fairly and transparently. The act provides a national framework agreement on framing which provides protection and also empowers the farmer to engage in agricultural business firms, processor whole-seller, and so on where mutual agreement is an important factor (Ponnusamy, K., 2013). The whole mechanism is transparent and fair where the legislature intends to create a market where farmer producers may sell the product based upon the agreed remunerative payment (Neilsno, J., & Pritchard, B., 2010).

### **Significance of legal provision of the FAPAPS Act**

The act provides autonomy for the transaction by reducing the intervening authority and the concept of farming agreement gives freedom to a farmer and the buyer where the agreement contains the pre-determined quality to which both the producer and buyer agreed

(Birthal, P. S., Joshi, P. K., & Gulati, A., 2005).

The mechanism of the farming agreement is separately explained in Chapter II where it is specifically mentioned that the producer and the buyer exclusively stated the time of supply, quality of production, and terms regarding farm-related services. The minimum time frame for this agreement as per the legislature ranges from a minimum of one crop season to a maximum period of five years (Piccinni, G., Ko, J., Marek, T., & Howell, T., 2009).

The act also made the parties to this agreement mutually acceptable the compliances concerning the quality grade and the standards of farming produce things. The parties may adopt practices for production which are suitable as per the climate, agronomics, and various other factors. The focus point for the pricing of farming produce and the legislature demarcates if there is an additional amount above the guaranteed price then the such price needs to link with the prevailing price which is specified under APMC. Agreement farming is not a new concept in India there are lot experiment happens with contract framing and the literature suggest the contract farming in India has not the successful experimented maybe because of the lack of legislative framework.

### **Prospective Amendment in Essential Commodity (Amendment) Act, 2020**

The amendment made to the Essential Commodity Act, 2020 where the product which is in essential commodity removed from the

list of essential commodities. The list specifically regulates and controls the supply as well as production and distribution of these list of commodities and disallows the sudden fluctuation in price due to illegally hoarding them in large quantities and on the other side under-selling of the existing ones. The protest of the farmer against the farm laws due to the removal of MSP (minimum support price) wherein the private buyer may directly contact the farmer which resulted in a direct contract. The process of removal of MSP from 23 crop productions will create a lot many problems and dilute the hold on it as well (Sahoo, et al, 2020).

#### **Reflection of Supreme Court on Farm Bills**

The present matter regarding the farm's bill was presented before the Hon'ble Supreme Court of India (Rakesh Vaishnav vs Union of India No(s).1118/2020) where the Apex court prima facie held the bill for the time being. The Constitutional Court instead of an interpretation of the law, the apex court switches the mode for the time being delay. The court has passed the interim order that the farm laws will be staying and the grievance committee is being formed to resolve the dispute through mediation. The farmer welcomes the decision regarding the proceeding of stay whereas the denied the process of mediation. The holding of laws set out the precedent by the apex court which creates a vicious situation where there is no clarity for the applicability of the farm law. The approach of this matter relies upon the decision of the court whether the question

of law concerning the passing of this law is as per the procedure laid down in the law.

#### **CONCLUSION**

The reform in the farm laws at the outset of the legislature intended where more freedom regarding the choice-based agreement and the farmer has the right under this new reform to sell the production even across the state boundary. The new reform removes the fee (mandi fee) which is levied on them this added lot much freedom to opt for contract farming (Sekhar, C. S. C., 2021). The involvement of private players in it makes farming more technological where the farmer may earn more profit because there is no fee applicable to the new law. Individual farmers will be at risk under the Contract Farming Act and might not receive a fair bargain in comparison to the major commercial operators. Therefore, the government needs to support only farming cooperatives rather than individual farmers. The APMCs provide insurance to small ranchers because it is a controlled environment, there are authorized brokers, and there is someone the farmer can complain to in case of an issue. However, generally speaking, APMCs have evolved into a niche of imposing business models and defilement and the agents or the dealers. The question concerning the protest regarding these laws is due to the integration of so many like dilution of control and regulation by APMC which cannot be a true result. Even these predictions of laws cannot be imagined because the role of every unit/authority is much more important wherein the aware-

ness of the farmer is also an important aspect because no one is there in between them.

## REFERENCES

- A. K. Roy, etc vs Union of India and Another (1982 AIR 710). (1981). <https://indiankanoon.org/doc/875590/>
- Birthal, P. S., Joshi, P. K., & Gulati, A. (2005). Vertical coordination in high-value commodities: Implications for smallholders (No. 596-2016-40047).
- Dev. (2021). Agricultural Reforms in India. *Indian Public Policy Review*, 2(1), 16–28. <https://ippr.in/index.php/ippr/article/view/27/14>
- Joyita. (2013, September). Ordinance making powers of the Executive in India. *The PRS Blog*. <https://www.prsindia.org/theprsblog/ordinance-making-powers-executive-india>
- Neilsno, J., & Pritchard, B. (2010). Fairness and ethicality in their place: the regional dynamics of fair trade and ethical sourcing agendas in the plantation districts of South India. *Environment and Planning A*, 42(8), 1833-1851.
- Piccinni, G., Ko, J., Marek, T., & Howell, T. (2009). Determination of growth-stage-specific crop coefficients (KC) of maize and sorghum. *Agricultural water management*, 96(12), 1698-1704.
- Ponnusamy, K. (2013). Impact of public private partnership in agriculture: A review. *Indian Journal of Agricultural Sciences*, 83(8), 803-808.
- Power of President to promulgate Ordinances during recess of Parliament. (1950). *Constitution of India*. [https://www.constitutionofindia.net/constitution\\_of\\_india/the\\_union/articles/Article%20123](https://www.constitutionofindia.net/constitution_of_india/the_union/articles/Article%20123)
- President promulgates 'Agri Ordinances' aimed at boosting farmers income. (2020, June 5). *ET Bureau*. <https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/agriculture/president-promulgates-agri-ordinances-aimed-at-boosting-farmers-income/articleshow/76222667.cms?from=mdr>
- Rao, N. C., Sutradhar, R., & Reardon, T. (2017). Disruptive innovations in food value chains and small farmers in India. *Indian Journal of Agricultural Economics*, 72(1), 24-48.
- Reddy, V. R. (2005). Costs of resource depletion externalities: a study of groundwater overexploitation in Andhra Pradesh, India. *Environment and development economics*, 10(4), 533-556.
- Sahoo, Behera, Ghosh, & Samal. (2020). The Story behind the Farmer's Fear of Losing MSP under New Farm Laws in India. *Biotica Research Today*, 2(12), 1314–1317. <https://www.bioticainternational.com/ojs/index.php/biorestoday/article/view/653/496>
- Sekhar, C. S. C. (2021). *The Recent Farm Laws In India: Rationale, Implications And Way Forward* (No. 428). Institute of Economic Growth.
- Shankar. (2021). Indian Agriculture Farm Acts: 2020. *International Journal of Modern Agriculture*, 10(2), 2907–2914. <http://www.modern-journals.com/index.php/ijma/article/view/1102/933>



# Enfoque de la descentralización en el Distrito de Cartagena. Una mirada a la Ley 2082 de 2021

## Approach to decentralization in the District of Cartagena. A look at Law 2082 of 2021

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9746>

### Resumen

La Ley 1617 de 2013 tiene por objeto “dotar a los distritos de las facultades, instrumentos y recursos que les permitan cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, así como promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que estos presentan”. Posteriormente se promulgó la Ley 2082 de 2021, cuya finalidad es “adoptar mecanismos tendientes a fortalecer la descentralización administrativa y se dictan otras disposiciones”, las cuales transforman la organización territorial en la ciudad.

En ese sentido, este documento busca conocer la incidencia de las leyes 1617 y 2082 en el proceso de descentralización en Cartagena de Indias, evidenciando que el efecto ha sido contrario, ya que lo que se ha generado es desconcentración administrativa.

**Palabras clave:** Descentralización, alcaldías locales, Juntas Administradoras Locales, desarrollo local, desconcentración.

### Abstract

The purpose of Law 1617 of 2013 is to “provide the districts with the faculties, instruments and resources that allow them to fulfill the functions and provide the services under their responsibility, as well as promote the integral development of their territory to contribute to the improvement of quality of life of its inhabitants, based on the use of its resources and advantages derived from the characteristics, conditions and special circumstances that these present”. Subsequently, Law 2082 of 2021 was promulgated, the purpose of which is to “adopt mechanisms to strengthen administrative decentralization and other provisions are issued”, which transform the territorial organization in the city.

In this sense, this document seeks to know the incidence of laws 1617 and 2082 in the decentralization process in Cartagena de Indias, evidencing that the effect has been the opposite, since what has been generated is administrative decentralization.

**Keywords:** Decentralization, Local Mayoralties, Local Administrative Boards, Local Development, Deconcentration.

### Luis Miguel Villareal

*Economista, especialista en Gestión pública, Doctor en Ciencias políticas, docente Universidad de Cartagena. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-1174-8765>. [lvillareala@unicartagena.edu.co](mailto:lvillareala@unicartagena.edu.co).*

### Jaime Bermejo Galán

*Abogado, especialista en Derecho constitucional, Magíster en Derecho Administrativo, Doctor en Ciencias Políticas. Universidad Simón Bolívar. Orcid <https://orcid.org/0000-0003-0917-2506>. [jbermejo@unisimonbolivar.edu](mailto:jbermejo@unisimonbolivar.edu)*

### Cómo citar:

Villareal, L. M., & Bermejo Galán, J. (2022). Enfoque de la descentralización en el Distrito de Cartagena. Una mirada a la Ley 2082 de 2021. *Advocatus*, 19(38), 49-62. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9746>



### Open Access

### Recibido:

18 de octubre de 2021

### Aceptado:

5 de mayo de 2022

## INTRODUCCIÓN

Históricamente, Colombia se ha caracterizado por ser centralista, es decir, el poder se ejerce desde la capital hacia los órganos periféricos. No obstante, en la década de los ochenta se manifestaron circunstancias económicas, políticas y sociales que obligaron al gobierno nacional a adoptar medidas de descentralización para ejercer presencia en los lugares donde los entes centrales no podían estar de manera permanente. Con la reforma de la Constitución Política de 1991 se estableció que Colombia sería una nación descentralizada.

A pesar de esto, la descentralización ha tenido un sinnúmero de obstáculos, puesto que Colombia siempre ha estado mediada por la promulgación de leyes y decretos de aplicación inmediata, lo cual ha dificultado el éxito de este proceso. Cartagena no ha sido ajena a esta problemática, con la expedición de las leyes 1617 de 2013 y 2982 de 2021, que modifica la anterior, se han evidenciado cambios en la arquitectura institucional de la ciudad.

Este documento tiene como objetivo analizar la incidencia de estas leyes en el proceso de descentralización de Cartagena de Indias, realizando un recorrido por los diferentes tipos de descentralización, como la administrativa, la política y la fiscal, y la forma como se han venido dando en la ciudad.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia el poder político, administrativo y fiscal estaba concentrado en la capital del

país. Los órganos centrales poseían la facultad de tomar decisiones en cuanto a la designación de los agentes y funcionarios de la administración pública, la administración de recursos y temas relacionados con la fuerza pública, dejando rezagados a los órganos periféricos y sin facultad decisoria. Sin embargo, como consecuencia de diversas circunstancias políticas, económicas y sociales que aquejaban a la nación se optó por buscar una solución que hiciera al Estado más eficiente a la hora de resolver dichas problemáticas, además de garantizar la presencia del orden central en donde el Estado no podía extenderse por la complejidad y las dificultades que representaban su traslado y operatividad (Valencia y Karam, 2014).

De esta manera nació el concepto de descentralización, que según García et al. (2014, pp. 2-3), refleja el significado de trasladar o ceder competencias de una unidad superior o administración central a una o varias unidades o administraciones inferiores, lo cual es necesario para cumplir con los fines esenciales para lo cual ha sido creada y poder extender su cobertura para beneficiar a la población a quien se dirigen especialmente sus acciones e inversión de recursos.

La Constitución Política de 1991, en su primer artículo, declara a Colombia como un país descentralizado, y en los artículos 322, 323 y 324 incorpora nuevos conceptos, como la división del territorio distrital en localidades, concejo distrital, ediles y alcaldes locales, con el propósito de hacer más eficaz

la administración pública y poder cumplir a cabalidad los planes de desarrollo del Estado. Así mismo, en la Sentencia C-1051 del 2001 se estableció que la descentralización consiste en la facultad que se otorga a diferentes entidades del Estado para gobernarse por sí mismas, delegando en ellas ciertas funciones. Esto surgió con el fin de esclarecer el significado de una república unitaria, con descentralización y autonomía (p. 1).

No obstante, este proceso no ha sido del todo exitoso, debido a la rapidez con la cual se realizó esta transición, pues muchos aspectos quedaron por definir. La descentralización territorial ha sido un proceso construido de arriba hacia abajo a través de la legislación de leyes, decretos y acuerdos de aplicación inmediata que la regulan (Valencia y Karam, 2014). Como consecuencia de esto, los gobiernos locales han sufrido innumerables desbalances que les han impedido suplir las necesidades insatisfechas de los ciudadanos de sus localidades.

En teoría, estos órganos de administración deberían gozar de cierta autonomía, pero esto no es así debido a leyes como la 1617 de 2013, que contienen disposiciones que conforman el Estatuto Político, Administrativo y Fiscal de los distritos, que regulan las funciones del Alcalde Distrital, así como las funciones del Alcalde Local y el manejo de los presupuestos y los responsables de su ordenación.

Así mismo, se encuentra la promulgación del Decreto 2388 del 2015 que reglamenta parcialmente la Ley 1617 de 2013 y se adiciona un

Capítulo 2 al Título 6 de la Parte 6 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, en lo que respecta al manejo presupuestal de los Fondos de Desarrollo Local de los Distritos Especiales. Finalmente, la Ley 2082 de 2021 por la cual se adoptan mecanismos tendientes a fortalecer la descentralización administrativa y se dictan otras disposiciones que abordan el tema de los gobiernos locales.

Ahora bien, para el caso específico de Cartagena, el proceso de descentralización no ha estado exento de fallas, sobre todo en temas de manejo presupuestal. El Fondo de Desarrollo Local ha venido funcionando al interior de cada localidad. Al respecto, dicha normativa manifiesta que:

A partir de la vigencia fiscal de esta ley, no menos del diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes del Presupuesto de la Administración Central del distrito se asignará a las localidades, teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de la población de cada una de ellas y según los índices que establezca la entidad distrital de Planeación. El Concejo Distrital, a iniciativa del Alcalde Distrital, podrá incrementar dicha participación anual y acumulativamente en un dos por ciento (2%), sin que la misma supere el total del treinta por ciento (30%) de los ingresos mencionados. Parágrafo: El Alcalde Distrital se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, so pena de incurrir en falta disciplinaria (Congreso de la República, 2013, p. 10).

No obstante, desde hace varios años las localidades no reciben el 10% de los ingresos

corrientes de libre destinación, como lo indica la Ley 617 de 2013. Es decir, no reciben inversión para las necesidades básicas insatisfechas de sus habitantes (De la Hoz, 2019). Muestra de esto es que en el 2016 se integró en el Presupuesto de Ingresos y Gastos para la Administración Central, con una partida aproximada a los \$14.000 millones, para el 2017 se redujo a \$8.000 millones y para el 2018 el alcalde Sergio Londoño Zurek propuso una partida de \$7.000 millones (Barboza, 2017).

Adicionalmente, se evidencia que la ordenación de los gastos presupuestales no está a cargo de los alcaldes locales, como lo dictamina la ley. En ese sentido, De la Hoz (2019) afirma que "actualmente las inversiones continúan realizándose desde el nivel central y los recursos que reciben (\$10.000 millones) sólo alcanzan para atender los gastos de funcionamiento (...) es decir, que los alcaldes locales no son ordenadores del gasto y no manejan los presupuestos" (p. 1). En este aspecto es cuando entra la Ley 2082, que aborda este tema en particular, ya que entre otras disposiciones modifica los artículos 61 y 66 de la Ley 1617 de 2013, afectando el proceso de descentralización de la ciudad.

### **PREGUNTA PROBLEMA**

¿Cuál es la incidencia de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias?

### **SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuál ha sido la incidencia de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias?

¿Cómo se han aplicado las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias?

¿Cuáles han sido los elementos de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias?

Así las cosas, el objetivo principal de este trabajo de investigación es analizar la incidencia que han tenido las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias. Para lo cual se establecen los siguientes objetivos específicos:

- Determinar la incidencia de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias.
- Analizar la forma como se han aplicado las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización de la ciudad de Cartagena de Indias
- Identificar los elementos de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, que se han aplicado en el proceso de descentralización fiscal en la ciudad de Cartagena de Indias.

La hipótesis sobre la cual se basa el presente documento gira alrededor de que la Ley 1617 de 2013 y las modificaciones realizadas por la Ley 2082 de 2021 siguen generando un efecto contradictorio en el proceso de descentralización de la ciudad.

Esta investigación se divide en tres partes. Primero se estudia la incidencia de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021, que modifica a la anterior, en el proceso de descentralización administrativa de la ciudad de Cartagena de Indias. Luego, se analiza la aplicación de estas leyes en el proceso de descentralización política de Cartagena. Finalmente, se establece la aplicación de estas leyes.

### **Incidencia de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021 en el proceso de descentralización administrativa de la ciudad de Cartagena de Indias**

Antes de establecer esta incidencia es pertinente recordar el régimen político, administrativo y fiscal de Cartagena. En 1987 se promulgó el Acto Legislativo No. 1, por medio del cual se erige a la ciudad de Cartagena de Indias, capital del departamento de Bolívar, en Distrito Turístico y Cultural. Posteriormente, en el 2002, con la Ley 768, se convirtió en Distrito Especial y es allí cuando cambia su régimen político administrativo, con el objetivo de

Dotarla de las facultades, recursos que posibiliten cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo; promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al

mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos y ventajas derivadas de las características, condiciones y circunstancias especiales que presentan éstos, considerados en particular (Congreso de la República, 2002, p. 1).

A partir de esta ley se estableció la división político-administrativa de la ciudad en tres localidades con homogeneidad relativa desde el punto de vista geográfico, cultural, social y económico. A través de los acuerdos No. 029 de 2002 y No. 006 de 2003 del Concejo de Cartagena la división de la ciudad se remonta a las tres regiones que constituyen sus áreas rurales, remotas y sus corregimientos.

En 2004 se expidió el Decreto 0581 que asigna al Alcalde Local funciones de policía administrativa, planificación, control de la ciudad, participación ciudadana, educación, asuntos ambientales, salud, tributarios, culturales y deportivos, entre otras. Sin embargo, los resultados de este sistema de desconcentración no fueron los esperados. La desconcentración se define como “el proceso de transferencia de funciones, recursos y capacidad decisoria del nivel central de una entidad pública a sus dependencias, ya sea que estén ubicadas en la misma ciudad o estén ubicadas en otros sitios del país” (Departamento Nacional de Planeación, 2002, p. 16).

Como se dijo, en Cartagena este proceso no fue del todo exitoso, puesto que según el Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias (s.f.) era imposible establecer un verdadero

**Tabla 1.**  
Comparación entre el Decreto 0581 de 2004, la Ley 1617 de 2013 y la Ley 2082 de 2021

CUADRO COMPARATIVO DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA			
TEMA	DECRETO 0581	LEY 1617	LEY 2082
<b>CLASIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Localidad Histórica y del Caribe norte</li> <li>Localidad de la Virgen y Turística</li> <li>Localidad Industrial y de la Bahía</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Localidad Histórica y del Caribe norte</li> <li>Localidad de la Virgen y Turística</li> <li>Localidad Industrial y de la Bahía</li> </ul>	No hay modificación
El territorio del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias se divide en tres localidades denominadas así			
<b>DIVISIÓN DE LAS LOCALIDADES</b>	<p>Unidades comuneras de gobierno urbanas y rurales.</p>	<p>Unidades comuneras de gobierno urbanas y rurales.</p>	
Con el fin de ampliar y fortalecer la participación ciudadana en los procesos de planeación, gestión, comunicación y veeduría de las acciones del gobierno y del desarrollo local			
<b>FUNCIONES ALCALDE LOCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>De policía administrativa</li> <li>De planeación</li> <li>De control urbano</li> <li>En cuanto a la participación ciudadana</li> <li>En asuntos de educación</li> <li>En asuntos ambientales</li> <li>En asuntos de salud</li> <li>En asuntos tributarios</li> <li>En asuntos culturales y deportivos.</li> </ul>	<p><b>Artículo 38.</b> Reparto de competencias. El Concejo Distrital, a iniciativa del Alcalde Distrital, hará la distribución de competencias y funciones administrativas entre las autoridades distritales y locales, teniendo en cuenta los principios de concurrencia, subsidiariedad y complementariedad</p>	

### JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES

Tres alcaldías locales, cada una con su Junta Administradora Local

**Artículo 43.** Elección. Las juntas administradoras locales se elegirán popularmente para periodos de cuatro años. El número de ediles que componen las juntas administradoras locales no será superior a doce.

El número de ediles que componen las juntas administradoras estará entre un mínimo de nueve y un máximo de quince. Los concejos distritales reglamentarán su conformación.

### FONDOS DE DESARROLLO LOCAL

No aplica

#### Artículo 61. Naturaleza

En cada localidad habrá un Fondo de Desarrollo Local, que tendrá un patrimonio autónomo, personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Alcalde Local.

#### Artículo 61. Naturaleza

En cada localidad habrá un Fondo de Desarrollo Local, que tendrá un patrimonio autónomo, personería jurídica, cuyo ordenador del gasto será el Alcalde Distrital.

#### Artículo 66. Representación legal.

El Alcalde Local será el representante legal de los fondos de desarrollo local y ordenador de sus gastos.

#### Artículo 66. Representación legal.

El Alcalde Distrital será el representante legal de los fondos de desarrollo local y ordenador de sus gastos, pero podrá delegar respecto de cada fondo la totalidad o parte de dichas funciones en los alcaldes locales. El Alcalde Distrital expedirá el reglamento de los fondos.

Fuente: elaboración propia.

sistema de planificación participativa en el que las Unidades Comuneras de Gobierno se convirtieran en la principal unidad efectiva de dicha planificación. Desde esa fecha se han emitido leyes y decretos que han tratado de mitigar esta situación y hacer del proceso de descentralización algo más efectivo, como la Ley 1617 de 2013 que dota a los órganos y autoridades de los distritos especiales de facultades diferentes a las contempladas en el régimen ordinario, aplicable a los demás municipios del país, y la Ley 2082 de 2021, que modifica ciertos artículos de la Ley 1617.

Con el propósito de conocer la verdadera incidencia de estas leyes en el proceso de descentralización administrativa de la ciudad, se debe tener en cuenta en qué momento entra a desempeñar un papel importante el Decreto 0581 de 2004, que delimita las reglas de este proceso de descentralización en los años anteriores a las promulgación de dichas leyes. En la tabla 1 se hace un paralelo entre el Decreto 0581 de 2004, la Ley 1617 de 2013 y la Ley 2082 de 2021 en los principales puntos administrativos de Cartagena, con el fin de determinar los cambios realizados a través de los años y su cumplimiento.

En la tabla anterior (tabla 1) se resumen las principales funciones administrativas asignadas desde la expedición del Decreto 0581 de 2004, pasando por la expedición de la Ley 1617 de 2013 y sus recientes modificaciones, contempladas en la Ley 2082 de 2021. Es importante resaltar que en la práctica mucho de lo expuesto en el decreto y las leyes citadas no

se cumple. En esa medida se realizan las siguientes apreciaciones:

Respecto a los temas de clasificación y denominación, la ciudad de Cartagena sigue apegada a la Ley 768 de 2002, la cual establece que un Distrito Especial debe estar dividido máximo en tres localidades.

Lo mismo sucede con las funciones de los alcaldes locales. Si bien es cierto que uno de los objetivos de la descentralización es que los órganos no centrales tengan cierta autonomía e independencia, en la práctica este no es el caso, no ha cambiado mucho desde la promulgación de la Ley 1617 de 2013, lo cual ha dificultado la ejecución de programas y proyectos de las tres localidades, pues los alcaldes dependen de las delegaciones que haga el Alcalde Distrital (De la Hoz, 2019).

En cuanto a las juntas administradoras locales, se mantiene lo establecido en la Ley 1617, de máximo nueve ediles por localidad y una Junta Administradora Local (JAL) por cada localidad. Ahora bien, en un comienzo cuando se estaba haciendo la adopción del sistema descentralizado y desconcentrado estas juntas carecían de un rango de acción para manobrar, pues sólo tenían facultades consultivas. No obstante, el politólogo Ángel Tuirán (citado en De la Hoz, 2019) afirma que las JAL han avanzado en la medida en que poseen un espacio físico para cumplir con sus funciones y atender a los ciudadanos. Pero a pesar de eso no cuentan con los recursos requeridos para cumplir con las competencias que les fueron

otorgadas por la ley y, en ese orden de ideas, el proceso de descentralización en la ciudad está todavía estancado.

Finalmente, la Ley 1617 de 2013 establece en sus artículos 61 y 66 que los Fondos de Desarrollo Local tendrán un patrimonio autónomo, personería jurídica y que su representante legal y ordenador de los gastos será el Alcalde Local. A esto le hace eco el Decreto 2388 de 2015, que en su artículo 2.6.6.2.10 habla de que la ejecución presupuestal estará a cargo de cada Alcalde Local. Una vez más, en la práctica esta normativa no se ve reflejada en las acciones, pues los alcaldes no son los ordenadores de los gastos y no manejan los presupuestos, debido a que siguen estando a expensas del gobierno distrital.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley 2082 esto sólo se legalizó, pues las modificaciones designan al Alcalde Distrital como representante legal y ordenador de los gastos del Fondo de Desarrollo Local, es decir, es el encargado de la ejecución del presupuesto, además tiene el poder decisivo de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto. En ese orden de ideas, esta nueva promulgación retira funciones que antes pertenecían a los alcaldes locales; a su vez, quita autonomía e independencia, reposicionando el poder en los órganos centrales, en este caso, en el gobierno distrital, lo cual perturba el proceso de descentralización de la ciudad, puesto que los alcaldes locales no pueden ejecutar sus planes de desarrollo, implementar planes, programas y proyectos orientados a solucio-

nar las necesidades de los habitantes, ya que no son ellos quienes tienen la posibilidad de ejecutar y manejar el presupuesto de la localidad.

### **Aplicación de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021 en el proceso de descentralización política de la ciudad de Cartagena de Indias**

Al realizar la división del territorio en localidades, más allá de pensar en la geografía y la concentración de habitantes, se trataba de organizar de manera estratégica estas zonas de la ciudad, de manera que en cada una se tuvieran en cuenta sus características culturales, sociales y económicas, con el propósito de que pudieran promover el desarrollo integral de su territorio para contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, a partir del aprovechamiento de sus recursos.

En Cartagena este proceso ha traído consigo algunos errores, pues como se mencionó, para realizar la división del territorio hay que ver más allá de la geografía y el número de habitantes. Tal es el caso de la localidad de la Virgen y Turística, en la que se encuentran barrios tan diferentes y limítrofes como La Boquilla y Mar linda. El primero pertenece al estrato 1 y sólo cruzando la vía 90 se encuentra un barrio estrato 5, con condiciones, costumbres y hábitos completamente diferentes. Otro caso similar es el de la localidad Histórica y del Caribe norte, que alberga barrios y habitantes de los seis estratos socioeconómicos establecidos en la ciudad.

Como lo manifestó uno de los funcionarios de una de las alcaldías en el 2016 cuando se refirió al tema de la organización territorial: “El compromiso se da en la medida en que el gobierno (central) esté presente (...) cada localidad tiene 350.000 habitantes, entonces como alcaldes locales con tres localidades no se alcanza a penetrar completamente con las comunidades ni tampoco se tienen los recursos” (Torregroza & al., 2016). Esto impide que la descentralización se desarrolle de manera exitosa, debido a que al existir localidades con características heterogéneas se hace poco eficiente poder atender todas las necesidades de manera efectiva.

Según el DNP (2002), la descentralización política es “la transferencia a las entidades territoriales, de la capacidad de elección de sus gobernantes y de la toma de decisiones sobre las políticas de desarrollo en el ámbito local” (p. 15). En otras palabras, tiene como propósito aumentar la participación a través de la conformación de nuevos espacios de decisión electoral y el acercamiento del gobierno a los ciudadanos.

Cada localidad posee un organigrama de gobierno local integrado por un alcalde, quien es elegido de una terna que envía la Junta Administradora Local al Alcalde Distrital. Si bien la JAL desempeña un papel importante a la hora de proponer a los candidatos para ocupar el puesto de Alcalde Local, es un órgano que se encuentra atado de manos, pues a pesar de que legalmente posee los instrumentos necesarios para realizar una labor ejemplar,

en la actualidad se halla relegado y no goza del reconocimiento que le corresponde.

Si bien es cierto que la participación de las JAL ha ido más allá de tener una función consultiva, pues ahora cuentan con estructuras que permiten brindar atención y realizar propuestas de proyecto, no tienen los recursos suficientes para desarrollarlos, ya que están supeditadas a la cadena de mando encabezada por el Alcalde Distrital. El ex edil de la localidad de la Virgen y Turística, José Cuero, comentó al respecto: “la descentralización política no está 100% implementada, pues nosotros como ediles deberíamos tener igual o mayor importancia que los concejales distritales en el ejercicio del control político, precisamente por nuestra cercanía y representación del territorio. Urge adelantar una reglamentación de todo este proceso descentralizador que nos brinde mayores herramientas de control político” (Barboza, 2017). Una vez más se evidencia que el proceso de descentralización se ve entorpecido, puesto que la práctica no va acorde con lo establecido en la ley.

### **Enfoque de la descentralización fiscal en el Distrito de Cartagena**

Al hablar de descentralización fiscal se hace referencia a la “capacidad de gestión (que incluye fortalecimiento de la planeación y ajuste institucional) y promoción del desarrollo económico” (DNP, 2002, p. 15). Es decir, la descentralización fiscal posibilita el alcance de un mayor nivel de autonomía en el financiamiento de los ingresos de las localidades y,

por lo tanto, en las decisiones sobre el destino de sus gastos.

Esta empieza en Cartagena con el Decreto 0581 de 2004, “Por medio del cual se reglamenta el sistema desconcentrado de las localidades en el Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C. y el Fondo de Desarrollo Local”. Posteriormente, estuvo reglamentado por la Ley 1617 de 2013, que en su artículo 63 establece el origen del patrimonio de cada fondo. Con el fin de comprender un poco más el proceso de descentralización fiscal es necesario conocer de dónde provienen estos recursos:

Artículo 63. Patrimonio. Son recursos de cada fondo:

1. Las partidas que se asignen a cada localidad.
2. Las sumas que a cualquier título se le apropien en el presupuesto del distrito.
3. El valor de las multas y sanciones económicas que en ejercicio de sus atribuciones impongan los alcaldes locales.
4. El producto de las operaciones que realice y los demás bienes que adquiera como persona jurídica.
5. Las donaciones, recursos de cooperación y demás ingresos que recibieren sin contrapartida.
6. Los ingresos por rifas, juegos, conciertos, espectáculos, actividades deportivas y demás actividades que se organicen en la localidad.
7. Los que le transfiera la nación.

(Congreso de la República, 2013, p. 10).

Adicionalmente, el artículo 64 dispone de las normativas para la asignación de recursos en

cada alcaldía local, cuando habla de la participación en el presupuesto distrital.

Participación en el presupuesto distrital. A partir de la vigencia fiscal de esta ley, no menos del diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes del presupuesto de la administración central del distrito se asignará a las localidades teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de la población de cada una de ellas y según los índices que establezca la entidad distrital de planeación. El concejo distrital, a iniciativa del Alcalde Mayor, podrá incrementar dicha participación anual y acumulativamente en un dos por ciento (2%) sin que la misma supere el total del treinta por ciento (30%) de los ingresos mencionados (Congreso de la República, 2013, p. 10).

La ley es clara respecto a la distribución de recursos, de incumplirla el Alcalde Distrital será sancionado, y es precisamente aquí donde inicia su verificación. Como ejemplo, se toman las cifras del Fondo de Desarrollo Local de la localidad de la Virgen y Turística de los periodos 2014-2016 y 2017-2021 para compararlas e identificar la aplicación de la Ley 1617 y 2082.

Si bien es cierto que después de la promulgación de la Ley 1617 de 2013 se incrementaron los recursos y se le dio al Alcalde Local la potestad de celebrar contratos, además la posibilidad de realizar la ejecución del Fondo de Desarrollo Local, en cumplimiento del plan de desarrollo de la respectiva localidad, durante 2017 y 2021 se notan altibajos en las cifras

presentadas. Sólo en 2019 y 2021 las cifras superan los \$10.000 millones. Cabe destacar que Cartagena ha sufrido una reestructuración constante en su organización institucional, pues en siete años ha tenido once alcaldes designados por la presidencia en calidad de encargados. En el 2018 hubo cuatro y desde el 2016 se han tenido 115 cambios en el gabinete, lo cual ha afectado el proceso de descentralización fiscal.

**Tabla 2**

Cifras del Fondo de Desarrollo Local de la localidad de la Virgen y Turística del periodo 2014-2016

FONDO DE DESARROLLO LOCAL - LOCALIDAD DE LA VIRGEN Y TURÍSTICA 2014-2016	
AÑO	FONDO DE DESARROLLO LOCAL
2014	\$ 12.452.658.992
2015	\$ 12.547.277.382
2016	\$ 14.848.757.627

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 3**

Cifras del Fondo de Desarrollo Local de la localidad de la Virgen y Turística del periodo 2017-2021

FONDO DE DESARROLLO LOCAL - LOCALIDAD DE LA VIRGEN Y TURÍSTICA 2017-2021	
AÑO	FONDO DE DESARROLLO LOCAL
2017	\$9.577.448.669
2018	\$7.276.346.373
2019	\$15.000.000.000
2020	\$ 7.710.005.858
2021	\$ 14.909.239.081

Fuente: elaboración propia.

Además, la ejecución de las propuestas de inversión contenidas en los planes de desarrollo local están supeditadas a la voluntad política

del Alcalde Mayor y del Concejo Distrital, que definen el tamaño anual de los Fondos de Desarrollo Local, aspecto que si antes era manejado de manera "ilegal", ya que se debe hacer énfasis en que de acuerdo con la ley quien tiene esa responsabilidad es el Alcalde Local, ahora será totalmente legal, en concordancia con la Ley 2082 de 2021, ya que el control de los recursos destinados a cada localidad queda en manos del Alcalde Distrital.

Finalmente, el proceso de descentralización ha sido poco exitoso en Cartagena debido a las funciones limitadas que poseen los alcaldes locales, la poca influencia de las Juntas Administradoras Locales y el control de los recursos del Fondo de Desarrollo Local, que está a discreción del Alcalde Mayor. Se reconoce el avance de este proceso, sin embargo, se encuentra atascado para ser realmente exitoso.

## CONCLUSIONES

Después del recorrido realizado en el presente documentos sobre la incidencia de la ley 1617 de 2013 y la ley 2082 de 2021 en los diferentes tipos de descentralización en la ciudad de Cartagena, se concluye que:

- La incidencia de la ley 1617 de 2013 y la ley 2082 de 2021, en el proceso de descentralización administrativa de la localidad de la virgen y turística, puesto que de acuerdo al artículo 38 de la primera ley mencionada Los alcaldes mayores tienen la facultad de delegar y retirar funciones

de los alcaldes locales; además, el manejo presupuestal de los Fondo de Desarrollo Local quedó en manos de estos últimos, lo cual disminuye la autonomía e independencia de las localidades de la ciudad.

- Respecto a la descentralización política, la incidencia de estas dos leyes es mínima, pues aún persiste la desorganización territorial. Por un lado, debido a la división territorial de las localidades, ya que dos de ellas tienen características heterogéneas en cuanto a sus barrios y habitantes, contrario a lo que dictamina la normatividad, en cuanto a la homogeneidad que debe contener una localidad.
- Por otro, se encuentra que aunque las funciones de las juntas administradoras han avanzado sigue siendo un proceso lento y estancado, debido a la falta de recursos para la ejecución de proyectos y programas.
- El tema de la descentralización fiscal después de la aplicación de las leyes 1617 de 2013 y 2082 de 2021 tiene dos aspectos: primero, se ha aplicado como lo estipula la norma, incrementando considerablemente los montos del Fondo de Desarrollo Local a partir del 2016. No obstante, desde el 2017 las cifras no se han mantenido constantes, lo cual se puede deber al continuo cambio de mandatarios. Dicha preocupación seguirá presente como consecuencia de la legislación de la Ley 2082, que deja a discreción del Alcalde Distrital la representación legal y el manejo presupuestal de los FDL.

Finalmente, la hipótesis planteada se cumple, porque después de la expedición de la Ley 1617 de 2013 y la reciente Ley 2082 de 2021 no se ha generado una real descentralización en la ciudad de Cartagena, sólo han habido procesos de desconcentración administrativa, política y fiscal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barboza, J. (2017). Incidencia de la Ley 1617 en el proceso de descentralización en la localidad de la Virgen y Turística del distrito de Cartagena, periodo 2013-2016 [tesis de Especialización en Gestión Pública, Escuela Superior de Administración Pública].
- Castellar, A. (2022). Descentralización y autonomía local, temas centrales de Fedemunicipios.
- El Universal. <https://www.eluniversal.com.co/cartagena/descentralizacion-y-autonomia-local-temas-centrales-de-fedemunicipios-MJ6380349>.
- De la Hoz, A. (2019, febrero 24). La descentralización en Cartagena. El Heraldo. <https://www.pressreader.com/colombia/el-heraldo-colombia/20190224/281715500900630>.
- Departamento de Planeación Nacional (2002). Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: el balance de una década. Recuperado de [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/01\\_Libro.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/01_Libro.pdf).
- Función pública, Glosario. Descentralización. (s.f.). Recuperado de: <https://www>.

[funcionpublica.gov.co/glosario//wiki/Glosario+2/Descentralizaci%C3%B3n](http://funcionpublica.gov.co/glosario//wiki/Glosario+2/Descentralizaci%C3%B3n)

García, A., Colmenares J., & Rolon, A. (2014).

La realidad de la descentralización en Colombia a partir de la Constitución de 1991. *Hipótesis Libre* (9). [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis\\_libre/article/view/3720](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/view/3720).

Ley 1716 de 2013 (2013, 5 de febrero). Congreso de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=51601>.

Ley 2082 de 2021 (2021, 18 de febrero). Congreso de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=158817#>.

Ley 768 de 2002 (2002, 31 de julio). Congreso de la República de Colombia. [https://www.redjurista.com/Documents/ley\\_768\\_de\\_2002\\_congreso\\_de\\_la\\_republica.aspx/](https://www.redjurista.com/Documents/ley_768_de_2002_congreso_de_la_republica.aspx/).

Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias (s.f.). Descentralización. <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/intitucionalidad/descentralizacion/>.

Sentencia C-1051 (2001). República unitaria, descentralización y autonomía. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1051-01.htm>.

Valencia-Tello, D. & Karam, V. (2014). Antecedentes de la descentralización territorial en Colombia. *Dikaion*, 23-1 DOI: 10.5294/dika.2014.23.1.7.

# De la pacificación a la paz territorial en el posacuerdo: heterotopía contrahegemónica de los DDHH

## *From pacification to territorial peace in the post-agreement: heterotopia counterhegemonic of Human Rights*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9747>

### Resumen

En este artículo se hace un análisis holístico de los fundamentos y la transformación del concepto de paz a la luz de los derechos humanos, en general, y de los derechos colectivos, en particular, para entender la mutación histórica a partir de dos conceptos: *la pacificación de los territorios*, con miras a la imposición de un orden de tipo hegemónico, y *la paz territorial*, que se expone como antítesis o elemento contrahegemónico, dejando en evidencia la clara participación simbiótica entre el concepto de paz, el territorio y los DDHH, con una visión de disfrute en esencia colectiva. Se contrastan fenómenos socio-jurídicos en el espectro colombiano actual del posacuerdo, junto con elementos dogmáticos y fenomenológicos de carácter histórico, que exponen como resultado la calidad heterotópica y contrahegemónica de los derechos humanos en Colombia, revestidos de una nueva fundamentación.

**Palabras clave:** Paz territorial, pacificación, derechos colectivos, posacuerdo, territorio, derechos humanos, heterotopía, identidad, hegemonía

### Abstract

This article makes a holistic analysis of the foundations and the transformation of the concept of peace in the light of human rights, in general, and collective rights, in particular, to understand the historical mutation from two concepts: the pacification of the territories, with a view to the imposition of a hegemonic order, and territorial peace, which is exposed as an antithesis or counter-hegemonic element, revealing the clear symbiotic participation between the concept of peace, the territory and human rights, with a vision of essentially collective enjoyment. Socio-legal phenomena are contrasted in the current Colombian spectrum of the post-agreement, together with dogmatic and phenomenological elements of a historical nature, which expose as a result the heterotopic and counter-hegemonic quality of human rights in Colombia, covered with a new foundation.

**Keywords:** Territorial Peace; Pacification; Collective Rights; Post-agreement; Territory; Human Rights; Heterotopia; Identity; Hegemony.

### Seuxis José Hernández Villarreal

Abogado, Doctor en Derecho.  
Universidad Santo Tomás. <https://orcid.org/0000-0002-8694-0612>.  
[seuxishernandez@usantotomas.edu.co](mailto:seuxishernandez@usantotomas.edu.co)

### Cómo citar:

Hernández, S. J. (2022). De la pacificación a la paz territorial en el posacuerdo: heterotopia contrahegemónica de los DDHH. *Advocatus*, 19(38), 63-85. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9747>



Open Access

### Recibido:

6 de julio de 2021

### Aceptado:

17 de noviembre de 2021

## INTRODUCCIÓN

El concepto de *paz territorial* se ha desarrollado en la contemporaneidad, más concretamente en el siglo XXI. Es una evolución de la visión ascética de la paz como herramienta para el control posterior al ejercicio de la fuerza esgrimida para conquistar poblaciones. “La paz pública” (Bernd, 2007) la han ideado los Estados como una herramienta de control, que se vale de normas, logrando por medio de la autoridad la preservación del orden impuesto a la fuerza. Este era método menos oneroso en los Estados monárquicos. Es en este sentido que la paz ha evolucionado en consonancia con la transformación de los derechos humanos, siendo los derechos colectivos la exposición fáctica de “la paz territorial como consecuencia de una resistencia a partir de la identidad de las gentes en los territorios” (Acosta Oidor, 2019). Este elemento de resistencia ante el control hegemónico lo convierte a su vez en “una heterotopía, que yace yuxtapuesta a los *espacios oficiales* con sus dinámicas” (Alonso, 2016), en medio de una frágil legitimidad, que en todo caso no extingue su existencia.

En Colombia, particularmente en el posconflicto, *la paz territorial* propone un modelo de desarrollo a partir de las aptitudes personales unidas al territorio y sus tradiciones (desarrollo humano), acorde a “la perspectiva del buen vivir o Sumaq Kamaña” (Haidar, 2019), traducido en el posacuerdo como enfoque étnico o “pacha Sofía” (Haidar, 2019), como le llaman algunos investigadores, que entra en pugna con el actual modelo económico

neoliberal imperante en Colombia, al tiempo que requiere de nuevas herramientas jurídicas que faciliten su novedosa aplicación, toda vez que el marco jurídico para la paz no desarrolló todos los instrumentos legales necesarios, dejando un espectro de ambigüedad jurídica. Por esta razón, se analiza el concepto de paz desde la influencia de los derechos humanos liberales y los re-fundamentados en una identidad territorial.

Interpretar estos derechos en su nueva fundamentación contrahegemónica vincula el concepto de paz territorial a los derechos colectivos y los reivindica, en tanto este modelo de progreso contempla al ser humano en su territorio, entendido como parte de la colectividad. En síntesis, la paz territorial es la implementación aplazada de los derechos colectivos en Colombia a partir de la visión del desarrollo. El principal resultado de este artículo es la condición contrahegemónica de los derechos humanos re-fundamentados en las dinámicas de los territorios y en el ejercicio de la paz territorial como concepto técnicamente desarrollado.

## METODOLOGÍA

Se utilizó el método de investigación socio-jurídico, con un enfoque cualitativo para desarrollar el concepto *paz territorial* respecto a los derechos humanos. Esto implica un análisis sobre leyes, jurisprudencia, filosofía, doctrina y sobre el acuerdo de paz surgido en 2016 entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC.

Se realizó un análisis por medio del método de investigación histórica y socio-jurídico de las categorías paz y pacificación, hegemonía, heterotopía e identidad. A partir del método inductivo se exponen los elementos jurídicos surgidos desde *la paz territorial*.

### DE LA PACIFICACIÓN A LA PAZ TERRITORIAL

La pacificación es el acto de *hacer la paz*, según fuentes etimológicas. No obstante, la finalidad de la palabra no coincide con las formas de llegar al objetivo, puesto que siempre ha estado ligado con actos de guerra. Los procesos de control y coerción a manos de los pacificadores es generalmente la expresión del dominio ejercida a través del poder potestativo y legal de la fuerza. La paz es una bien estructurada planificación del dominio y la obediencia, fundada en la fuerza y la autoridad en favor del control hegemónico. Le dice Trasímaco a Sócrates, que el Estado se debe a la fuerza: “el Estado es potestas –a lo que Sócrates le responde– no, el Estado es potestas y autoritas” (Platón, 2004). Con esto Sócrates lo que quiso decir es que la paz respecto a la existencia del Estado no sólo se debe a la fuerza representada en el ejército, requiere la aprobación del juicio moral, que en la sociedad de entonces estaba bajo potestad de los representantes de la religiosidad. De esta forma, la primera idealización de este concepto surge de la lógica ascética, como aproximaciones primarias hacia el concepto de paz. Esta es la concepción de la paz como bien supremo y sagrado a partir de la bondad, “la redención” (Dussel,

Dussel sobre Benjamin, 2014), la solidaridad y “el consenso frente a lo distinto” (Alonso, 2016), es decir, en forma antagónica con la realidad de la historia, donde los territorios han sido pacificados por la fuerza sin lograr identidad y tolerancia frente a las diferencias. Los modernos métodos de pacificación, aunque en principio se tornan menos belicosos, no dejan de acudir a la fuerza. En algún momento del proceso, la inflexión de la pugna implica su uso, incluso sin que haya momentos de tensión. Por supuesto, Colombia no es ajena a esto en el espectro geopolítico, dada su condición vasalla ante el detentador del control hegemónico en occidente, puesto que la doctrina neoliberal en nombre del progreso no abandona las tradicionales formas de este método impositivo de control, sumándole además la desestabilización económica como primera técnica de disuasión en favor del bienestar que proporciona el dominio prolongado en el tiempo: “El statu quo como sinónimo de la continuidad del tiempo” (Dussel, Dussel sobre Benjamin, 2014).

Las estructuras de dominio y el estallido de las pugnas son herramientas provistas por el Estado, dada su condición como garante del control: “El surgimiento del Estado es como el de la mafia: te ofrece protección de él mismo” (Mann, 1997). La historia de la humanidad ha girado sobre las confrontaciones, “la historia de la humanidad está escrita por la lucha de clases” (Marx, 2001). “El Estado crea la guerra y viceversa” (Tilly, 1992). Esto evidencia la relación inseparable entre belicismo y Estado, siendo el primero garante del segundo.

Los profesores Marquardt y Charles Tilly exponen, a partir de la historia, la evolución del concepto de paz y Estado como formas básicas de dominación del territorio; es una visión de la pacificación, hilvanada desde perspectivas distintas a la guerra: persuasión, seducción, acuerdos. No obstante, estas distintas formas no deben observarse con ingenuidad, pues su principal característica es que “han surgido después de confrontaciones bélicas infructuosas, donde ninguno de los contrincantes logró obtener ventaja sobre el otro” (Tilly, 1992). Es el caso de los acuerdos de La Habana o lo sucedido con *la paz de Westfalia*.

En las sociedades pre-estatales “la guerra encontraba su fundamento en la defensa y expansión de los territorios” (Bernd, 2007), por parte de los señores y de los caballeros. El Estado monárquico tuvo como bandera de sostenibilidad la extensión del territorio, en favor del sistema de títulos y élites nobiliarias: príncipes y reyes. El sistema de la paz siempre ha estado ligado a la idea del territorio, así como lo estaría a la idea de Estado, tanto así que los títulos nobiliarios guardan estrecha relación con nociones territoriales: los duques son los más cercanos al centro de poder (el monarca) y se encargan de la protección del ducado; los condes amplían el espectro de poder hacia los condados, como áreas más alejadas del centro, y por último, los marqueses son los encargados de cuidar la marca, es decir, hasta dónde llega el imperio, su frontera. Así, “Rápidamente el Estado monárquico se apropió de la materia de la paz, promulgando varias *constituciones pa-*

*cis o paces territoriales*” (Bernd, 2007). Esto ratifica la inseparable relación de la pacificación con el aspecto territorial; de hecho, las más primitivas idealizaciones sobre la paz, siempre cuentan con la aptitud del territorio: “Paz territorial” y “Paz eterna sobre la Tierra” (Bernd, 2007). La sostenibilidad de esta paz impulsada desde la figura del rey como señor absoluto sobre los territorios solía ser muy pasajera, dada la posibilidad latente de perderlo todo en otra guerra. Evidentemente, la perdurabilidad de la paz sustentada estrictamente en el poder de la fuerza es muy efímera, además de onerosa, es así como idearon nuevas formas de control, dispuestas por el detentador del poder coercitivo, disminuyendo así el desgaste de la guerra sobre la base de la *autoritas* para la defensa del orden impuesto:

Se introdujo cada vez más el enfoque de la pacificación por medio del derecho penal público, es decir, por la definición enumerativa de delitos contra la paz pública, como allanamiento de morada, secuestro, lesión corporal u homicidio, lo que se fortaleció con un catálogo diferenciado de penas públicas duras, especialmente penas corporales y de muerte” (Bernd, 2007).

Guardar el orden y perdurabilidad de la paz pública fueron las bases del derecho común a las gentes contenidas en los territorios. Ejemplo de esto fue la Paz de Maguncia, que además de imponer la paz como un bien público punible, dispuso “*Cortes de justicia* que defendían la normatividad fundada en el compromiso colectivo de defender la paz pública como

bien supremo del territorio” (Bernd, 2007). El emperador romano-germánico Federico II dejó en manos de las cortes de justicia lo que otrora era potestad de la subjetividad de los caballeros, transformando la sostenibilidad del imperio en fuerza moral, sustentada en la autoridad de los jueces y sus sentencias, para dejar atrás la mera fuerza como elemento de coerción punitiva: “El Estado es el que tiene la capacidad de exigir con eficacia y plenos resultados” (Weber, 2012). El derecho, entonces, es el Estado, y la autoridad es la capacidad de exigir con éxito: “El derecho y las cortes de justicia son creados para que nadie sea el vengador de la injusticia recibida, porque donde falta la autoridad del derecho, gobiernan la arbitrariedad y la crueldad” (Bernd, 2007). La paz religiosa y territorial de Augsburgo de 1555 entre Fernando I y la asamblea imperial de los principados pacificados es la concreción de toda la antesala que intentaba la perdurabilidad de la paz de forma no bélica y por medio del derecho. Ésta tuvo la connotación de tratado político.

Tilly (1992) ratifica la idea formativa del Estado como el de una empresa criminal, con el tiempo legitimada por la fuerza y medidas coercitivas, a partir de estructuras que robustecen el poder desde el centro, en una suerte de legitimación que depende de la cercanía o distancia de este punto, desde el cual parten la moralidad, el orden y la paz pública. Así es como el sistema de élites monárquicas concéntricas dispone que sólo los territorios revestidos de legitimidad son los que están bajo la tutela del centro de poder, siendo así

criminalizados los que se sitúen en la periferia de las normas y, por lo tanto, llamados a pacificar “Durante mucho tiempo, además los grandes Estados como Borgoña e Inglaterra albergaron siempre rivales interiores de la soberanía vigente, grupos armados que también tenían algún derecho a gobernar” (Tilly, 1992). “El caso de *los Mafiusus* de Sicilia, que otrora fueron el referente de poder legítimo” (Tilly, 1992). Incluso en la actualidad aún conservan un poderío difícil de desconocer e imposible de someter, dejando como única alternativa a los detentadores de la hegemonía expulsarlos al margen de la periferia, logrando así su deslegitimación, atribuyéndoles “como delito el desconocimiento adrede de la paz pública” (Tilly, 1992).

Otro factor que se une a las causas de la pacificación como excusa para la ampliación del territorio y la paz pública es sin duda el económico, que ha sido la causa de los procesos colonizadores desde siempre: “Lucha de clases y el andar de la historia se concentra en tener al potestad sobre los medios de producción” (Poulanzas, 2020). En Colombia, particularmente, “los fines de la pacificación de los territorios ha estado unida estrictamente a lo económico” (Margarita, 2016), siendo esta condición poseedora de una característica *sine qua non*: Las dinámicas económicas que se pretenden imponer, siempre son contrarias a las que tradicionalmente se emplean en el territorio.

El profesor Rueda Rafael, en su libro *Desplazamiento forzado en Colombia*, señala la

importancia del viraje sufrido en Colombia respecto a la forma persuasiva y reivindicatoria de la pacificación con las víctimas en el marco de la justicia transicional, felicita la finalidad pacífica cargada de redención y ánimo de reparación, al tiempo que critica la forma incompleta como se hace esto. Toda vez que “la idea de desarrollo económico no es consecuente con la tradición de quien pretende regresar a su territorio” (Bedolla, 2000) del que por motivos de la guerra fue desarraigado, hallando en esto una incongruencia fáctica. Además, sostiene que incluso este método reparador de los desplazados como víctimas del conflicto armado y sujeto de reparación colectiva reincide en su victimización, dado que rotulan de *tácticas guerrilleras* las iniciativas colectivas de desarrollo planteadas por las víctimas del desplazamiento, que a gusto del sistema neoliberal resultan contrahegemónicas, sin observar que en síntesis obedecen a las dinámicas ancestrales que otrora desarrollaron y no a adoctrinamientos insurgentes.

El desplazamiento forzado de poblaciones es aún en la actualidad una herramienta a la que acuden constantemente los detentadores de la hegemonía en el marco de sus políticas de expansión, forma parte del método de producción moderno en el que la idea de dominio sobre la naturaleza “desliga a ser humano de ésta, lo desnaturaliza” (Boaventura., 2017) y la explota, entendiéndola estrictamente como *fuentes de materias primas* en favor del *Progreso*. Esto constituye apenas una de las externalidades del proceso de apertura de fronteras del mundo colonial moderno.

Colombia tiene antecedentes precisos que evidencian la relación entre expansión territorial, paz y economía. La narrativa expuesta por Margarita Serje en su obra *El revés de la nación* expone detalladamente el método de pacificación infligido sobre la población indígena de *la Alta Guajira*: “Bernardo Ruiz de Noriega era un ‘asentista de negocios y víveres a quien se le concedió el título de *pacificador*’” (Serje., 2011). Este personaje acordó con España sufragar los costos de la pacificación de los guajiros:

Como contraprestación podía disponer de los territorios pacificados, lo que significaba que tenía la facultad de repartir tierras e indios a los soldados de la hueste que participaran en la campaña y tendría, además, el asiento de los víveres en toda la provincia del Hacha (Serje., 2011).

En el caso de los territorios en La Guajira, son evidentes las transacciones en torno a la idea de la paz, reproduce la ya demostrada alianza entre la sostenibilidad de la paz y los intereses económicos. Así mismo, responde a la pregunta ¿Porqué la guerra? O más exactamente ¿por qué la guerra como instrumento para la obtención de la paz? Responde Tilly: “Los intereses económicos y de dominación deben agazaparse sobre estructuras de coerción, garantizando el manejo y sostenibilidad de la riqueza” (Tilly, 1992), haciendo necesarias: a) La expansión de la frontera del Estado, si el interés hegemónico lo requiere, b) La instauración de tratados para la perdurabilidad de lo obtenido, revistiendo los mandatos arbi-

trarios de juridicidad, autoridad y legitimidad y c) La desvinculación de poblaciones a sus territorios por medio de desplazamientos forzados, si estos territorios poseen materias primas que contribuyan a la idea del progreso. Entonces, ¿por qué hubo guerras? Porque la coerción es eficaz, el acatamiento de congéneres se consigue de forma más rápida por medio de la fuerza.

En síntesis, la paz y la acción de pacificar siempre van ligadas al Estado y al concepto de territorio, así como a un interés de tipo económico: “la resistencia guajira sugería la existencia de un problema, en tanto el contrabando o tráfico ilegal de bienes y servicios se traducía en disminución de riquezas hacia la corona española con relación a los impuestos (Serje., 2011). Si bien los métodos de pacificación varían en el tiempo, por ejemplo, en la colonia se valían de “la catequización, o la intervención política persuasiva en la sociedad wayuu, cooptando a las autoridades y líderes indígenas; no obstante, la más recurrente era la fuerza, desarrollada a partir de una serie de expediciones militares” (Serje, 2011).

Entonces, de acuerdo con la evolución planteada, debe decirse que “*la paz interna* como invención de las monarquías” (Bernd, 2007) ha sido la fuente de la real pacificación territorial y por muy lejos “la más democrática, toda vez que asume una total entrega a la justicia, a las cortes” (Bernd, 2007). Este fenómeno posteriormente se convertiría en el sostén del *estado de derecho*. Esta es la creación primigenia de la paz en función de la hegemonía,

es la instauración de controles sociales. Sin embargo, obra como un camino de múltiples conquistas de la humanidad hasta lo que actualmente poco a poco gana terreno como *paz territorial*, como concepto inspirado en las transformaciones de finales del siglo XX y principios del XXI: el estado social de derecho, el estado de bienestar, los DDHH y la paz como principio y derecho común, colectivo e inalienable.

La concepción moderna de *paz territorial* “se enfoca en el *desarrollo humano*” (Battaglino., 2018) en unidad con sus aptitudes en el territorio. No es una paz que favorece el *statu quo*, la imperturbabilidad hegemónica, pero tampoco está dentro de sus fines desconocer la estabilidad estatal provista por la figura del estado de derecho, su objeto coincide más con la pretensión de coexistir respetuosamente con las cualidades que la diversidad ofrece. Esta figura está lejos de transgredir las disposiciones del centro de poder, buscan la legitimación de sí, integrarse a una legitimidad genuina, “dejar de ser parte *del otros* para convertirse en *el nosotros*” (Alonso, 2016) “a partir de consensos” (Alonso, 2016). La paz territorial, a partir de la teoría *del desarrollo como libertad*, “insta a alcanzar las aspiraciones de la comunidad, del colectivo y no del individuo para alcanzar la paz a partir del desarrollo del territorio” (Battaglino., 2018).

La paz territorial se sustrae de la mera visión liberal y neoliberal en la que prima el individualismo respecto al ser humano. Trasciende hacia la protección de nuevos derechos donde

el Estado, como símbolo de autoridad, unifica en torno a la idea del desarrollo en los territorios, vistos éstos desde sus potencialidades, sin el excesivo robustecimiento del centro. Esto implica “la democratización de la paz” (Boaventura., 2017), porque una paz democrática pacifica la interacción social y atiende el origen de la disparidad para eliminar con ello la violencia política. Así, entonces, es una realidad que “toda democracia es pacífica, pero no toda paz es democrática” (Boaventura., 2017). La democratización acerca las sociedades a la paz territorial, de ahí que deba ser fundamentada en los derechos humanos como elemento universalizador, siendo esta máxima aspiración la medida que fundamenta la autoridad.

Una democracia constitucional tiene que diseñar e implementar en forma continua políticas de desarrollo acordes a la identidad de los territorios y de las gentes, garantizando por medio de “la ponderación y la optimización todos los derechos humanos” (Higuera, 2016) y no exclusivamente de los derechos de autonomía privada y política, así como dicta el compromiso asumido por el Estado de derecho, también los de competencia colectiva e, incluso, las otras figuras que surjan a partir de la dinámica social.

El tránsito de la pacificación a la paz y, en concreto, a la paz territorial, demanda una directa relación con la democracia a través de los derechos humanos. Además, deben aprehenderse y abordarse desde una visión colectivista que desarrolle y optimice las par-

ticuliaridades desde la cualidad esencial de la sociedad: lo común, lo colectivo.

**La actualidad colombiana expone** que es en el posacuerdo cuando las pugnas ideológicas se tramitan desde sensibilidades que llaman al consenso. El posacuerdo se vuelve “ese espacio en el cual se aumenta la conflictividad; sin embargo, esos conflictos se tramitan de manera más estética, pacífica y ética (de Zubiría, 2016). El posacuerdo “se circunscribe a un periodo histórico en el cual el binomio política y guerra es sustituido momentáneamente por los términos política y paz” (Daniel., 2012). El posacuerdo o posconflicto no significa cabalmente la extinción de los conflictos sociales; todo lo contrario, puesto que se trata de transitar hacia otro estadio en el cual confluyan las vertientes por más contrarias que sean. En ese sentido, el posconflicto está compuesto por “Resolución, reconstrucción y reconciliación” (Galtung, 2017) en miras a conquistar la resolución pacífica de las controversias, para lo cual se requiere: creatividad, empatía y no violencia (Galtung, 2017). La paz territorial llega a esta realidad como iniciativa dinamizadora del derecho al desarrollo (derecho colectivo por excelencia), pero ejercido a nivel colectivo en los territorios, a partir de las identidades del ser humano, unido inalienablemente a éste.

La paz territorial es la argumentación colectiva que surge frente al ejercicio del desarrollo como un diálogo no violento desde las incompatibilidades, considerando siempre las capacidades del ser humano en unidad con el territorio y su tradición.

**Tabla 1.**

Elementos que componen la paz territorial

ELEMENTOS	EJERCICIO Y EMPLEO
1) El reconocimiento espacial de un territorio en unión con el ciudadano y el cuidado del ambiente.	Esta delimitación especial debe comprender la cosmovisión y tradición de quien lo habita, que intrínsecamente se entiende como un sujeto de vocación colectiva en sus tradiciones, formas de producción y cuidado de su ambiente, en tanto se entiende al sujeto como parte de él, de un todo inseparable e inalienable.
2) El carácter reivindicador de la pluralidad.	“La paz debe ser promovida a partir de la afirmación de las identidades” (Haidar, 2019), generalmente minoritarias en relación con la participación democrática y con ocasión a su singular visión del mundo, creando con esto nuevo derecho y nuevas fundamentaciones.
3) El diálogo frente a la idea del desarrollo: “Desarrollo humano” (Battaglini, 2018).	Esta conversación se desarrolla en tres cualidades elementales: 1) es entre pensamientos ostensiblemente antagónicos, 2) es respecto a la visión del desarrollo como mecanismo dinamizador de la democracia y 3) es un diálogo en esencia pacífico que logra encontrar consenso entre las partes, a partir de sus diferencias, desde “el cuidado del lenguaje y los gestos” (de Zubiría, 2016).
4) La coexistencia o yuxtaposición con el control hegemónico.	Este implica que esta “existencia yuxtapuesta e invisibilizada adrede opera como contra espacio” (Foucault, 1966), en la delgada franja entre lo legítimo y lo ilegítimo, “dada su posición periférica a modo de frontera en esta disyuntiva” (Serje, 2011), es decir, existe aun cuando se niegue su existencia y aun cuando tiene su propia dinámica, reconoce la existencia del control hegemónico y sin dejar de existir, pese a la plena conciencia de su opacidad reverberante sustentada a partir su deslegitimación.
5) Colectivismo a partir de la inviolabilidad de la individualidad.	El ejercicio de ésta (de la paz territorial) es sin duda colectivo, se reivindica desde lo común, pero no transgrede la autonomía básica de la individualidad, lo cual incluye la propiedad privada misma, incluso la libertad autónoma propia de los derechos de primera y segunda generación.

Fuente: elaboración del autor

En síntesis, la paz territorial es la aplicación de los derechos colectivos en los territorios, es decir, de los derechos humanos entendidos en una visión que trasciende a la clásica observación liberal que propende por su promoción individual. Aquí la apuesta es por lo colectivo, lo cual amplía el espectro de los derechos humanos más allá de lo dispuesto por las ideas burguesas del siglo XVIII a partir de las identidades territoriales. Es decir, unos derechos humanos consecuentes en esencia y apariencia con “las tradiciones manifiestas como saberes colectivos” (Fano, 2018) de los pue-

blos que los reclaman. Los derechos humanos como obra humana son conquistas imperfectas en favor de la humanidad. En tal sentido, requieren dinamismo y renovación acorde a “la historicidad del derecho como aptitud intrínseca de éste” (Pasukanis, 2020), de ahí que requieran transformaciones, incluso en su clásica fundamentación; por supuesto, guardando lo mejor que contengan, pues aunque “los DDHH son conquistas imperfectas, no dejan de ser conquistas en favor del ser humano” (Pabón, 2012.).

## HETEROTOPIA CONTRAHEGEMÓNICA

Los derechos humanos en su tercera generación, los derechos colectivos, han sido históricamente proscritos con ocasión al rótulo que la hegemonía dispuso para ellos: los derechos colectivos son un reducto del comunismo soviético. Esta aseveración surge a partir del hilo histórico que han dejado los derechos de tercera generación. Es 1966 hacen su aparición oficial en la historia con el pacto de derechos civiles y políticos (ONU, pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1966), así como con el pacto de derechos civiles, sociales y culturales; sin embargo, tiempo atrás, al final de la Primera Guerra Mundial se da un acontecimiento determinante en la conformación de estos derechos: el revolucionario soviético Vladimir Lenin, junto con el presidente estadounidense Willson, presentan al mundo la iniciativa del *derecho a “la libre autodeterminación de los pueblos”* (ONU, pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1966), con el cual surge la idea de los derechos colectivos, toda vez que funge como herramienta para los pueblos que yacían al interior del derrotado imperio austrohúngaro, en su propósito de proclamarse como nuevos estados independientes. Lo que a la postre reveló la finalidad expresa de esta iniciativa conjunta: robustecer por medio de la anexión ideológica e, incluso, territorial a estas nuevas naciones surgidas del moribundo imperio derrotado, quedando unas bajo la tutela de la Unión Soviética y otras bajo el control de los Estados Unidos.

Tiempo después, con los dos pactos de derechos surgidos en 1963 y en medio de la creciente tensión de la guerra fría, los derechos colectivos se asociaron a las ideas soviéticas, al tiempo que se veían contrarias a las ideas capitalistas y liberales del hemisferio dominado por los Estados Unidos. Al final de la guerra fría y la consecuente caída del bloque soviético, los derechos colectivos fueron condenados por el control hegemónico estadounidense a la proscripción total, pues todo relacionado con colectivismo se relacionaba con el depuesto orden comunista, consecuentemente sobreviniendo en estos derechos criminalización y persecución, “desde la idea hegemónica de homogenización” (Gramsci, 2017), lo cual en esencia “desconoce las otras dinámicas” (Emma, 2009).

En Colombia, paralelamente, a finales del siglo XX nació la Constitución Política de 1991 como fruto de una convergencia democrática y plural de fuerzas políticas. La idea de los derechos colectivos y de la libre autodeterminación regresó con ello, en manos de la propuesta insurgente, indígena y grupos de ideología socialista, naciendo así una constitución que evolucionó de la figura del Estado de derecho a la del Estado social de derecho. No obstante, los tradicionales partidos políticos se encargaron de conservar el *statu quo* provisto por las figuras hegemónicas, logrando que la presencia de las iniciativas colectivas, si bien guardaban en sus fines relación estrecha con la idea del desarrollo conjunto y comunitario desde los territorios, su fundamentación fue estrictamente neo-

liberal, pues fue esta Constitución la que dio entrada al neoliberalismo en Colombia, quedando parte de estos derechos en meras enunciaciones sin herramientas precisas para su ejercicio dentro del texto constitucional, siempre privilegiando el modelo de desarrollo extractivista, minero, pro-extranjerización de la tierra y privatista, respecto al control de bienes y servicios de elemental subsistencia. De tal forma que, si bien se logró reconocer la defensa del medioambiente, así mismo a partir de la idea del progreso y el bien común se privilegia la destrucción de páramos y ríos.

En otros aspectos, aunque se respetó la propiedad colectiva respecto a los resguardos indígenas, para otros pueblos la suerte no fue la misma. Téngase presente que la lucha que los pueblos aborígenes viene desde el siglo XVII, ya antes “el cacique Antonio de Pisco con los comuneros de José Antonio Galán había reclamado los territorios indígenas otorgados por el monarca de la época” (Ruiz, (2017)). Posteriormente, “Simón Bolívar en la revolución ilustrada suramericana les reconoció los territorios como parte de su identidad cultural ancestral” (Ruiz, 2017). Sólo hasta la Constitución de 1991, que contó con la representación especial del movimiento insurgente Quintín Lame, se logró materializar el respeto y reconocimiento de la condición diferenciada y plural de estos pueblos y sus territorios. Pero al margen de esto se desconoció el derecho a la igualdad, en tanto contienen las mismas condiciones que ostentan los pueblos indígenas a los pueblos afros y al campesinado, que sin duda son poseedores de una

identidad distintiva a partir de sus saberes, tradiciones y costumbres en el territorio, sin obviar el fracaso de “la iniciativa regional y provincial” (Constituyente, 1991), que es una deuda pendiente con las múltiples naciones contenidas en el Estado colombiano.

En todo caso, afortunadamente con la Constitución de 1991 surgió la Corte Constitucional, destinada a defender la Carta Magna y los derechos humanos, en tanto “a través de la optimización de éstos ha extendido el catálogo de derechos fundamentales” (Higuera, 2016), elevando a rango constitucional instituciones jurídicas que antes no figuraban en este estatus, a partir de la figura del bloque de constitucionalidad: “los derechos fundamentales son la constitucionalización de los derechos humanos” (Alexy, 2012). Esta creciente expansión del catálogo de derechos fundamentales ha llegado incluso a cobijar con la acción de tutela a figuras de derecho colectivo como “*la consulta previa*” (Colombia C. d., 1993) o *la defensa del medioambiente* (Constituyente, 1991), lo cual es producto del desarrollo “del neoconstitucionalismo latinoamericano” (Higuera, 2016), línea de pensamiento jurídico muy cercana a la idea “que pretende la decolonización” (Mignolo, 2018) del derecho desde la interpretación de las dinámicas sociales unidas a “la optimización y ponderación, como herramientas principales en la interpretación” (Higuera, 2016). Es decir, un derecho con identidad propia, de acuerdo con las tradiciones territoriales, un derecho más genuinamente colombiano, y “sin duda de cualidades colec-

tivas, toda vez que se nutre de los saberes de los pueblos” (Acosta Oidor, 2019).

En ese mismo sentido, desde 1991 han interactuado en Colombia figuras del derecho internacional e iniciativas políticas desde sectores alternativos a favor de la identidad, como parte de la autodeterminación, de los derechos colectivos y del desarrollo. En el primer espectro se resalta el incorporado convenio 069 con la OIT (OIT, 1989), el cual reconoció la defensa para los territorios colectivos de los pueblos indígenas en Colombia, a partir de “la misma visión ancestral que en otrora Simón Bolívar reconoció”. En el segundo orden se destaca la introducción del “enfoque ecocéntrico por parte de la Corte Constitucional, con el cual reconoció los derechos bioculturales...” (Corte Constitucional, 2016) y la iniciativa legislativa liderada por los movimientos sociales que representaban a las comunidades afrodescendientes, dando a luz la “Ley 70 de 1993” (Colombia C. d., 1993), que equiparó “los concejos comunitarios afros y sus territorios ancestrales al mismo nivel de beneficios y distinción étnica de los pueblos indígenas”, extendiendo el derecho a “la consulta previa a estos pueblos minoritarios de ascendencia afrocolombiana” (Colombia C. d., 1993).

Ya para 1994, por medio de “la Ley 160” (Sánchez, 2018) los campesinos fueron reivindicados a través del reconocimiento de las “zonas de reserva campesina” (Ley 160, 1994); sin embargo, la resistencia desde el poder central, representada en las élites y los grandes

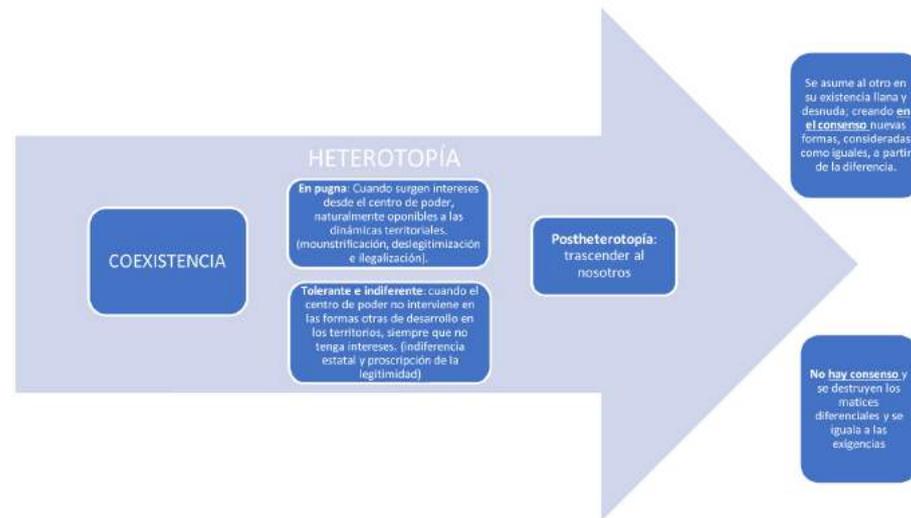
latifundistas, se opuso a la implementación de esta figura de derecho colectivo, marginándola y criminalizándola bajo el supuesto de favorecer los territorios de la insurgencia, “incluyéndolos desde el poder hegemónico propagandístico en el espectro de la ilegalidad” (Gramsci, 2017) de las guerrillas. Desde 1933, con “la Ley 200” (Colombia c. d., 1936) se había pretendido otorgar territorio a los campesinos; sin embargo, las élites y los señores de la tierra se opusieron violentamente al “carácter social de la propiedad privada” (Colombia c. d., 1936). Hoy, en el marco del posacuerdo, la balanza se inclina un poco más en favor del campesinado, puesto que el acuerdo de La Habana, en su primer punto “Reforma Rural Integral”, aborda el problema campesino como una consecuencia del no reconocimiento de su estatus especial y diferenciado del resto de la sociedad. En ese sentido, propone retomar categorías ya dispuestas como “El trabajador con vocación agraria, la mujer rural” (Colombia, 2016) y crea la categoría de “sociedad rural” (Colombia, 2016), otorgando beneficios específicos en razón del estatus especialísimo de este sector de la población colombiana, preponderantemente respecto al modelo de desarrollo que reclaman desde estos territorios, en una perspectiva más colectiva que individual, en especial medida respecto a la titulación colectiva de la propiedad, siempre desconocida por el establecimiento, dado que asocia un reconocimiento de esta envergadura como una afrenta al modelo de desarrollo económico, toda vez que según ellos atenta contra la propiedad privada y el neoliberalismo.

Como es evidente, y según explica la tabla que define técnicamente *la paz territorial*, eventos como los descritos operan como circunstancias contrahegemónicas desde todas las perspectivas, entendida la “hegemonía como el modo en que las clases dominantes imponen el control social sobre las clases menos favorecidas, especialmente desde la economía, la política y la cultura” (Gramsci, 2017). Naturalmente, este control social es el instrumento para preservar su forma de vida, lo cual circunscribe el concepto en el plano materialista: “El carácter económico es el centro de las relaciones de poder y de la lucha de clases” (Poulanzas, 2020). Es decir, todo gira en torno al modelo de producción y desarrollo económico, por lo cual el ejercicio hegemónico en el caso colombiano y en la gran mayoría del hemisferio occidental, de control exclusivo de los Estados Unidos, es respecto a la preservación de su doctrina capitalista y neoliberal, siendo estas iniciativas productivas colectivas una afrenta a este sistema, que además las relaciona con las antiguas estructuras comunistas del siglo XX. El posacuerdo, entre tanto, ha exacerbado la visible existencia de “clases diferentes o fracciones autónomas” (Poulanzas, 2020) de las que surgen *efectos pertinentes* sobre los niveles de la estructura hegemónica, en una suerte de contrapoder, como sucede con las tradiciones en marcha dentro de las zonas de reserva campesina, “la coyuntura refleja la individualidad histórica singular de una formación social” (Poulanzas, 2020). Este efecto, “ejerce su fuerza social sobre la estructura de poder fundamentalmente a partir de las prácticas de producción” (Pou-

lanzas, 2020), por eso la idea del desarrollo a partir de las identidades es la base fundamental de la paz territorial, que es el ejercicio en los territorios de los *derechos colectivos* y, a su vez, es el instrumento reivindicador de estos derechos y de las comunidades, que tienen la autodeterminación como bandera y ven en “la afirmación de su identidad, una herramienta de resistencia contra la violencia del conflicto” (Acosta Oidor, 2019), recordando siempre que la base de esta paz es el *desarrollo humano*, entendido desde la colectividad, lo cual aporta otro factor distintivo de la condición contrahegemónica de los derechos humanos trascendidos a esta visión colectiva: el posconflicto “rompe la continuidad del tiempo” (Dussel, 2014), igual que “el tiempo actual”, puesto que es un espacio de transformación en el cual surge la fuerza “del sujeto revolucionario, que en esencia es un sujeto colectivo” (Gramsci, 2017). Esto implica que la paz territorial es una herramienta para la transición, para “el reconocimiento de esas alteridades, de esos espacios otros, en procura de lograr consensos” (Alonso, 2016) que lleven a las sociedades hacia nuevos panoramas a partir de sus prácticas y doctrinas: “utópico o no, el hecho es que para Kant un proyecto de paz definitiva no puede ser concebido sin una visión cosmopolita del derecho y la justicia” (Oropesa, 2004). Las heterotopías “en gran medida forman parte de las sociedades modernas, como *contra espacios* que se yuxtaponen a la oficialidad de la realidad” (Alonso, 2016), son desconocidos adrede y forman parte *del otros*; así mismo, “suelen mounstrificarse” (Emma., 2009.), criminalizarse, deslegitimarse, cuando

se hacen evidentes, pero ese hecho no determina que dejen de existir; todo lo contrario, se fortalecen a partir de la resistencia en su identidad, generando coexistencias (toleran-

tes o en pugna) para trascender *al nosotros* en un momento postheterotópico, estas son las heterotopías:



**Figura 1: Titulo Comportamiento de las heterotopías**

Fuente: elaboración del autor

La flecha es la heterotopía que impregna todo el proceso, lo cual implica que en el momento de la “coexistencia” (tolerante-indiferente o en pugna) es el nudo, la ejecución misma de la alteridad; entre tanto, el momento de la *postheterotopía* es la cercanía al fin de la transición, en el cual se logra el consenso, del cual surgen las dos consecuencias atinentes *al nosotros*. Todo depende de la identidad, del nivel de resistencia de “ese pensamiento cimarrón” (Curiel, 2018), puesto que “los contra espacios siempre se ven coercionados a ser “purificados” (Acevedo, 2017).

“Las heterotopías son territorios emocionalmente diferentes” (Alonso, 2016), se

requiere consenso para llevarlos a realidades plenas, *al nosotros*, esto significa que llevan inmersa la condición colectiva en algún momento. El posacuerdo colombiano, en tanto, reivindica el enfoque pluriétnico, de género, agrario y colectivo, formando parte de esta circunstancia, eso incluye a la paz territorial. Marcel Duchams lo describe así: “es igual a cuando entras en un quirófano y al lado de la mesa de cirugía hay un paraguas” (Alonso, 2016). Al principio será un poco conflictivo todo, pero si los elementos distintivos resisten, después del consenso habrá una nueva identidad “dada a partir de la voluntad inagotable de transformar la vida y resolver los conflictos desde las virtudes éticas: la valentía del corazón y amor a la paz”. (Benjamin, 2015).

Entonces, estos espacios siguen existiendo, pese a ser proscritos desde el control hegemónico, a ser expulsados a la periferia de la deslegitimación. Colombia en la actualidad atraviesa por el “Jetzt Seit o el momento ahora” (Dussel, 2014), en el cual las circunstancias deben replantearse a partir del consenso, para otorgar realidad plena a estas pseudoutopías llamadas heterotopías. En Colombia, aún para derechos plenamente reconocidos, existe ambigüedad jurídica, por fortuna la Corte Constitucional por medio de sus sentencias ha optimizado los derechos colectivos y las comunidades que los reclaman. “La falta de reglamentación de la Ley 70 de 1993 está negando la posibilidad de cientos de titulaciones colectivas, violando *el derecho fundamental al territorio*, incluso del primer pueblo libre de América, Palenque de San Basilio” (Córdoba, 2020). Como se observa, aun cuando existen obligaciones internacionales respecto al Estado colombiano en materia de afrodescendientes siguen en la ignominia las reivindicaciones a estos pueblos: “los Estados nacionales deben procurar en materia de derecho a la igualdad y la no discriminación, programas de educación sobre la igualdad, amplias medidas para facilitar la participación y la inclusión de una población descendiente de esclavizados” (ONU, 2014).

### **EL POSACUERDO: IMPLICACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS**

Habiendo aclarado la ostensible interacción heterotópica y contrahegemónica de la paz territorial; a continuación, por medio de

ejemplo concretos en la práctica jurídica, se analiza y describe su implicación sobre los derechos humanos en general y respecto a los derechos colectivos en particular, como protagonistas en el desarrollo de La paz territorial.

Los derechos humanos en Colombia, a partir de la brecha del posconflicto, se encuentran en una condición contrahegemónica, en tanto exponen una trascendencia hacia un espectro colectivo. Los DDHH en su fundamentación primitiva se deben a las ideas de La Ilustración, por lo cual forman parte del imaginario burgués, son liberales, enarbolan la igualdad y la libertad como bandera de su ejercicio. Esa primera idea construye el imaginario de las revoluciones emancipadoras en América, pero resultan incompletos al desconocer la humanidad de otros: los esclavos traídos de África, los indígenas nativos de América y la mujer misma. De ahí que Bolívar, Alexandre Petion, entre otros independentistas, fueran los primeros en re-fundamentarlos de forma material, es decir, a través de una revolución, extendiéndolos hacia estas *otras gentes*, pese a ser desconocidos en su intención por las élites criollas. Un ejemplo de esto es el reciente reconocimiento de “la construcción del Estado nación en cabeza del presidente Juan José Nieto” (Múnera, 2020), el único presidente afrodescendiente en la historia colombiana, apenas diez años después de “la abolición de la esclavitud en Colombia” (Helg, 2004). En esa ocasión los derechos liberales de la revolución francesa fueron sustraídos del plano de la individualidad liberal y llevados hacia nocio-

nes colectivas que se desprendían del hecho histórico, interiorizando una nueva identidad continental y poblacional: la de América y el Caribe; dándole igualdad de condiciones el afrodescendiente, al mestizo, al blanco, al indígena, al sambo, al mulato y a la mujer, no en vano Manuelita Sáenz ostentó el rango de coronela.

Posteriormente, la Constitución de 1991 trajo consigo el Estado social de derecho, los derechos colectivos, los derechos fundamentales, la Corte Constitucional, la acción de tutela y la entrada del modelo económico neoliberal, lo cual evitó desarrollar los derechos colectivos de forma cabal. Sólo hasta el posacuerdo se han logrado introducir las reformas jurídicas pendientes en esta materia, precisamente en un acto de identidad jurídica mas consecuente con la realidad de los territorios, así como tiempo atrás sucedió con las revoluciones ilustradas con sello suramericano y caribe. Hoy se nutre todo este proceso desde “la decolonialidad”, “el neoconstitucionalismo latinoamericano” (Higuera, 2016) y la cultura de los derechos humanos ejercida desde un significativo valor territorial e identitario.

Así las cosas, los derechos humanos desde la paz territorial se optimizan en torno a la idea del colectivismo, transformando a los derechos colectivos en fundamentales. Como sucede con *el derecho a la reparación* de las víctimas, que de su inicial alcance individual, a través del modelo de justicia restaurativa y la Ley 1448 de 2011, creó la figura de “sujeto de reparación colectiva” (Ley 1448, 2011),

brindando concesiones emblemáticas de esta condición, como el de la Universidad del Atlántico, “serán sujetos de la reparación colectiva:

Grupos y organizaciones sociales y políticos;  
2. Comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social que se haga del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o un propósito común (Ley 1448, 2001).

A continuación, se describen otros ejemplos.

**La ley que crea las Zidres** (Ley 1776 de 2016) ejemplifica la coexistencia entre el neoliberalismo y el colectivismo, garantizando *el derecho al territorio* para la sociedad rural y campesina:

(...) Las Zidres deberán encontrarse aisladas de los centros urbanos más significativos; demandar elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas; carecer de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos. (...) Los proyectos de las Zidres deben estar adecuados y corresponder a la internacionalización de la economía, sobre bases de alta competitividad, equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Ley 1776, 2016).

Como se observa, esta figura corresponde a la necesidad de desarrollar las zonas rurales en torno a la producción agraria en una ejecución colectiva, al tiempo que incluye el modelo neoliberal en cuanto al desarro-

llo económico: “Las Zidres se consideran de utilidad pública e interés social, excepto para efectos de expropiación” (Ley 1776, 2016). La propiedad privada, en su disposición comercial, sigue rigiendo en manos del Estado; no obstante, garantiza el acceso a la tierra como un derecho fundamental “para el fortalecimiento de la vida rural”.

Finalmente, esta ley reconoce “la condición de territorio colectivo que las zonas de reserva campesina” (CPC, 2017), poseen al equipararlas con las otras figuras ya reconocidas para afrodescendientes e indígenas:

Artículo 29. Restricciones a la constitución de las Zidres. No podrán constituirse Zidres en territorios declarados como resguardos indígenas, zonas de reserva campesina debidamente establecidas por el Incoder, o quien haga sus veces, territorios colectivos titulados o en proceso de titulación de las comunidades negras. (CPC, 2016).

### **Categoría de mujer rural y trabajador agrario**

En las zonas de reserva campesina se materializa la identidad campesina, como resultado del derecho fundamental al territorio, “la mujer rural y trabajador agrario” (Colombia, 2016) como estatus jurídico y constitucional son el carácter subjetivo que identifica al ser de estos territorios colectivos, representando para las zonas de reserva campesina lo que el indígena para el resguardo o el afro para el consejo comunitario, de acuerdo con la equivalencia expuesta por la Ley 1776 de 2016.

Esto implica que las zonas de reserva campesina son un derecho colectivo, lo cual es bastante novedoso, pero no se queda ahí el avance social y jurídico, trasciende a nuevas visiones, como El buen vivir y El desarrollo humano a partir del derecho a la vida, a la dignidad y a “la subsistencia como grupo social determinado” (CPC, 2016), llevando los derechos humanos de una condición estrictamente liberal y burguesa de los siglos XVII y XIX a una acorde con las dinámicas sociales del siglo XXI, que en síntesis reivindica el carácter colectivo de las prerrogativas, tomando en cuenta la universalidad del ser humano respecto al “medioambiente, el desarrollo humano unido al territorio” (CPC, 2016), al mejor estilo del “Sumaq Kausay o Sumaq kamaña, la vida buena” (Dussel, 2018) o en palabras de Boaventura de Sousa: “la naturalización del hombre y la humanización de la naturaleza” (Boaventura, 2017). Así mismo, desde la resistencia, como aptitud esencial de estos derechos humanos con identidad propia del territorio, se vale de la *paz territorial* para legitimar las heterotopías, pues se requiere “para la reconstrucción del campo, tomar conciencia de la violencia epistémica y repensar la identidad como reto intercultural” (Fino, 2019). Finalmente, el Acuerdo de La Habana reconoce en estas comunidades especiales la más genuina herramienta en procura de un desarrollo económico sostenible, que respete desde el buen vivir la relación entre medioambiente y ser humano:

Que a la transformación estructural del campo y en particular al cierre de la frontera agrícola,

contribuyen los campesinos, las campesinas y las comunidades indígenas, negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras y demás comunidades étnicas en sus territorios, con un ordenamiento socioambiental sostenible. Para ello es necesario el reconocimiento y apoyo a las Zonas de Reserva Campesina (ZRC) y demás formas de asociatividad solidaria (Colombia, 2016).

### **El enfoque étnico del acuerdo de La Habana**

Es la síntesis de la condensación de la *paz territorial*, pues en este enfoque confluyen el carácter ambiental, el desarrollo humano, la identidad y el territorio en un componente estrictamente colectivo.

El acuerdo especial para la terminación del conflicto armado en Colombia estructuró algo que denominaron el capítulo étnico, en el cual la base fundamental es la identidad. Resaltan la transformación de derechos como “la seguridad de la persona” (ONU, Declaración universal de los derechos humanos, 1948), siendo el Estado su garante, lo cual permite, desde la perspectiva diferencial, que en San Basilio de Palenque se estructuran sus mecanismo de defensa civil ancestral: “La guardia cimarrona” (Colombia, 2016). Lo mismo sucede con los pueblos aborígenes y su “guardia indígena” (Colombia, 2016). Es la promoción y garantía de su identidad la que asegura su subsistencia. Así como con la política pública respecto al manejo de cultivos denominados de tipo ilícito: “(...) donde haya presencia de grupos étnicos, se considerará la

consulta en primera medida respecto de cultivos considerados como ilícitos pero que en su cosmovisión tienen carácter de sagrado” (Colombia, 2016).

### **Protección del medioambiente, el agua y la naturaleza**

La idea de la protección al medioambiente transita hacia un espacio espiritual, tradicional y de desarrollo económico, en la medida en que une al ser humano con el territorio y con el desarrollo sostenible como parte del desarrollo humano, cambiando sustancialmente la relación hombre-naturaleza, puesto que desde “el buen vivir” la naturaleza no es instrumento de explotación, ésta es la madre, “*La Pacha*, la que provee, por lo cual, no se le debe explotar” (Boaventura., 2017). La relación es de sostenibilidad y respeto, acorde a la cosmovisión campesina, afro e indígena. Ya la Corte había relacionado la necesidad de unir la tradición y las cosmovisiones al territorio, replanteando con esto su clásica visión jurídica, trascendiéndola más allá *del deslinde y amojonamiento*, creando un nuevo derecho a partir de la visión colectiva de las naciones del *Teyuna*: “*Línea negra de la Sierra Nevada de Santa Marta*” (Corte Constitucional, 7 849, 2014).

Esto confluye en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que determina que “la naturaleza es sujeto de derechos” (Corte Constitucional, 2016). De ahí que “el enfoque ecocéntrico y la defensa de los derechos bioculturales” (Corte Constitucional,

2016) sea la bandera de la Corte en pro de una conciencia ecológica como parámetro para “el correlato de poder con las comunidades” (Foucault, 2008) o la atención a los saberes colectivos tradicionales. De este modo, *el medioambiente*, además de considerarse parte de los derechos humanos, “hoy la Corte Constitucional los reconoce como derechos fundamentales, dada la relación directa entre el supervivencia del ser humano y el medioambiente”. (Corte Constitucional, 2016):

En la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que como tal deben ser protegidos y garantizados. En este sentido, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. Postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la nación (Corte Constitucional, 2016).

La sentencia que reconoce al río Atrato como sujeto de derechos, así como la que dispone “la misma condición para el valle de Cocora” (Quindío, 2020), hacen de los derechos humanos figuras contrahegemónicas a partir de sus trascendencia hacia lo colectivo, lo cual se contraponen al modelo neoliberal extractivista que privilegia la iniciativa individual y privada, al tiempo que condena la propiedad colectiva, es decir, optimiza la condición fundadora liberal y burguesa de los derechos humanos en favor de las colectividades y “las

identidades otras” (Foucault, 1966). Esa misma condición ostenta el derecho *al agua*. El acuerdo de La Habana “demanda para los territorios, los colectivos y la producción del trabajador rural el acceso democrático al agua como un derecho fundamental” (McGoldrick, 2019), En sintonía con esto, la Corte Constitucional señala que: “este es un derecho fundamental” (Corte Constitucional, sentencia T-740, 2011) “a partir de estos criterios: disponibilidad, accesibilidad y calidad” (Corte Constitucional, 2016). “En sintonía con los antecedentes expuestos anteriormente la jurisprudencia de esta Corporación también ha reconocido que el agua es un recurso vital para el ejercicio de derechos fundamentales al ser humano y para la preservación del ambiente” (Corte Constitucional, 2016).

## CONCLUSIONES

- a) La paz ha evolucionado en el tiempo a través de tres etapas, según la perspectiva de los DDHH: 1) La paz “como pacificación violenta” busca consolidar el orden del territorio y sus gentes desde el derecho como mecanismo de control (La paz universal); 2) La paz que promueve *dinámicas comunes* del territorio y otorga los derechos colectivos como herramienta frente a los excesos del Estado; 3) La paz, como la nueva paz territorial que encuentra en la colectivización de los derechos humanos y en el Estado social de derecho los elementos claves para una teoría del desarrollo humano, en consonancia con la protección de la naturaleza

y de un desarrollo sostenible, facilitando el disfrute de los derechos como una aspiración de la comunidad, no del individuo, con lo que se denota una evolución del concepto directamente influenciada por la transformación misma de los fundamentos de los derechos humanos, que en la actualidad se revisten de una identidad propia, de acuerdo con la expresión de los territorios.

- b) El escenario actual de posconflicto en Colombia sitúa los derechos colectivos como parte esencial de los DDHH en una coexistencia de realidades, como una heterotopía contrahegemónica entre el neoliberalismo del siglo XX, el Estado de derecho, los derechos liberales del siglo XVII, desarrollados plenamente en el siglo XIX, y la nueva visión de *paz territorial*, que lleva estos derechos hacia la aplicación genuina del Estado social de derecho en una visión colectiva.
- c) Los derechos humanos siguen siendo el elemento primitivo e intrínseco de las transformaciones al concepto paz, ya que tienen la capacidad de encumbrarlo como derecho y como principio a partir de su democratización, porque si “los derechos fundamentales son la constitucionalización de los derechos humanos” (Alexy, 2017), la paz territorial es la transformación de los derechos colectivos en fundamentales.
- d) Los derechos humanos se encuentran actualmente en una condición contrahegemónica dada su trascendencia hacia lo colectivo en el marco del posacuerdo

y la paz territorial. Esto implica que siendo el centro de la discusión la figura de desarrollo y el progreso, la clásica idealización burguesa y liberal de los derechos humanos tiene que optimizarse hacia las nuevas visiones del neoconstitucionalismo latinoamericano, el buen vivir, “la pacha Sofía” (Acosta, 2019) y el pensamiento cimarrón, como parte de “la deconstrucción decolonial de una nueva identidad” (Quijano, 2014).

- e) La paz territorial es la argumentación colectiva que surge desde la identidad de los territorios y sus gentes frente al ejercicio del desarrollo, como un diálogo no violento a partir de las incompatibilidades, considerando siempre las aptitudes del ser humano en unidad con el ambiente y su tradición, en una suerte de “naturalización de la humanidad y humanización de la naturaleza” (Boaventura, 2017).

## BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, A. (2017). *Utopía/Heterotopía (Utopie/hétérotopie)*. In Michel Foucault: *Vocabulario de nociones espaciales* (pp. 80-84). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso. doi:10.2307/j.ctvtwx3f4.25.
- Acosta Oidor, C. U. (2019). Reconciliación y construcción de la paz territorial en Colombia: el caso de la comunidad nasa. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 121, 91-112. Obtenido de <https://doi.org/crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/10.24241/rcai.2019.121.1.91>.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fun-*

- damentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2017). *Teoría sobre los derechos fundamentales*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=EfyexYeNboo>.
- Alonso, M. G. (2016). Heterotopías del territorio. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=htw2r4QF8kQ>.
- Antonio Balbas, P. (1776-1774). Recopilación de leyes de los reinos de las Indias de 1680.
- Battaglini (2018). El desarrollo humano como libertad: una aproximación a la propuesta del enfoque de las capacidades de Amartya Sen, 16, 4-21.
- Bedolla, R. (2000). Desplazamiento forzado y la pacificación del país. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/70057>.
- Benjamin, C.P. (2015). *Ética del posconflicto*. Bogotá. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=ZNSpk1rpgvY&t=24s>.
- Bernd, M. (2007). ¿Paz por estatalización, paz por cortes de justicia, paz por tratado, paz por soberanía, ¿paz por derecho penal? *Revista Pensamiento Jurídico* 26, 3, 17-59.
- Boaventura, D. S. (2017). *Democracia y transformación social*. Bogotá, p. 274.
- Colombia (2016). *Acuerdo de paz*.
- Corte Constitucional (1994). Ley 160.
- Corte Constitucional (1994). Ley 60.
- Corte Constitucional (2011). Ley 1448.
- Corte Constitucional (2011). T-740.
- Corte Constitucional (2016). Ley 1776.
- Corte Constitucional (2016). Acto legislativo 01.
- Corte Constitucional (2016). Ley 1776.
- Corte Constitucional (2016). Sentencia T-622. Obtenido de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_183b0f3e7b0e4d778783cd82a7c59b9f](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_183b0f3e7b0e4d778783cd82a7c59b9f).
- Corte Constitucional (2017). Sentencia C-077.
- Corte Constitucional (1936). Ley 200. Obtenido de <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1654991>.
- Corte Constitucional (1993). Ley 70. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404>.
- Corte Constitucional (2015). T 080.
- Corte Constitucional (2012). Sentencia T-376.
- Corte Constitucional (1997). Sentencia SU 039.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia SU 510.
- Corte Constitucional (2016). T-622.
- Constituyente (1991). *Constitución política*. Obtenido de <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>.
- Constituyente (1991). *Constitución política*. Bogotá.
- Córdoba, P. (2020). El reconocimiento en el Decenio Internacional de los Afrodescendientes 2015-2024. *Las dos orillas*.
- Curiel, O. A. (2018). ¿Qué es la decolonialidad? Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=2non\\_MMVXGc&t=7s](https://www.youtube.com/watch?v=2non_MMVXGc&t=7s).
- De Zubiría (2016). *Ética del posconflicto*. Bogotá.
- Dussel, E. (2014). Dussel sobre Benjamin. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=JuGyjGosmR4>.

- Dussel, E. (2018). El buen vivir. Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=D-LIEm\\_6Smds](https://www.youtube.com/watch?v=D-LIEm_6Smds).
- Emma, L. (2009). Los rostros del otro. España.
- Fano, L. (2018). Bienes comunes y territorios de paz en Colombia. *Clacso*.
- Fino, C. (2019). Tierra y trabajo en la Colombia rural. Bogotá.
- Foucault, M. (2008). Seguridad territorio población. Madrid: AKAL.
- Foucault, M. (1966). Les heterotopías. París. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=IxOruDUO4p8>.
- Galtung, J. (2017). Teoría de los conflictos. “Teoría y práctica en la construcción de paz, experiencias de una vida”. Madrid. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=9XRoyagl6z0>.
- Gramsci (2017). Cuadernos de la cárcel. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=akEGzozunmk>.
- Haidar, V. C. (2019). Estilos de desarrollo y buen vivir, 17-34. Obtenido de doi:10.2307/j.ctvt6rm1f.4.
- Helg, A. (2004). *Liberty and Equality in Caribbean Colombia, 1770-1835*. North Carolina.
- Higuera, D. (2016). Neconstitucionalismo. Bogotá. Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=oAfV6l\\_Ciss](https://www.youtube.com/watch?v=oAfV6l_Ciss).
- Mann, M. (1997). *Las fuentes del poder social*. Alianza Editores.
- Margarita, S. (2016). Geopolítica de la ocupación territorial de la nación colombiana. *Revista Gestión y ambiente*, 9 (3), 21-27.
- Marquart, B. (2015). Historia de derechos humanos y fundamentales ¿valores universales o hegemonía moral de occidente? Bogotá: Ibáñez Ed.
- Marx (2001). Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850.
- McGoldrick, T. A. (2019). El agua como derecho humano. *Estudios: filosofía, historia, letras*, (131), 27-45. Obtenido de <https://doi.org/10.5347/01856383.0130.000295791>.
- Meertens, D. (2016). Justicia de género y tierras en Colombia: desafíos para la era del ‘pos-acuerdo’. *European Review of Latin American and Caribbean Studies / Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* (102), 89-100. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/44028194>.
- Mignolo, W. (2018). Decolonialidad. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=C3VpuzHod9s>.
- Múnica, A. (2020). El Caribe colombiano en la república andina: identidad y autonomía política en el siglo XIX. Obtenido de <https://www.jstor.org/stable/25613338?seq=1>.
- OIT (1989). Acuerdo 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales. Obtenido de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169).
- ONU (1948). Declaración universal de los derechos humanos. Obtenido de [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf).
- ONU (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

- ONU (2014). Resolución 69/16 del 18 de noviembre del 2014. Programa de actividades del Decenio Internacional para los Afrodescendientes. Obtenido de [http://www.iri.edu.ar/publicaciones\\_iri/anuario/anuario\\_2](http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/anuario_2).
- Oropesa, T. S. (2004). Kant y su proyecto de una paz perpetua. *Revista digital universitaria UNAM*, 5(11). Obtenido de <http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art77/int77.htm>.
- Pabón, J. (2012.). Memoria y justicia transicional. Crítica a la ley de justicia y paz en Colombia. Madrid: Académica Española.
- Pasukanis, E. (2020). Teoría general del derecho y marxismo. Obtenido de [https://www.youtube.com/watch?v=GhZL\\_P7nJfE](https://www.youtube.com/watch?v=GhZL_P7nJfE).
- Platón (2004). *La República*. El Cid Editor.
- Poulanzas (2020). Política de clases sociales. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=9P0PVQj7TaA>. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=-9P0PVQj7TaA>.
- Quijano, A. (2014). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. Buenos aires: Clacso. Obtenido de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140507042402/eje3-8.pdf>.
- Quindío, T. S. (2020). Valle de cocora como sujeto de derechos. Recuperado de: <https://umcentral.umanizales.edu.co/index.php/el-valle-del-cocora-fue-declinado-como-sujeto-de-derecho/#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20de%20Justicia,-Cocora%20como%20sujeto%20de%20derecho>.
- Ruiz, M. A. (2017). La tenencia colectiva de la tierra en Colombia: antecedentes y estado actual. Obtenido de URL: <http://www.jstor.com/stable/resrep16252>.
- Sánchez, M. (2018.). La paz territorial mas allá del acuerdo de La Habana. Bogotá.
- Serje (2011). *El revés de la nación: territorios salvajes; fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Serje, M. (2006). Geopolítica de la ocupación territorial de la nación colombiana. *Revista Gestión y Ambiente. UNAL*. Obtenido de
- Sousa, B. D. (2018). Citado por David Llinaz. Disputas por tierras durante el primer constitucionalismo neogranadino. Bogotá.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos 990 -1990*. Madrid : Alianza Editorial S.A.
- Weber (2012). *La sociología del poder*. Alianza.



# El Estado federal y la distribución de competencias legislativas en México<sup>1</sup>

## *The Federal State and the distribution of the legislative jurisdiction in Mexico*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9748>

### Resumen

En este artículo se analizan las teorías tradicionales y actuales del federalismo y los diferentes modelos del federalismo moderno. Se realiza una aclaración conceptual sobre los términos federación, Estado federal y federalismo. Adicionalmente, se desarrolla el tema de la distribución de competencias legislativas en el federalismo mexicano, comenzando con las bases constitucionales y jurisprudenciales, para concluir con la evolución del contenido del artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomando en cuenta que México integra federalismo dual, flexibilidad para la distribución de competencias legislativas, complejidad por jurisdicción legislativa concurrente, federal y local.

**Palabras clave:** Estado federal, federalismo, competencias legislativas, México.

### Abstract

This article analyzes the traditional and current theories of federalism and the different models of modern federalism. A conceptual clarification is made about the terms federation, federal State and federalism. Additionally, the issue of the distribution of legislative powers in Mexican federalism is developed, beginning with the constitutional and jurisprudential bases, to conclude with the evolution of the content of article 124 of the Political Constitution of the United Mexican States, taking into account that Mexico it integrates dual federalism, flexibility for the distribution of legislative powers, complexity due to concurrent federal and local legislative jurisdiction.

**Keywords:** Federal State, Federalism, legislative jurisdiction, Mexico.

### Luis Xavier Garavito Torres

Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, Campus Mexicali, Baja California, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3369-6249>. [lgaravito@uabc.edu.mx](mailto:lgaravito@uabc.edu.mx)

### Cómo citar:

Garavito, L. X. (2022). El Estado federal y la distribución de competencias legislativas en México. *Advocatus*, 19(38), 87-103. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9748>



### Open Access

### Recibido:

29 de octubre de 2021

### Aceptado:

26 de mayo de 2022

<sup>1</sup> Artículo se realiza en el marco de la asignatura "Derecho constitucional local" del Programa de Doctorado en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Resultado del Programa de Incentivo a la Investigación para Tesis Doctorales (Generación 2018-2020). Apartes de esta investigación están incluidos en el capítulo de libro de elaboración propia que se cita: Garavito Torres, Luis Xavier y Luis Enrique Concepción Montiel, "El Estado Federal y sus contrastes" en Bermúdez Vázquez, Manuel (Coord.), *Luces en el camino: filosofía y ciencias sociales en tiempos de desconcierto*, Dykinson, S.L., Madrid, 2021, pp. 1531-1552. ISBN: 978-84-1377-322-3.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo se basa en los términos Estado federal, federalismo y federación. La importancia de analizar este sistema de gobierno radica en que actualmente se considera el más utilizado por los Estados (Soto, 2006, p. 44). Este tipo de organización presenta diversas variantes (Soto, 2006, p. 44), según los antecedentes históricos y el surgimiento de cada Estado como federación. Por ejemplo, los casos de Estados Unidos de América, Alemania y Suiza, que se constituyeron como federación por la voluntad de sus Estados miembros, contrario a los Estados federales que se decretan sobre la base de una división nacional anterior, como Bélgica, México y otros países latinoamericanos (Soto, 2006, p. 35). Por esta diversidad (Cabrero, 2007, p. 7) se hace necesario analizar las teorías y modelos del sistema federal para identificar algunas de sus variaciones, establecidas por la doctrina a lo largo del desarrollo del Estado federal. Posteriormente se analiza la distribución de competencias legislativas en México como parte de la división de poderes, mediante una revisión histórica de los textos que anteceden al actual artículo 124 constitucional, incluyendo algunas iniciativas que no fueron integradas.

### ESTADO FEDERAL: LAS TEORÍAS SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

A continuación, se exponen algunas teorías clásicas y actuales que fundamentan o critican el Estado federal.

### Teorías tradicionales del federalismo

La teoría de la Cosoberanía la expusieron inicialmente Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, y la difundió Alexis de Tocqueville en *La democracia en América* (Marquet, 1975, p. 224).

Esta tesis, expuesta en *El Federalista*, recopiló diversos artículos escritos por Hamilton, Madison y Jay sobre la naturaleza jurídica del Estado federal (Cabrero, 2007, p. 12). La intención era convencer al pueblo de las trece colonias para que ratificaran la Constitución creada en la Convención de Filadelfia, pretendiendo unir a los Estados que surgieron de estas colonias una vez independizadas de Inglaterra, pero manteniendo su autonomía (Marquet, 1975, p. 225).

*El Federalista*, también llamado *The Federalist Papers* (Los documentos del federalista), fue producto de una compilación de artículos escritos por diversos autores en diversos periódicos del estado de Nueva York entre 1787 y 1788. La obra completa se publicó en 1788, incluyendo 36 escritos, agregando ocho que no habían sido publicados (Elazar, s/f, párrafo 1-3).

Jay pregonaba perpetuar la unión mediante un gobierno federal, buscando el respeto de otras naciones y evitando ser atacados. Por su parte, Hamilton resaltaba el aspecto comercial, destacando el intercambio y la importancia tributaria que esto implicaba. Desmotivó la creación de una confederación, resaltando que los propósitos de la Unión de-

berían ser la defensa común de sus miembros, conservar la paz pública (interna y externa), reglamentar el comercio con otros países, re-dirigir las relaciones políticas y comerciales con el extranjero, la militarización, defendió la cosoberanía, manifestando las únicas causas en que enajenarían la soberanía estatal, y trató sobre la jurisdicción concurrente. Madison, en cambio, se enfocó en las prohibiciones que la Constitución impondría a los estados miembros (Marquet, 1975, pp. 224-227).

En cuanto al senado, en *El Federalista* se expresaba que era característico del Estado federal, ya que era una forma de representación de los Estados miembros (Marquet, 1975, p. 228).

La Constitución de los Estados Unidos fue aprobada en la Convención de Filadelfia, pero sólo entró en vigor dos años después (1789), una vez fue ratificada por los ciudadanos de todos los Estados (Marquet, 1975, p. 228).

La tesis de Alexis de Tocqueville (Maldonado, 1992, p. 818), que el autor desarrolla en su obra *La democracia en América*, se fundamenta en la cosoberanía, esto es, una soberanía compartida por la Unión y por cada Estado miembro, dándose formalmente mediante el senado para los Estados miembros y la soberanía nacional por la Cámara de Representantes (Marquet, 1975, p. 229).

En oposición surgió la tesis de Calhoun y Seidel, para quienes la soberanía es indivisible, no puede pertenecer al mismo tiempo al

Estado federal y a los Estados miembros. Si pertenece a estos últimos, sería una simple confederación sin un nuevo ente jurídico y si se adjudica al Estado federal se trataría de un Estado unitario, perdiendo los Estados miembros su carácter de Estado, por lo que concluyen que el Estado federal no debe ni puede existir (Marquet, 1975, pp. 230-231).

Cabe aclarar que Marquet considera totalmente superadas estas teorías y su referencia es sólo histórica. A continuación se presentan algunas teorías que este mismo autor considera sobrevivientes (Marquet, 1975, p. 224).

Las tesis expuestas por Laband y Jellinek hacen notar que, además del concurso de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal, es necesario que éstas sean Estados (Marquet, 1975, 224).

Existe coincidencia entre Mouskheli, Jellinek y Laband respecto de dos puntos: 1) El Estado federal es el único soberano y, sin embargo, 2) Las colectividades miembros son así mismo Estados y precisamente eso los distingue de todas las colectividades inferiores de derecho público. Para Laband, las confederaciones se regulan por el derecho internacional, mientras los Estados federados lo son de manera constitucional. Laband y Jellinek consideran que la soberanía no es esencial del Estado y, por tal motivo, pueden existir Estados no soberanos que integran un Estado federal, generando así una subordinación, haciendo referencia a que sin ser soberanos los Estados miembros gozan de autonomía (Marquet, 1975, pp. 237-238).

Jellinek, con base en la teoría de la soberanía compartida con Laband, se refiere a los Estados miembros como órganos del Estado federal, no como Estados, con la posibilidad de exteriorizar una voluntad y manteniendo su carácter de Estados para lo que no sea competencia de la federación. Sin embargo, el Estado federal no tiene ningún límite de competencia para con los Estados miembros, pudiendo entonces convertirse en un Estado unitario (Marquet, 1975, pp. 239-240).

Según la tesis de Mouskheli, el Estado federal se presenta como Estado unitario con un gobierno doble, posee una doble cara, ya que en ocasiones actúa como Estado unitario y en otras como una agrupación federativa de colectividades inferiores, descentralizadas hasta el más alto grado y que toman parte en la formación de la voluntad del Estado, lo cual es una característica de un Estado unitario porque el Estado federal aparece con jerarquía superior a la de los Estados miembros, que gozan de autonomía constitucional. Otras similitudes que considera esta teoría son la nacionalidad única y el aspecto territorial, aunque el territorio nacional se encuentre dividido en Estados, esto no afecta su unidad, aunado a la posibilidad de la federación para modificar las fronteras internas. Otra similitud es la representación internacional. Los requisitos fundamentales para la existencia de un Estado federal como forma de descentralización son: 1) La autonomía constitucional y 2) La participación de los Estados miembros en la legislación central (Marquet, 1975, pp. 243-244).

Según Marquet (1975, pp. 240-241), Luis Le Fur criticó la teoría de Jellinek, ya que el Estado federal puede surgir de dos formas:

1. Por independencia de todo tratado:
  - a) Cuando el Estado unitario se convierte en federal y provee a sus regiones de autonomía, incluyendo la creación de la voluntad del Estado.
  - b) Como consecuencia de un movimiento nacional sin tener la voluntad de los Estados miembros.
2. Por tratados celebrados entre los Estados particulares, para lo cual establece cuatro etapas:
  - a) La firma de un tratado de unión internacional, obligándose a crear un Estado [federal] del que serán miembros y la preparación de un proyecto de Constitución.
  - b) La aprobación de un proyecto de Constitución.
  - c) El funcionamiento de los órganos federales.
  - d) La promulgación de la Constitución como nuevo Estado federal.

Tanto para Le Fur como para Borel, la soberanía es parte esencial del Estado, que corresponde al Estado federal (Marquet, 1975, p. 241).

### **Teorías actuales del federalismo**

Dentro de estas teorías nos permitimos analizar las teorías de Hans Kelsen, así como de Carl Schmitt.

Para Hans Kelsen (Thienel, 2017), lo único que diferencia al Estado federal del Estado unitario, dividido en provincias autónomas, así como de la confederación, es el grado de descentralización. Kelsen expone que el ordenamiento jurídico de un Estado federal está compuesto por normas federales aplicables al territorio de todos los Estados miembros (a la comunidad jurídica parcial y total), así como de normas locales con jurisdicción en determinados territorios dentro del territorio federal (comunidades jurídicas parciales). Estos ordenamientos los emiten los órganos legislativos según su jurisdicción, federal o local. Cada comunidad descansa en su propia Constitución, Constitución federal y constituciones de los Estados miembros; sin embargo, la Constitución federal es aplicable a todo el territorio federal, manteniendo los Estados miembros cierta autonomía constitucional, en congruencia con los principios fundamentales de la Constitución federal. El Estado federal requiere de una Constitución que esté por encima de la federación y de los Estados miembros, ya que se trata de comunidades jurídicas parciales (Marquet, 1975, pp. 247-249).

En esta teoría se trata la división de poderes y las competencias, federal y estatal, este último limitado a su territorio e individuos que lo componen. En el ámbito judicial establece que las cortes constitucionales se ocupan de resolver asuntos que se susciten entre la federación y los Estados miembros o entre dos de estos últimos, actuando como órgano del Estado federal y no como comunidad parcial,

evitando así conflicto de intereses (Marquet, 1975, p. 249).

Carl Schmitt, en su libro *Teoría de la constitución*, aborda el tema del federalismo, titulándolo “Teoría constitucional de la federación”. Según este autor, la federación genera una nueva situación a cada Estado miembro, su incorporación implica una reforma a su propia Constitución, que aunque no se realice formalmente, de manera expresa, se concreta en sentido positivo, comprendiendo la federación a todo Estado miembro como unidad. Por tanto, lo integra en una asociación política federal, generando una ordenación permanente. El pacto federal es un acuerdo derivado del acto del poder constituyente que se incluye en la Constitución federal como en la de cada Estado miembro. Así mismo, el Estado federal asume como fin mantener la existencia política de todos sus Estados miembros, aunque no sea integrado de manera textual, garantizando a su vez la existencia territorial de cada miembro. En lo referente al exterior, la federación protege a sus miembros de cualquier guerra o ataque, renunciando cada miembro a valerse por sí mismo. Dice Schmitt que para que la federación exista debe tener injerencia en los asuntos de los Estados miembros, con el propósito de mantener, garantizar y dar seguridad dentro del territorio federal, incluyendo, a su vez, el derecho de la federación de hacer la guerra (Marquet, 1975, pp. 250-251). Esta tesis establece ciertas antinomias:

1. La federación debe conservar la independencia de cada Estado miembro, pero ésta

- disminuye al renunciar a su derecho de guerra como medio de conservación.
2. El Estado miembro supone conservar su independencia política y autodeterminación; sin embargo, el pertenecer a una federación implica intervenciones, que las justifica al referir que la injerencia de la federación no es extraña sino interna.
  3. Hay coexistencia del Estado federal y de los Estados miembros, refiriéndose al derecho de retiro de la federación, justificando que dicha exclusión del derecho de secesión es indispensable para la vida de la federación (Marquet, 1975, pp. 251-253).

### Modelos federales

En el federalismo moderno existen otros modelos que es importante referenciar, ya que todo sistema federal es distinto (Cárdenas, 2004, p. 481).

1. Federalismo dual (Cabrero, 2006, p. 53). Teniendo como antecedente a los Estados Unidos de América, se basa en los derechos de los Estados y la distribución igualitaria del poder entre el Estado federal y sus miembros. Según John Taylor y Corwin, este tipo de federalismo permite la secesión, también faculta la declaración de nulidad de legislación central por la violación constitucional de competencias; más aún, habla de la interposición en cuanto a las acciones centrales para impedir actos ilegales, así como la oposición a la centralización (Cárdenas, 2004, p. 484).
2. Federalismo Cooperativo (Maíz, 2006, pp. 51-52). Esta modalidad surgió en los años sesenta, en la época de la gran depresión, brindando apoyo a las necesidades sociales en detrimento de los poderes de los Estados miembros. Este modelo es una interpretación diseñada por Morton Grodzins, cuyo principio básico es que el gobierno central, regional y local comparten sus poderes, funciones y responsabilidades, estableciendo una complementación de un solo mecanismo de gobierno. Se critica por el crecimiento del poder central, disminuyendo las competencias de los Estados miembros y localidades (Cárdenas, 2004, pp. 484-485).
3. Modelo Competitivo (Maíz, 2006, p. 47). Se fundamenta en lo económico y no en lo legal. Esta teoría da respuesta a la intención de poner control al ejecutivo, proponiendo la competencia entre los poderes. Incita al gobierno de los Estados miembros a ser más eficientes, mejorar la calidad del servicio y a reducir costos, generando competitividad entre los Estados miembros (Cárdenas, 2004, pp. 486-488).
4. Modelo asimétrico (Maíz, 2006, pp. 67-68). Este modelo se basa en que cada Estado unitario, con base en sus antecedentes, puede tener un tratamiento distinto (Cárdenas, 2004, p. 488).
5. Teoría del federalismo fiscal (Anderson, 2007, pp. 22-24). Wallace E. Oates se basa en factores económicos para analizar el federalismo. Según su teoría, el sector público realiza tres funciones: 1) Asegurar el uso eficiente de recursos, 2) Establecer

una distribución equitativa del ingreso y 3) Mantener economía sana. Las funciones (Cabrero, 2006, p. 28) de distribución y estabilización las debe ejercer el gobierno federal, quedando como atribución para los Estados miembros la asignación de los recursos (Hernández, 2007, p. 245).

Una vez estudiadas las diversas teorías sobre el Estado Federal, y habiendo adquirido las bases para identificar que es un Estado federal, una federación o el federalismo, pasaremos a la conceptualización de los referidos términos.

### **FEDERACIÓN, ESTADO FEDERAL Y FEDERALISMO. CONCEPTOS**

Una vez sistematizadas las bases y teorías en que se fundamenta el Estado federal, se hace un análisis de su conceptualización general.

Estado federal. Según el Diccionario de la Real Academia Española, es el Estado en el que las distintas competencias constitucionales se distribuyen entre el gobierno central y los Estados particulares que lo conforman (Real, 1). Proviene del latín *foederatio*, que significa “alianza”. Poder central de un Estado federal. Unión estable de Estados en la que la relación entre los miembros se ordena bajo los principios de unidad, autonomía, jerarquía y participación. Estado Federal (Real, 3) y, por último, Federalismo, que proviene de la palabra *foedus*, que significa unión (Maldonado, 1992, p. 811), sistema de federación entre corporaciones o estados (Real, 2).

Federalismo es un sistema de federación de Estados, que pasando a la palabra federación, a parte de la definición proporcionada, establece como sinónimo de Estado federal, por lo que debemos concluir que son términos afines, utilizados para expresiones distintas. Un Estado, en el sentido del derecho internacional, existe únicamente cuando su orden jurídico se subordina al derecho internacional (Thienel, 2017, p. 272).

El federalismo es unión y libertad, una filosofía política de fraternidad que se propone evitar el enfrentamiento entre sentimientos nacionales de distinto signo, la estéril discusión sobre soberanías originarias y una confrontación identitaria excluyente, para poder alcanzar un acuerdo político-institucional que haga posible el respeto y la lealtad recíprocas. El federalismo es una guía de soluciones prácticas a los problemas planteados por estructuras políticas complejas, especialmente las integradas por diversas realidades nacionales y un conjunto de mecanismos para poner en práctica el principio de subsidiariedad (Iceta, 2014, párr. 5).

Con el propósito de integrar un concepto de los términos analizados, se hace referencia a diversas conceptualizaciones proporcionadas por la doctrina.

Kelsen, en su teoría pura del derecho, concibe el Estado federal como una forma específica de la unión de Estados, especialmente como una asociación de varios Estados miembros, en un Estado de Estados (Thienel, 2017, p. 271).

Maldonado Simán (1992, p. 811) define al sistema federal como aquel de organización estatal, en virtud del cual coexisten dos niveles de gobierno y cuyas atribuciones quedan señaladas en la Constitución general.

Thienel (2017, p. 283) define al Estado federal, en el sentido del derecho internacional, como aquel cuya Constitución prevé la división de las funciones estatales entre un Estado superior, que abarca todo el territorio, y varios Estados miembros, que comprenden sólo partes del territorio estatal, en el que los miembros ostentan la facultad para legislar con cierta independencia, así como de una relativa autonomía constitucional. El Estado federal se caracteriza por contar en su seno con tres círculos jurídicos: la Constitución total, que enmarca las competencias entre la confederación y los miembros; el círculo del orden jurídico federal y el círculo jurídico de los órdenes de los Estados miembros.

Gamborino Plata (2015, párr. 3) conceptualiza federalismo como una organización que, si bien tiene un poder central, surge de la unión de otros poderes (entidades) que ceden cierta parte de su soberanía para constituir a la federación misma. Estos continúan siendo soberanos y, por lo tanto, no están enteramente subordinados al poder central.

Watts utiliza los términos de Elazar para proporcionar conceptos como Federación (*federation*): [es una] forma de gobierno compuesta por fuertes entidades constituyentes y un fuerte gobierno general. En ambos casos, poseen poderes delegados por el pueblo

y la facultad de tratar directamente con la ciudadanía en el ejercicio de dichos poderes. Federación (*federacy*): un gobierno más grande y uno más pequeño se relacionan de manera asimétrica en una relación federal, en la que este último goza de una autonomía considerable y, a cambio, desempeña un papel mínimo en el gobierno del más grande. De manera parecida a una federación, la relación entre estos sólo se puede disolver de mutuo acuerdo (Loughlin, 2017, p. 24).

Para Gaudreault-DesBiens (2006, p. 674) federalismo, como concepto institucional, se refiere a la unión duradera entre diversas comunidades políticas constituidas en órdenes legales, con el propósito de formar un orden legal más amplio y distinto, el cual abarca verticalmente por lo menos dos niveles de gobierno con sus respectivos poderes, los cuales se encuentran establecidos constitucionalmente y cuyo ejercicio es susceptible de revisión por un árbitro independiente.

Como se observa, los diversos conceptos revisados tratan de incluir las características del Estado federal, ya que con motivo de la diversidad (Guillen, 2016, pp. 13-14) y particularidad de los distintos sistemas federales, resulta difícil consensar un concepto uniforme de federalismo (Hernández, 2007, pp. 226-227), como establece Maurice Croisat, citado por Soto Reyes Garmendia (2006, pp. 33-34) “no existe una definición universal de federalismo. Igual que para los términos de democracia o de paz, la diversidad de percepciones y de enfoques es la regla”.

De igual forma, según cita Fernández (2003, p. 1), el federalismo se debe contemplar como un proceso dinámico y no como un proyecto estático, cualquier designio o modelo de competencias o jurisdicciones será meramente, según Friedrich, una fase, un ensayo de cierta realidad política en constante evolución.

Se puede hablar de características similares, aunque también existen diferencias que se explican en virtud de las tradiciones, experiencias históricas y ámbitos culturales, más los constantes cambios, dependiendo del tiempo y lugar.

Por estos motivos, se considera útil establecer características o caracteres que permitan identificar un Estado federal o federación.

Algunas características que propone José Guadalupe de la O (2016, p. 62) o elementos comunes referidos por Enrique Cabrero (2007, pp. 21-22 y Maldonado (1992, pp. 820-824) son:

1. Territorio como unidad, por la integración de los territorios de las entidades que lo conforman.
2. Población con los mismos derechos y obligaciones en todas las entidades integrantes.
3. El poder supremo es el Estado federal, con la participación reservada a los poderes locales en su jurisdicción y materias señaladas por la Constitución.
4. La unidad del Estado federal en lo internacional.
5. Poder Legislativo federal con dos cámaras, una de ellas para la representación de las entidades y competencia de asuntos federales.
6. El reparto proporcional de las rentas públicas

conforme a las competencias de cada orden de gobierno (Sánchez, 2016, pp. 216-219).

Miguel Ángel Asensio establece la importancia de conciliar tanto la unidad como la diversidad del federalismo, proporcionando varios caracteres: 1) dos órdenes de gobierno actuando directamente sobre sus ciudadanos; 2) distribución constitucional formal de competencias y asignación de ingresos, asegurando áreas de genuina autonomía para cada uno; 3) representación de intereses regionales específicos, usualmente a través de una segunda cámara; 4) una constitución escrita, no enmendable unilateralmente; 5) un mecanismo de arbitraje, mediante una corte u otros mecanismos para regular disputas entre gobiernos y 6) procesos e instituciones de colaboración intergubernamental en áreas de responsabilidad compartida o yuxtapuesta (Asensio, 2007, p. 49).

Ahora bien, como lo exponen Carbonell (2010, párr. 5) y Guillen (2016, pp. 31-32), el federalismo responde, entre otras, a las siguientes necesidades:

- a) La de organizar política y racionalmente grandes espacios geográficos, incorporando relaciones de paridad entre sus distintas unidades y suprimiendo las relaciones de subordinación empleadas en los imperios y colonias de los siglos pasados.
- b) Integrar unidades relativamente autónomas en una entidad superior, salvaguardando sus peculiaridades culturales propias.

c) Dividir el poder para salvaguardar la libertad. Tal como sucede con la división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, también se puede hacer una división “territorial” del poder, que se implementa a través de una partición funcional y competitiva que diferencia los ámbitos posibles de actuación de cada nivel de gobierno.

Watts, citado por Loughlin (2017, pp. 23-24), establece diez puntos de vista para distinguir los tipos de federalismo: i) la madurez de la federación, ii) las bases de su diversidad interna, iii) si ha sido creada por agregación o por traspaso de competencias, iv) su tamaño y el tamaño relativo de sus unidades constituyentes, v) si es simétrica o asimétrica, vi) cómo se reparte el poder legislativo y el ejecutivo, vii) cómo se recaudan y se distribuyen los ingresos regionales, viii) si está basada en la separación de poderes o en los principios parlamentarios, ix) si se ajusta al derecho consuetudinario o al civil y x) grado de descentralización y no centralización. De este modo, se puede crear una tipología de acuerdo con cada uno de estos principios [dice Watts].

Con base en las distinciones de Watts, se presenta el ejemplo que este autor otorga respecto al punto de diferencia número tres (iii), relativo a la agregación o al traspaso de competencias. Según él, puede haber: a) agregación de Estados separados, anteriormente independientes; b) traspaso de competencias desde un régimen previo unitario; c) una combinación de los dos procesos. Y así, su-

cesivamente. A pesar de esta complejidad, Watts identifica un número de características estructurales y de procesos políticos comunes en las diferentes formas de federalismo: en primer término, la existencia de, cuando menos, dos órdenes de gobierno; posteriormente, la distribución constitucional formal del poder legislativo y del ejecutivo, y la distribución de los recursos; en tercer lugar, la representación designada de los puntos de vista regionales; como cuarto punto, la existencia de una Constitución suprema escrita; en quinto lugar, un árbitro (en forma de tribunales, condiciones para referéndums o una cámara alta con poderes especiales para resolver conflictos); y, por último, establecer procesos e instituciones para facilitar la colaboración intergubernamental (Loughlin, 2017, p. 24).

Al tener claro lo que es el federalismo o Estado federal se puede tener un concepto real y actualizado respecto del sistema que se desarrolla en cada Estado federal en particular, aplicando las características y las diferencias de clasificación estudiadas.

### LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN EL FEDERALISMO MEXICANO

Como se vio, una de las funciones del Estado federal es la separación de poderes, que según se consagra en el artículo 49 de la Carta Magna, el Estado Federal Mexicano distribuye sus atribuciones en tres poderes (SCJN, s/f, p. 470). Este trabajo se centra en el Poder

Legislativo<sup>2</sup> y la distribución de competencias con los Estados miembros de la Federación Mexicana (Serna, 2016, p. 311), haciendo una revisión evolutiva del actual texto del artículo 124 constitucional.

### Bases constitucionales

En primer término, el “poder legislativo ... se refiere a la entidad formal y abstracta con la que se denomina a un poder del Estado en la norma constitucional, que se expresa de manera orgánica por medio de los actos y decisiones que toman los órganos que integran y ejercen las funciones que corresponden a tal poder. El poder legislativo es una institución intemporal, que alberga periódicamente la representación política que se legitima en las elecciones legislativas correspondientes, pero que trasciende a las legislaturas e incluso a las acciones y decisiones que toman los órganos legislativos y técnicos que lo integran en cada legislatura (SCJN, s/f, pp. 469-470).”

Según el artículo 124 constitucional, “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias (Serna, 2011, p. 313).”

Para esto es necesario establecer las atribuciones que la Constitución otorga al legislativo federal, como lo hace el artículo 73 constitucional, quedando entonces, de manera residual, las competencias no atribuidas al legislativo federal en competencia local. Sin embargo, la complejidad de la distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, en materia legislativa, es más compleja, ya que la Constitución mexicana establece atribuciones al legislativo federal, así como restricciones. En cuanto a las entidades legislativas, también menciona atribuciones expresas y tácitas, prohibiciones y aún más, se permite “la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia” (Serna, 2011, pp. 314-315).

De lo anterior se generan tres consecuencias:

1. Constituciones rígidas: la modificación de la distribución de competencias requiere un procedimiento especial, esto es, no ordinario.
2. Controversia constitucional: cualquier conflicto derivado de la distribución de competencias requerirá de su resolución mediante la aplicación de justicia constitucional (aclarando que ésta será de competencia federal, por lo que no será resuelto por medios de control constitucional locales).
3. Interpretación variable: en virtud del sometimiento de conflictos de distribución de competencias ante órganos de control constitucional, éstos se podrán ver alterados con base en las diversas inter-

2 Según el artículo 50 constitucional, “El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General, que se dividirá en dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores”.

pretaciones que se le pudieren atribuir a los textos correspondientes (Serna, 2011, p. 312).

### **Contenido del actual artículo 124: su evolución**

Es importante hacer referencia a la evolución del contenido del artículo 124 constitucional, siendo éste la base de la distribución de competencias legislativas en el Estado mexicano, así como algunas iniciativas de reforma al mismo artículo.

Como se puede observar en la evolución de textos, incluyendo propuestas mediante iniciativas, esta Constitución establece un sistema rígido de distribución de competencias, derivado de un federalismo dual, esto es, que la competencia legislativa corresponde a la federación o a los Estados miembros. A pesar de esa complejidad, la base de la distribución de competencias legislativas en México es el artículo 124 constitucional (Serna, 2011, pp. 313-315).

Las últimas iniciativas de reforma van encaminadas a una flexibilidad en las fórmulas de la distribución de competencias, ya que éstas aumentan la eficiencia del Estado federal (Serna, 2011, p. 323), pues “una excesiva rigidez acabaría por obstaculizar la capacidad de desenvolvimiento y acomodación del sistema federal... [y como en México] la flexibilidad implica un sistema complejo ... supone la existencia de un sistema de justicia constitucional y operante (Serna, 2011, p. 325)”.

### **CONCLUSIONES**

Una vez analizados el federalismo y la consecuente distribución de competencias legislativas, pasamos a proporcionar nuestras conclusiones sin pretender generar un concepto de federalismo, ya que como quedo establecido dentro del texto de este trabajo, tendríamos que enfocarnos y dedicarnos a cada país en lo particular (Cárdenas, 2006, pp. 17-18). Consideramos que los elementos proporcionados son de total ayuda para identificar el carácter de un Estado federal.

En cuanto a la distribución de competencias legislativas que se derivan de la existencia de una federación, si bien el artículo 124 constitucional no ha tenido reformas de fondo y de él se desprende un federalismo dual (Cárdenas, 2006, pp. 19-20), como se ha analizado, otras disposiciones constitucionales (González, 2011, p. 48) se han encargado de otorgar la flexibilidad (Serna, 2016, p. 70) requerida a la distribución de competencias legislativas que le dan complejidad<sup>3</sup> al permitir la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia en la jurisdicción federal y local (Serna, 2016, p. 315).

3 “... la distribución de facultades entre dos órganos de gobierno es compleja, no es sencilla, no basta lo que dice el artículo 124 constitucional.” (Matute González, Carlos F., Memoria del Seminario: Actualidad y perspectivas de la distribución de competencias: federación, estados y municipios, México. Cámara de diputados, LXI Legislatura, 2011, p. 32)..

**Tabla 1.**

Cronograma del texto del artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CRONOGRAMA DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS					
DOCUMENTO	FECHA	ARTÍCULO(S) EQUIVALENTE(S)	TEXTO	COMENTARIO(S)	
Constitución de 1824	4-10-1824	NO	NO	Sin equivalente	
Primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana	25-8-1842	80	Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos.	Primer antecedente del artículo 124	
Voto particular de la Comisión Constituyente de 1842	26-8-1842	24	La administración interior de los Estados será enteramente libre e independiente de los poderes supremos, en todo aquello que no estén obligados por esta Constitución para la conservación de la unión federal.	Más que fórmula para resolver distribución de competencias entre federación y Estados, delimita la autonomía de los Estados, dándoles libertad e independencia de la federación.	
Segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana	2-11-1842	71	Sin cambios	Permanece el texto idéntico al anterior	
Voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de reformas de 1847	5-4-1847	14 15	14.- Los Poderes de la unión derivan todos de la Constitución y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción. 15.- Sobre los objetos sometidos al poder de la unión, ningún Estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución sólo reconoce como legítima entre todos o entre algunos Estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su Federación.	1.- Establece un sistema "rígido" de distribución de competencias, Federación-Estado. 2.- Prevalció en nuestro constitucionalismo.	
Acta Constitutiva y de reformas de 1847	18-5-1847	20 21	20.- Sobre los objetos sometidos al poder de la unión, ningún Estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos que	1.- Casi los mismos términos del voto particular de Otero.	

				el de los poderes generales que la misma establece. 21.- Los poderes de la unión derivan de la Constitución y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.	2.- No contemplaba la reserva a favor de las entidades
Estatuto orgánico provisional de la República Mexicana	15-5-1856	81		Todas las facultades que por este estatuto no se señalen expresamente a los gobiernos de los Estados y territorios, serán ejercidas por el presidente de la República, conforme al artículo 3º del Plan de Ayutla, reformado en Acapulco.	
Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana	16-6-1856	48		Las facultades o poderes que no están expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los Estados o al pueblo, respectivamente.	1.- Similar más no igual a la X enmienda de la Constitución de los EUA. 2.- Fajardo:
Constitución de 1857	5-2-1857	117		Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.	
Constitución de 1917	5-2-1917	124		Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.	
Iniciativa de Reforma 2004	20-4-2004	124		Con excepción de las facultades en materia de seguridad nacional, defensa, política exterior, hidrocarburos, las demás que expresamente se señalan en esta Constitución, las que competen al Constituyente Permanente así como las relacionadas con la organización y funcionamiento de los poderes de la unión y sus entidades paraestatales y organismos autónomos, las entidades federativas podrán legislar y administrar las que sean necesarias para su desarrollo económico, político y social, circunscribiéndose a su respectiva jurisdicción territorial y poblacional. En aquellas materias que por su naturaleza precisen de la colaboración entre la federación y una entidad, entre la federación y dos o más entidades, así como entre dos o más de estas mismas, las propias leyes preverán la celebración de convenios de coordinación para el diseño y operación de las políticas y programas correspondientes.	
Iniciativa de reforma 2012	5-6-2012	124		... En las competencias coincidentes, coexistentes y concurrentes	

				se observarán los principios de equilibrio, armonía y simetría entre los tres niveles de gobierno. Las leyes generales se aprobarán por la mayoría de los presentes en ambas cámaras y por la mayoría de las legislaturas locales.	
Iniciativa de reforma 2014	13-6-2014	124	124	... Las leyes generales que expida el Congreso de la unión podrán establecer convenios de coordinación o traslado de atribuciones a los poderes locales. Dichos convenios deberán ser aprobados por la legislatura local.	
Reforma 2016	29-1-2016	124	124	Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.	Se adecúa para incluir a la CDMX.

Elaboración propia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, G. (2007). Federalismo en el siglo XXI: tendencias y perspectivas. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, 7 (9), 15-25, 2007. En <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337530214002>.
- Asensio, M. (2007). Algunas notas sobre federalismo comparado, institucional y económico. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, 7 (9), 47-53. En <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337530214005>.
- Cabrero Mendoza, E. (2007). *El federalismo en los Estados Unidos Mexicanos*. México, D.F.: Nostra Ediciones. En <https://app.vlex.com/#WW/sources/12843>.
- Carbonell, M., (2010). El Estado mexicano y su ordenación territorial. En [http://www.miguelcarbonell.com/escritos\\_divulgacion/federal\\_printer.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/escritos_divulgacion/federal_printer.shtml).
- Cárdenas Gracia, J. (2004). México a la luz de los modelos federales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(110), doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.110.3793>.
- Cárdenas García, J.F. (2006). Modelos federales en Memoria del Seminario: Actualidad y perspectivas de la distribución de competencias: federación, estados y municipios, México, Cámara de diputados, LXI Legislatura, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. *Referencias Académicas*. En *Federalismo* [actualización: 22 de mayo de 2006], 2011. En [http://archivos.diputados.gob.mx/Centros\\_Estudio/Cesop/Comisiones/d\\_federalismo.htm](http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Comisiones/d_federalismo.htm).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019). *Diario Oficial de la Federación*.
- De la O Soto, J. (2016). Hacia un nuevo federalismo en México: lo cooperativo no es algo central. Tlatemoani, *Revista Académica de Investigación*, 1(23), Eumed.net. En <http://www.eumed.net/rev/tlatemoani/23/federalismo.pdf>.
- Elazar, D.J. (s/f). *The Federalist*. En <http://www.jcpa.org/dje/articles/federalist.htm>.
- Fernández Segado, F. (2003). *El federalismo en América Latina*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica (41), México: UNAM.
- Gamborino Plata, M. (2015). Federalismo y centralismo, ¿una verdadera dicotomía? *Hechos y Derechos*, 1(27). En <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7234/9170>.
- Gaudreault-DesBiens, J. (2006). Federalismo y democracia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(117). doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2006.117.3893>.
- González Valderrama, R. (2001). Memoria del Seminario: actualidad y perspectivas de la distribución de competencias: federación, estados y municipios, México, Cámara de diputados, LXI Legislatura.
- Guillén López, G. (2016). Federalismo, gobiernos locales y democracia. *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*,

- México, Instituto Nacional Electoral.
- Hernández Valdez, A. (2007). Definiciones y teorías sobre el federalismo: una revisión de la literatura. *Política y gobierno*, 5(1), 225-259. En <http://www.politicay-gobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/1072/904>.
- Iceta Llorens, M. (2014). Federalismo necesario. En *El País*. Opinión. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406809738\\_000522.html](https://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406809738_000522.html).
- Loughlin, J. (2017). Federalismo, federaciones y confederaciones: hacia la hibridación. *Debates. Revista de cultura, poder y sociedad*, 131(1), 19-30.
- Máiz, R. (2006). Federalismo plurinacional: una teoría política normativa. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 1(3), 43-86. En <https://federalistainfo.files.wordpress.com/2012/10/maiz.pdf>.
- Maldonado Simán, B. (1992). Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la teoría general del federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(75), 1992. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1992.75.2995>.
- Marquet Guerrero, P. (1975). *La estructura constitucional del Estado mexicano*. México, D.F.: UNAM.
- Matute González, C.F. (2011). Memoria del Seminario Actualidad y perspectivas de la distribución de competencias: federación, estados y municipios. México. Cámara de diputados, LXI Legislatura.
- Real Academia Española (1). *Estado federal*. En <http://dle.rae.es/?id=GjqhajH>.
- Real Academia Española (2). Federalismo. En <http://dle.rae.es/?id=HikJ0nF>.
- Real Academia Española (3). Federación. En <http://dle.rae.es/?id=Hih2PAo>.
- Sánchez de la Barquera y Arroyo, H. (2016). *Fundamentos, teoría e ideas políticas*. México, UNAM.
- Serna de la Garza, J.M. (2011). Memoria del Seminario Actualidad y perspectivas de la distribución de competencias: federación, estados y municipios, México, Cámara de diputados, LXI Legislatura.
- Serna de la Garza, J.M. (2016). Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas. En Valadés, Diego y Hernández, Antonio María (Coords.) *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*. México, UNAM-IIIJ.
- SCJN (s/f). Tesoro jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la nación. Vocabulario controlado y estructurado. En [https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesauro\\_juridico\\_scjn/pdfs/03.%20TJSC-JN%20-%20DerConst.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesauro_juridico_scjn/pdfs/03.%20TJSC-JN%20-%20DerConst.pdf).
- Soto Reyes Garmendia, E. (2006). Federalismo, sociedad y globalidad: los retos del porvenir. *Política y cultura*, (25), 27-45. En [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-77422006000100003&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422006000100003&lng=es&tlng=es).
- Thienel, R. (2017). El concepto de estado federal en la teoría pura del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 55(244), 271-283. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61579>.



# Incidencia sociojurídica y periodística de los medios de comunicación en procesos judiciales

## *Socio-Legal And Journalistic Incidence Of The Media In Judicial Proceedings*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9749>

### Resumen

En este artículo se expone la relación entre el derecho y los medios de comunicación, desde el ejercicio pragmático, sobre los escenarios en que se presentan, como la televisión, la radio y la prensa, en relación con los procedimientos judiciales. Se analiza el papel de los medios de comunicación en los procesos judiciales, evidenciando la influencia en la sociedad mediante la manipulación mediática, lo cual determina la posición social respecto de diversos casos penales con una carga subjetiva que desconoce los procedimientos y análisis jurídicos, sin denotar la imparcialidad legal que se requiere por parte de los emisores para excluir el campo jurídico que lo afecta. Este análisis se realiza desde el método hermenéutico, método etnográfico, recolección bibliográfica e interpretación de datos estadísticos de fuentes secundarias.

**Palabras clave:** Medios de comunicación, procesos judiciales, manipulación, derecho, análisis sociojurídicos, penal.

### Abstract

This article exposes the relationship between law and the media, from the pragmatic exercise, on the scenarios in which they are presented, such as television, radio and the press, in relation to legal proceedings. The role of the media in judicial processes is analyzed, evidencing the influence in society through media manipulation, which determines the social position regarding various criminal cases with a subjective charge that ignores legal procedures and analysis, without denoting the legal impartiality required by the issuers to exclude the legal field that affects it. This analysis is carried out from the hermeneutic method, ethnographic method, bibliographic collection and interpretation of statistical data from secondary sources.

**Keywords:** Media, Legal proceedings, Manipulation, Law, Socio-legal analysis, Criminal.

### Valeria Gutiérrez Erazo

Abogada de la Universidad Libre, seccional Cali. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3284-7877>, [valeria-gutierrez@unilibre.edu.co](mailto:valeria-gutierrez@unilibre.edu.co).

### Cómo citar:

Gutiérrez Erazo, V. (2022). Incidencia sociojurídica y periodística de los medios de comunicación en procesos judiciales. *Advocatus*, 19(38), 105-117. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9749>



Open Access

### Recibido:

8 de noviembre de 2021

### Aceptado:

7 de abril de 2022

## INTRODUCCIÓN

Constitucionalmente, la dignidad humana se reconoce como el pilar en el Estado social de derecho, el cual pretende darle a cada ser humano el reconocimiento a ese valor intrínseco por medio de garantías que puedan llevar a cabo en caso de que se vea afectado por acciones deshonrosas contra su integridad, como verse expuesto ante medios de comunicación que en ocasiones no toman el papel de imparcialidad que legalmente se requiere: “Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado” (Sentencia T-291/16, 2016).

Los medios de comunicación tienen un papel protagónico en la sociedad colombiana, debido a la expansión de la información que como emisores logran brindar a sus receptores, lo cual puede determinar la posición o punto de vista de la noticia. Por esta razón, algunos procesos judiciales han creado gran conmoción, por el manejo periodístico que se les da, pues existen noticias en las que se condena mediáticamente sin un conocimiento amplio de la legislación colombiana o el olvido voluntario de hechos de mayor relevancia, que le darían una perspectiva diferente al caso y no desde un ámbito de imparcialidad como lo pretende la ley entre los sujetos de la comunicación y las personas a las que llegan estas emisiones, que posteriormente afectan el criterio de la sociedad e implica un determinado efecto de desconocimiento en los casos judiciales de interés público.

Primero, se aborda la relación entre el derecho y los medios de comunicación. Luego, se determina el efecto de la manipulación mediática en los casos judiciales de interés público, a partir del papel que desempeñan los medios, demostrando su incidencia sociojurídica y periodística. Por último, se evidencian procesos penales en que los medios exponen diferentes casos en Colombia en los cuales los sujetos de la comunicación han tenido influencia directa.

## RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La acción de comunicar ha sido de gran importancia para el desarrollo y conocimiento de la sociedad, es así como López & Fonseca (2017) establecen que “Comunicación es la transmisión de un mensaje de una persona hacia otra, con el fin de informar a esta última” (p. 6). Los principios en los que se funda determinada nación permiten dar orden y regulación a las relaciones inter partes de una comunidad en específico. De esta forma, se puede determinar su importancia en la sociedad, considerando que permiten no sólo divulgar información a un territorio para que sea consciente de los sucesos que pueden afectarla o beneficiarla, sino que también existe una amplia normatividad que garantiza la imparcialidad de las noticias por parte de los sujetos de la comunicación masiva, como los periodistas o comunicadores sociales: “La norma debe contribuir a que los medios masivos faciliten la divulgación de la multiplicidad de voces que integran las sociedades contemporáneas, democratizando

así los procesos comunicativos, escenario muy distinto al de las concentraciones que imperan” (López & Fonseca, 2017, p. 8).

La Constitución consagra los derechos que les garantiza a los medios de comunicación y, en especial, a las personas que se encargan de la responsabilidad social de la divulgación de noticias la libertad de pensamientos y, consecuentemente, la difusión de sus informes e investigaciones, sin desconocer que este es un derecho de doble vía, que considera que en medio de la libertad de expresión no se vulneren los derechos de otros:

Este mandato constitucional –libertad de expresión–, ha sido considerado por la Corte como un derecho fundamental de doble vía porque involucra tanto al emisor como al receptor de actos comunicativos, agrupa un conjunto de garantías y libertades diferenciables en su contenido y alcance, tales como la libertad de expresar pensamientos y opiniones, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, la libertad de fundar medios masivos de comunicación y el derecho de rectificación (Sentencia T-244/18, 2018).

El reconocimiento de la censura como afectación al derecho de la libertad de prensa garantiza constitucionalmente a cada persona para que tenga no sólo libre pensamiento sino el derecho a difundirlo con imparcialidad y veracidad, sin que terceros pretendan impedirlo, como ocurre en casos en los cuales se ven afectados los bienes jurídicos de aquellos sujetos de expansión de la comunicación:

Así, ante la pregunta de sobre cuál es la justificación de la censura a quien comete un daño acumulativo, la respuesta debe llenarse no sólo con la violación a la específica tipificación legal, sino también con que su infracción menoscaba la capacidad funcional de algún bien jurídico (Truccone, 2013, p. 79).

Constitucionalmente, todas las personas tienen derecho a expresar de manera libre sus ideales y permanecer en ellos, siendo el Estado el que debe garantizarlo, como lo establecen la Constitución y la jurisprudencia nacional: “(i) nadie podrá ser objeto ni de acoso ni de persecución en razón de sus convicciones o creencias; (ii) ninguna persona estará obligada a revelar sus convicciones y (iii) nadie será obligado a actuar contra su conciencia” (Sentencia SU108/16, 2016).

Todos los sujetos de la comunicación, como lo son los periodistas, pueden gozar de la garantía fundamental por medio del texto constitucional, el cual decreta: “Artículo 73. La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”. Cabe mencionar que la función periodística en el país es de vital importancia para la continua construcción de un Estado social de derecho, el cual los hace partícipes necesarios de una sociedad democrática, considerando que es lo que consolida un gobierno democrático estable:

Convencidos que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo

del proceso democrático; Convencidos que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas; [...] (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000).

La forma de divulgación de las noticias se encuentra en los medios masivos que permiten que la mayoría de la población se informe, entre ellos están la prensa, la televisión y la radio, que tradicionalmente se han considerado los medios de comunicación de mayor importancia social. Castells (2013) agrega que “La radio, la televisión y la prensa siguieron siendo en gran medida medios de comunicación de masas” (p. 93).

En diferentes sociedades los informes periodísticos se han convertido en la realidad innegable de lo que sucede, desconociendo otros aspectos por los que se funda la noticia o su composición. Al respecto, López y Fonseca (2017) afirman que “Los medios han dejado de ser el lugar donde se efectúa el debate, para convertirse en los centros desde los que se comunica lo que debe considerarse como verdad” (p. 101).

Aunque estos informes ayudan a que la ciudadanía sea participativa y conocedora de hechos ocurridos, debe basarse esencialmente en la imparcialidad, dando amplia respuesta a los principios fundamentales que proclama la Constitución sobre la dignidad humana y la presunción de inocencia, ayudando a que

haya una relación jurídica y periodística que vaya en pro a un Estado social de derecho.

[...], hoy en día los medios de comunicación, a través de la información, deben permitir que la participación ciudadana sea activa, y para ello surge la evidente necesidad de que puedan ser transmitidos sin censura alguna todos los hechos noticiosos que posean relevancia para la sociedad. No obstante, ha de responder con ciertos principios para no afectar otros derechos fundamentales como el debido proceso desarrollado desde la presunción de inocencia (Gómez, Caro, Suárez, Romero, Escárraga, 2014, p. 202).

## **LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU PAPEL EN LOS PROCESOS JUDICIALES**

Señalar el papel de los medios de comunicación en el campo jurídico suele tornarse un poco complejo, debido a la concesión de derechos de ambas partes, como el derecho a la información que tiene todo ciudadano sobre lo que sucede en su comunidad. Así mismo, el derecho a la libertad de prensa, derechos en doble vía que se ven inmiscuidos en estos procesos y en el cual se podrían afectar, según el caso, derechos fundamentales como al buen nombre e interferir en el debido proceso con informaciones anticipadas que inciden directamente en el fallo de un juez, puesto que estos medios de expansión de comunicación no sólo tienen el poder de informar, sino también que mediante sus noticias logran encaminar al público a tomar la postura de

criminalizar sin fundamento comprobado o de declarar inocencia en un proceso que a la fecha está aún en curso:

..., la perspectiva que el público tiene de la criminalidad es recibida generalmente por los medios de comunicación a través de la serialización de las noticias policiales y judiciales. Indirectamente, los medios forman parte del sistema penal: tienen el poder de criminalizar, de estigmatizar usualmente a los miembros de las clases bajas -jóvenes y pobres- (Sacristán, 2009, p. 5).

La narrativa de los famosos “delitos de cuello blanco” en los noticieros no se vende como una afectación de gran magnitud sino como algo de la cotidianidad, referenciando el contexto colombiano en aquellos actos ilegales como la corrupción. Aquí cabe hacer la claridad de lo que se entiende por corrupción, ya que se maneja la noticia según su efecto social y se desconoce el daño que generan estas situaciones en un país como Colombia. Esto demuestra la carencia de informes reales y contundentes que promuevan a la racionalización y consciencia colectiva de un suceso:

..., la narrativa de los noticieros presenta a los delitos de cuello blanco como no amenazantes para el orden social por ausencia de profundidad en las coberturas y la falta de conciencia sobre el daño social que producen. Esta circunstancia expresa la inexistencia de resentimiento público organizado, aunque haya reprobación del acto delictivo (Sacristán, 2009, p. 11).

Entre los primeros aspectos vulnerados por los medios de comunicación con señalada carencia de neutralidad se encuentran los derechos procesales esenciales como la presunción de inocencia, el debido proceso y actos jurídicos como el material probatorio. En estos casos se juzga socialmente excluyendo al campo jurídico, muy necesario para las emisiones e investigaciones que se pretendan exponer:

El debido proceso abarca también el derecho a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de derecho y es, de igual modo, uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada (Sentencia T-827/05, 2005).

El papel que deben cumplir los medios de comunicación en los procesos judiciales es el de informar sobre acciones delictivas de manera imparcial, brindando autonomía jurídica del fallador y no por la acción de informar se vulneren derechos fundamentales. De Quiroga (2001) simplifica: “En efecto, la influencia de los medios de comunicación incide, o puede incidir, de forma directa sobre el usador (sea juez profesional o lego), afectando al menos en su aspecto objetivo a su imparcialidad” (p. 106).

La libertad de información es un derecho de doble vía, es decir, en procesos judiciales

los medios tienen la facultad no sólo de informar a la ciudadanía de los actos delictivos que suceden en el país, sino también están en la obligación de no caer en la vulneración de aquellos bienes jurídicos de las personas sospechosas, como su derecho a la honra y buen nombre, puesto que la ley establece la inocencia de las personas hasta que no se demuestre la culpabilidad de los hechos. No obstante, es perentorio que la redacción de la noticia no deba de inducir al lector frente a una postura culpabilista o de inocencia, si no de ser objetivos e imparciales, como lo señala la Corte: “La responsabilidad social de los medios de comunicación implica la obligación de emitir noticias veraces [...], no pueden inducir al lector a la culpabilidad de la persona nombrada como un hecho cierto, pues se estarían desconociendo los principios constitucionales” (Sentencia T-040/13, 2013).

## ANÁLISIS DE CASOS

Después de la conceptualización sobre la manipulación de los medios de comunicación en los procesos judiciales, se plantea el análisis de casos de tipo penal, de los cuales se pretende ejemplificar y llegar a las conclusiones que se establecen en la presente investigación.

### Un médico y tres presuntos asaltantes

El jueves 30 de enero del 2020, pasada las diez de la noche, en el norte de la ciudad de Bogotá, según lo que evidencia una de las cámaras de seguridad del sector, una persona masculina de los cuales los medios informan que es

presuntamente del gremio de la salud, cruza sobre un puente y detrás de él tres sujetos que minutos antes habían bajado de un carro. En este hecho, los tres sujetos terminan muertos, presuntamente por el médico que disparó su arma de fuego. No conociéndose más de los hechos.

El abogado defensor de los intereses del médico que dio muerte a tres presuntos delincuentes, al parecer ante una amenaza de atraco, afirmó que **su cliente actuó en legítima defensa**. Los hechos sucedieron en la noche del jueves, aproximadamente a las 11:40 p.m., en el puente peatonal de la calle 121 con carrera 9 (*Revista Semana*, 2 de febrero de 2020).

El presente caso a la fecha fue fallado a favor del médico como legítima defensa; sin embargo, las autoridades judiciales y sobre todo los medios de comunicación han puesto reserva y cuidado la identidad del médico para evitar posible represarías contra él, tal y como él mismo lo solicito en una entrevista con la *Revista Semana*: “Agradezco que por razones de seguridad personal y de mi entorno familiar no se dé a conocer públicamente mi identidad, además de que afectaría los lineamientos que para tal efecto han dado las autoridades” (*Revista Semana*, 8 de febrero 2021).

Se desconocen los elementos materiales probatorios que permitan esclarecer lo que sucedió. No obstante, con un video de la cámara de seguridad del sector los medios de comunicación empezaron a afirmar sobre el hecho como legítima defensa, siendo que “Recurrir

a la fuerza debe ser el último medio posible para defenderse y el Estado debe demostrar que la amenaza a la que se enfrentó constituyó un nivel suficiente de gravedad para justificar una respuesta armada” (Guerisoli, 2006, p. 6). Realizando así una percepción o hipótesis, la cual debe estar en manos de un juez de la República en un determinado fallo.

Respecto a la legítima defensa, es necesario recalcar que es difícil tener una tipificación única sobre estos casos, pues los hechos varían dependiendo del contexto, como también la forma de defender la vida y su preservación. Por esta razón, se debe de ser objetivo para no inducir a la población a confundir la legítima defensa con la venganza, como lo hace ver la justificación de algunos sectores de la sociedad colombiana:

La falta de una completa normativización, tanto del uso de fuerza, como de la legítima defensa, provocó que cada nación era competente para definir y delimitar su derecho de defensa propia. Durante los años 30 varios Estados utilizaron la legítima defensa de los intereses vitales de la nación, también entendida como derecho a la “auto-preservación”, para justificar ataques armados (Guerisoli, 2006, p. 6).

El impacto que genera la redacción de una noticia puede inducir al receptor a tomar una posición que al momento es materia de prueba para las autoridades, como en este caso, en el que existió muy poca información respecto a lo ocurrido en la noche del 30 de enero. Así

mismo, se evidencia la carente construcción de información basada en la imparcialidad y dejando la total autonomía al juez de tomar una decisión sin una presión social, con una inclinación fundada en emisiones periodísticas que determinan un hecho:

[...], la actividad probatoria debe estar orientada hacia la construcción de argumentos que permitan inferir con alta probabilidad (más allá de toda duda razonable) que ciertos hechos ocurrieron de determinada manera, para adecuarlos luego a una norma y establecer así las consecuencias que de ello se derivan (Sierra, 2008, p. 30).

Al afirmar que existe una “legítima defensa”, los medios de comunicación deben ser muy objetivos, pues estas emisiones no se deben realizar sin objetividad, más aún sin un fallo judicial condenatorio o que pueda absolver al sujeto implicado. Razón por la cual, en esta investigación se pretende exponer la necesidad que se requiere en la redacción de informes periodísticos. Constitucionalmente se hace referencia a la imparcialidad de la noticia con el cuidado de no justificar el derecho a la libertad de prensa, libertad de expresión o derecho de información en la violación al debido proceso de indiciado, ya que esto puede fomentar una justicia a mano propia y parainstitucional, que es posición peligrosa en la sociedad. Por esta razón, se hace énfasis en que antes de tomar postura sobre un hecho que es materia de prueba exista el suficiente apoyo jurídico o de expertos que permitan emitir una información con el conocimiento legal necesario.

La imparcialidad hace referencia y exige al emisor de la información establecer cierta distancia entre la crítica personal de los hechos relatados y las fuentes y lo que se quiere emitir como noticia objetiva. En ese sentido, cuando un periodista desea emitir una información debe contrarrestarla con diversas fuentes y confirmarla, y si es el caso, con expertos en la materia, para evitar que se “contamine” con sus prejuicios y valoraciones personales o del medio en el que trabaja (Sentencia T-256/13, 2013).

### **Agro Ingreso Seguro (AIS)**

La corrupción ha permeado diferentes sectores de la sociedad. Un caso mediático fue el de Andrés Felipe Arias, ex ministro de agricultura, a quien se condenó por entregar recursos del Estado a través del proyecto AIS a personas con altos ingresos económicos, dejando a miles de familias campesinas sin ese aporte, que les permitiría reactivar sus economías e inversiones.

El segundo caso más sonado en nuestro país fue el denominado Agro Ingreso Seguro (AIS); este fue un programa del gobierno que buscaba otorgar subsidios a agricultores. Fue diseñado por el ex ministro de Agricultura Andrés Felipe Arias. El programa se vio implicado en una serie de escándalos relacionados con la corrupción y la entrega de recursos a familias prestantes, figuras públicas, reinas de belleza, narcotraficantes y presuntos miembros de grupos armados ilegales (Ruiz, 2013, p. 20).

En este caso se ejemplifica el papel fundamental de los medios para garantizar el derecho de los ciudadanos a la información, porque en ese momento gran parte del sector político pretendía manipular la realidad y desviar la percepción de la opinión pública. A pesar de lo cual hubo periodistas que expusieron los avances de la investigación y sacaron a la luz pública la acción delictiva de este caso de corrupción.

En el contexto de polémicas como Agro Ingreso Seguro, un elemento que cobra un papel crucial son los medios de comunicación, porque constituyen el principal mecanismo de formación de opinión pública. Además, son el instrumento que permite a los ciudadanos saber qué sucede, incluso cuándo los políticos buscan ocultar o manipular la realidad (Cañas, 2015, p. 14).

El análisis estadístico realizado por Elizabeth Cañas Camargo evidenció que durante esa polémica se publicaron 58 artículos resaltando los valores como ser humano del ex ministro para mostrar a la sociedad su lado positivo, generando una manipulación de información no basada en el ámbito jurídico, evitando abordar el proceso de investigación y el desfaldo generado a los campesinos y al Estado. Hizo falta un análisis imparcial de los hechos y una exposición objetiva, que es lo que se pretende garantizar constitucionalmente.

En el ámbito periodístico se presentaron, por un lado, constantes calumnias de opositores

Tabla 1

Referidos a aptitudes de Andrés Felipe Arias	N° de artículos en los que aparece el valor	% *	% **
Transparencia	11	18.96%	4.50%
Admiración de Uribe	8	13.79%	3.30%
Buena fe	8	13.79%	3.30%
Religiosidad	7	12.06%	2.90%
Inocencia	6	10.34%	2.44%
Honorabilidad	5	8.62%	2.04%
Lealtad	4	6.89%	1.63%
Ceñido a la ley	4	6.89%	1.63%
Honestidad	3	5.17%	1.22%
Disciplina	1	1.72%	0.40%
Exigencia	1	1.72%	0.40%
<b>Suma parcial</b>	<b>58</b>	<b>99.95%</b>	<b>23.76%</b>
<b>Suma total de las subcategorías</b>	<b>245</b>		
* Porcentaje calculado sobre el total de menciones del grupo.			
** Porcentaje calculado sobre el total de menciones de la variable (245).			

Fuente: Cañas (2015, p. 89). Recuperado de <http://hdl.handle.net/10495/3837>.

al proyecto Agro Ingreso Seguro y, por otro, al uribismo, exponiendo irregularidades en la investigación por parte de la Fiscalía. En la tabla anterior se muestra que se hicieron múltiples referencias a las aptitudes del ex ministro, recalcando su buena fe, religiosidad, honestidad, disciplina, entre otras virtudes, evitando mostrar la situación en la que se encontraba legalmente, el curso de una investigación y los hechos en materia.

La tabla 2 muestra que muchos medios de comunicación eran partidarios del gobierno de turno y trataron de evitar que este acto delic-

tivo se viera como una afectación y desfalco a la nación, mostrando el hecho como ataque, persecución política y calumnias contra el gobierno, dejando de lado la situación de miles de campesinos que se vieron afectados por la falta de apoyo para sus cultivos a causa de un presunto hecho de corrupción.

[...], se encontraron cuatro grandes tendencias que marcaron el cubrimiento periodístico: la presencia destacada del discurso uribista; el abordaje de la prensa al fenómeno de la corrupción y la cultura de la trampa en la sociedad colombiana; la ausencia de análi-

sis sobre la crisis del agro como problemática histórica en el país; y la judicialización de la política en Colombia (Cañas, 2015, p. 76).

Aunque se pretendió manipular la información para ocultar lo realmente importante, fue ineludible que la sociedad se enterara sobre esa política funesta que permitió el lucro de los más adinerados del campo y de diferentes sectores de la sociedad. En el año 2020 se buscaba mostrar al ex ministro como una

persona afectada por medio de entrevistas en las cuales se expone con un aspecto físico destrozado, influyendo en una perspectiva de apoyo y lástima. Posteriormente, propuso un proyecto de ley que buscaba una segunda instancia para juzgar al exministro: “La iniciativa busca que exfuncionarios como el exministro Andrés Felipe Arias, condenado a 17 años de cárcel en el año 2016, tengan la oportunidad de apelar sus condenas” (*El Tiempo*, 21 mayo 2020), con la posibilidad de retornar a la

Tabla 2

<b>Tabla 4. Actitudes que se condenan</b>			
<b>A favor del uribismo</b>			
<b>Referidas a los ataques en contra del uribismo</b>	<b>N° de artículos en los que aparece la actitud</b>	<b>% *</b>	<b>% **</b>
Ataques y calumnias de opositores contra AIS y uribismo	24	39%	6.72%
Irregularidades en investigación de la Fiscalía	20	32.25%	5.60%
Persecución política al uribismo	9	14.51%	2.52%
Falta de garantías para los funcionarios investigados	7	11.30%	1.96%
Campaña de desprestigio	1	1.61%	0.30%
Irregularidades en investigación de la Procuraduría	1	1.61%	0.30%
<b>Suma parcial</b>	<b>62</b>	<b>100.28%</b>	<b>17.40%</b>
<b>Referidas a fallas legales y morales</b>	<b>N° de artículos en los que aparece la actitud</b>	<b>% *</b>	<b>% **</b>
Calumnias	7	25%	1.96%
Justicia mediática (espectáculo, amarillista)	7	25%	1.96%
Justicia politizada	5	17.90%	1.40%
Daño a la reputación y buen nombre	4	14.28%	1.20%
Fallas en el debido proceso	3	11%	0.84%
Justicia selectiva	1	3.60%	0.28%
Manipulación de la información	1	3.60%	0.28%
<b>Suma parcial</b>	<b>28</b>	<b>100.38%</b>	<b>7.92%</b>

Fuente: Cañas (2015, p. 93). Recuperado de <http://hdl.handle.net/10495/3837>.

sociedad, quitando trascendencia a la investigación y llevándola a un plano moral. Si bien la economía no mejoro para los campesinos sino para aquellos de mayor poder adquisitivo que de una manera arbitraria se vieron beneficiados con este proyecto, era perentorio para la sociedad colombiana que se enteraran por parte del estado o los medios del avance del mismo, como quien diría realizar una veeduría posterior sobre los beneficios que al final se llevaron a cabo o por el contrario escalear estas participaciones:

..., llega a un punto en que al gobierno del momento le era prácticamente imposible silenciar el escándalo de AIS, pues lo que quedaba en el aire no sólo exhibía las consecuencias de una política pública mal orientada y diseñada para beneficiar a unos pocos, de acuerdo a los resultados de las investigaciones judiciales; más allá, se generó una desoladora sensación colectiva fundamentada sobre la idea de un modelo agrícola propuesto por el gobierno y sin embargo diseñado para beneficiar a ciertas personas, a los grandes agricultores y ganaderos de los de mayor riqueza en el campo (Castelblanco, 2014, p. 28).

La corrupción en Colombia se ha incrementado; no obstante, son los jueces los encargados de impartir justicia y fallar conforme a la ley y no atendiendo a la presión mediática y social. De ahí el papel de los medios de comunicación, que de manera objetiva pueden informar a la sociedad para que tome una postura individual en un caso y, así mismo, para que los jueces emitan sus fallos conforme a la ley.

## CONCLUSIONES

Los medios de comunicación se han convertido para la sociedad colombiana en la fuente principal para conocer sobre los sucesos del país, aunque no siempre muestran la realidad exacta; por el contrario, señalan la perspectiva condenatoria o absolutoria dirigida por quienes controlan los diferentes medios de poder. Con base en los casos expuestos sobre manipulación, se puede concluir que el impacto que genera la redacción de una noticia puede inducir al receptor a tomar determinada posición respecto a un caso en particular. Por lo tanto, se debe incentivar a ser objetivos al momento de emitir un informe periodístico, para que la sociedad pueda tomar una postura objetiva y clara sobre lo que es materia de investigación, procurando que no haya distorsión de la realidad ni vulneración al derecho a la información o la dignidad humana de las partes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Cañas Camargo, E. (2015). La construcción mediática del escándalo político: análisis de contenido de las noticias publicadas en *El tiempo*, *El espectador* y *El colombiano* acerca del caso de Agro Ingreso Seguro (tesis de maestría). Medellín: Universidad de Antioquia.
- Castells, M. (2013). *Comunicación y poder*. México: Siglo XXI Editores.
- Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

- Corte Constitucional (2005, 10 de agosto). Sentencia T-827/05 (Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-827-05.htm>.
- Corte Constitucional (2013, 28 de enero). Sentencia T-040/13 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-040-13.htm>.
- Corte Constitucional (2013, 30 de abril). Sentencia T-256/13 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-256-13.htm>.
- Corte Constitucional (2016, 2 de junio). Sentencia T-291/16 (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm>.
- Corte Constitucional (2016, 3 de marzo). Sentencia SU108/16 (Alberto Rojas Ríos, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU108-16.htm>.
- Dávila, V. (2020). Médico que dio de baja a tres presuntos delincuentes dice que lo intentaron subir a un vehículo. *Revista Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/medico-que-dio-de-baja-a-tres-presuntos-delincuentes-dice-que-lo-intentaron-subir-a-un-vehiculo--vicky-en-semana/650464/>.
- De Quiroga, J. L. B. (2001). *Instituciones de derecho procesal penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Declaración de principios sobre libertad de expresión periodo ordinario 108° (2000, 20 de octubre). <https://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>.
- El Tiempo* (21 mayo 2020). ¿En qué queda proyecto de ley que beneficiaba a Andrés Felipe Arias? Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/en-que-queda-proyecto-de-ley-que-beneficiaba-a-andres-felipe-arias-498082>.
- Gómez, K. V. A., Caro, Á. A. A., Suárez, E. J. A., Romero, J. A. B., & Escárraga, A. R. (2014). Alcance del derecho a la información de los medios de comunicación masivos frente al debido proceso de los implicados penalmente. *Jurídicas CUC*, 10(1), 197-232.
- López, B. E., & Fonseca, L. R. (2017). Medios de comunicación y derecho. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>.
- Miguélez, M. M. (2005). El método etnográfico de investigación. Caracas. Recuperado de <http://prof.usb.ve/miguelm/metodoetnografico.html>.
- Moreno Castelblanco, J. A. (2014). La captura del Estado vista desde los procesos de formulación e implementación de la política pública Agro Ingreso Seguro. Periodo 2007-2009 (Doctoral dissertation, Universidad del Rosario).
- Revista Semana* (8 de febrero 2021). Matar o morir: la historia no contada del médico que mató a tres ladrones. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/matar-o-morir-la-historia-no-contada-del-medico-que-mato-tres-ladrones/651274/>.
- Ruiz, S. M. (2013). La identificación de los riesgos de corrupción ¿la disminu-

rá? Recuperado de <http://hdl.handle.net/10654/10071>.

Sacristán, R. F. (2009). *Tratamiento de la delincuencia en los medios de comunicación*. Argentina: El Cid, ProQuest Ebook Central. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unilibrebaqsp/detail.action?docID=3183366>.

Truccone Borgogno, S. D. (2013). Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*.



# Mecanismo de articulación interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano en territorio colombiano

*Interinstitutional articulation mechanism for the control of insecurity phenomena arising from Venezuelan migration flow in Colombian territory*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9750>

## Resumen

El propósito de este artículo científico es determinar un mecanismo de armonización interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano en territorio colombiano. Se validan los resultados a través de un diseño metodológico fundamentado en un enfoque cualitativo, en un tipo de investigación descriptiva y en un muestreo no probabilístico de tipo propositivo o intencional, aspectos que dieron lugar a la construcción y aplicación de entrevistas semiestructuradas y dos matrices de doble entrada: una de oportunidades y amenazas en el medio (POAM) y una de capacidad interna (PCI). Se concluye que Colombia no cuenta con una política clara para abordar temas fronterizos ni una instancia que realice seguimiento de manera sostenida a sus fronteras.

**Palabras clave:** Actividades subversivas, coordinación, legitimidad de gobierno, seguridad fronteriza, derecho internacional.

## Abstract

The purpose of this scientific article is to determine an inter-institutional harmonization mechanism for the control of insecurity phenomena derived from the Venezuelan migratory flow in Colombian territory. The results are validated through a methodological design based on a qualitative approach, in a type of descriptive research and in a proactive or intentional non-probabilistic sampling, aspects that led to the construction and application of semi-structured interviews and two test matrices. double entry: one of opportunities and threats in the environment (POAM) and one of internal capacity (PCI). It is concluded that Colombia does not have a clear policy to address border issues or an instance that performs sustained monitoring of its borders.

**Keywords:** Subversive activities, Coordination, Legitimacy of government, Border security, international law.

## Juan Felipe González Ríos

Decano de la Facultad de Derecho y Docente Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cali. Abogado. Especialista en Derecho Penal y Constitucional. Magíster en Educación Ambiental y Desarrollo Sostenible. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8306-9043>.

[Juan.gonzales@ucc.edu.co](mailto:Juan.gonzales@ucc.edu.co)

## Héctor Geovanni González Ríos

Teniente Coronel de la Policía Nacional. Administrador Policial. Administrador de Empresas. Maestrante en Seguridad Pública. [hector.gonzalez@correo.policia.gov.co](mailto:hector.gonzalez@correo.policia.gov.co)

## Jorge Luis Restrepo Pimiento

Docente de Carrera de la Universidad del Atlántico. Investigador Senior. Abogado. Magíster en Derecho. Magíster C en Salud Pública. Doctor en Derecho. Doctor en Seguridad Social. Pos doctor en Epistemología. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8588-1075>. [jorluisrestrepo@yahoo.com](mailto:jorluisrestrepo@yahoo.com).

## Cómo citar:

González Ríos, J. F. ., González Ríos, H. G. ., & Restrepo Pimiento, J. L. (2022). Mecanismo de articulación interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano en territorio colombiano. *Advocatus*, 19(38), 119-134. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9750>



## Open Access

## Recibido:

28 de enero de 2022

## Aceptado:

1 de abril de 2022

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata los temas de frontera, que sólo se abordan a partir de directrices orientadas desde la cancillería en el programa institucional denominado “Plan Fronteras”, que desconoce la realidad que viven a diario las autoridades locales y regionales, únicas instituciones que en representación del Estado permanecen y atienden diariamente la situación fronteriza.

Existe una gran brecha entre la realidad local de las fronteras y la visión que tiene el nivel central sobre esta problemática, lo cual evidencia el trabajo desarticulado de las instituciones responsables, generando una serie de improvisación individual de muchas acciones e iniciativas que por la falta de conocimiento holístico y articulación se pierden en el tiempo y en su débil ejecución.

Lo anterior hace necesario instaurar unidad de criterios, estrategias y acciones frente a la problemática que se registra actualmente en la zona de frontera. Por esta razón, se deben propiciar articulaciones y una especie de coordinación con entidades públicas y privadas del orden municipal, departamental y nacional, que permitan conocer integralmente los fenómenos que se presentan.

Esta investigación pretende hacer evidente la fuerte problemática de migración fronteriza que, a su vez, desencadena otros problemas sociales que perjudican notablemente a todos los habitantes del territorio nacional.

Este tema es de interés para investigadores y legisladores, motivando el desarrollo de políticas públicas y generando estudios para analizar los problemas urbanos que se presentan.

Así las cosas, se intenta establecer los aspectos que debería contemplar la Policía Nacional para controlar los fenómenos de inseguridad en las zonas de frontera y fortalecer la convivencia en todo el territorio colombiano. Se propone crear el Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo.

## METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Se hace una aproximación al enfoque, tipo de investigación y metodología que se va a implementar para la obtención y análisis de la información en relación con el tema de investigación denominado “Mecanismo de articulación interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano”. Cabe resaltar que la elección de este diseño metodológico se deriva de las orientaciones dadas por el área de investigación de la Escuela de Posgrados de Policía “Miguel Antonio Lleras Pizarro”, plasmadas en el protocolo de investigación de las maestrías en Seguridad pública y en Criminología y victimología (Molina Garzón, 2001).

La formulación del problema y la recolección, tratamiento y análisis de la información responden a una investigación cualitativa (Maldonado, 2018, p. 40 y Lerma, 2018, p.

15), con base en el paradigma naturalista de Driessnack, Sousa y Costa Méndez (2007).

En ese orden de ideas, los resultados de esta investigación se aplicaron y validaron para el estudio de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano en Colombia. Los datos obtenidos en el trabajo de campo se clasificaron por temas, conceptos y teorías, y se trabajaron a partir de la experiencia social de los participantes en la investigación.

Así mismo, el enfoque cualitativo (Hernández y Mendoza, 2018, p. 455) permitió construir un mapa de significados, compartidos por grupos sociales con características comunes que regulan la toma de decisiones sobre los aspectos que debería contemplar el mecanismo de articulación interinstitucional para el control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano.

Teniendo en cuenta el alcance de la investigación, es posible referir que para iniciar actividades investigativas acerca del control de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano es necesario partir de una investigación de tipo descriptivo<sup>1</sup>, según Ladrón de Guevara, citado por Méndez (2001) y Cerda (2002), teniendo

en cuenta que se pueden conocer los componentes que hacen parte de este fenómeno que afecta a la población colombiana, ya que permite observar la fenomenología actual de la zona delimitada, como lo sostienen García Salinero (2004) y Maldonado (2018, p. 59).

Las ventajas de este tipo de estudio radican en que son fáciles de diseñar y ejecutar, caracterizan la frecuencia y la distribución del fenómeno objeto de estudio con respecto a diversas variables y puede servir como la fase de inicio para el desarrollo de estudios con mayor profundidad analítica (García Salinero, 2004, p. 2). De igual manera, el tiempo en el que se desarrolló esta investigación se guio por el tiempo de ocurrencia de los hechos y el registro de la información, entre el segundo semestre de 2018 y todo el año 2019, teniendo en cuenta que se pretende describir el tema de investigación a través de los objetivos específicos que buscan determinar el mecanismo de coordinación interinstitucional frente a los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano.

Esta investigación descriptiva se fundamenta en la escuela de pensamiento jurídico-institucional, ya que se puede establecer que los mandatos que nacen a través de la regulación del flujo migratorio venezolano no legitiman las actuaciones de anticipación, prevención y control de las instituciones colombianas sobre este fenómeno en la ciudad de Cúcuta. Por tanto, desde los postulados de esta escuela se puede establecer que lo que se instrumentaliza desde las instituciones deja entrever una percepción

---

1 Es preciso aclarar que la investigación descriptiva de corte transversal permite que la información recolectada y su análisis presenten, de forma explícita, una radiografía detallada de la forma como debe funcionar el mecanismo de articulación institucional de integración de información para el fortalecimiento de la seguridad pública.

negativa del Estado al momento de atender los síntomas del fenómeno de la migración.

### **MECANISMO DE ARTICULACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL CONTROL DE LOS FENÓMENOS DE INSEGURIDAD DERIVADOS DEL FLUJO MIGRATORIO VENEZOLANO EN TERRITORIO COLOMBIANO**

Los mecanismos de articulación interinstitucional son una medida nacional en la que diversas instituciones participan de manera activa para el logro de un fin común, que generalmente van dirigidos al bienestar de la ciudadanía y es allí donde se espera que exista un control de los fenómenos de inseguridad que se viven por este flujo migratorio.

Por lo anterior, se puede establecer que las medidas tomadas para combatir este fenómeno dependen de la aplicabilidad del derecho a la democracia, a la prevalencia de los derechos y deberes de los ciudadanos en las zonas de frontera y aquellas regiones que puedan verse afectadas; por esto, es posible afirmar desde las teorías económico institucionalistas que del comportamiento de las instituciones frente a situaciones colectivas como el ejercicio de la democracia depende la apropiación de la ley que entorno a ella se determina (García Villegas, 2016, p. 85).

Con base en estos fundamentos, este trabajo de investigación propone la creación de un Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo.

### **Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo**

Se propone este mecanismo como un centro articulado con coordinación interinstitucional en multinivel estatal y sectorial para definir estrategias claras y precisas frente a fenómenos y crímenes que atenten contra la defensa nacional y la seguridad y convivencia ciudadana en zonas de frontera, concretamente en el espacio compartido con Venezuela, debido al impacto de la migración en los departamentos y municipios implicados.

Este centro de fusión debe contar con una plataforma estratégica, por lo cual se proponen su presentación, misión y demás ítems.

Las instalaciones del centro deben comprender varios niveles, aunque inicialmente se plantea un primer piso, los otros niveles estarían ocupados por centros de información de fuerzas como el Centro Automático de Despacho (CAD), que se creó para atender llamadas de emergencia a través del número telefónico único 123 y dar respuesta inmediata de la Policía Nacional (Andretich, 2009).

Adicionalmente, tendría una sala de crisis adecuada técnica y tecnológicamente, ubicada en una guarnición militar o policial para efectos de seguridad de las instalaciones y minimizar riesgos y amenazas. El Ministro de la Defensa sería el encargado de su liderazgo y delegará capacidades, funciones o tareas a sus participantes, los cuales actuarán en el marco de la ley y las normas vigentes y contará con

todas las exigencias y protocolos de seguridad de la información (figura 1).

La siguiente es la misión propuesta para el centro, que integra elementos fundamentales para realizar su operatividad: “Generar líneas de conocimiento y productos terminados de información que permitan la elaboración de políticas públicas a partir de un correcto análisis de fenómenos criminales o delitos que se cometen en zona de frontera; identificar los riesgos y deficiencias que facilitan la participación de los migrantes en el contexto criminal colombiano; aportar desde la institucionalidad los insumos necesarios que permitan llenar los vacíos de información para asesorar la toma de decisiones con base en diagnósticos integrales, concretos y reales”.

Entre las funciones del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo, en relación con la migración, se encuentran la articulación, la coherencia y la consolidación de estrategias respecto a defensa, seguridad, migración, condiciones sanitarias - fitosanitarias y ambiental,

con el fin de cristianizar en política pública y generar diagnósticos integrales y concretos en diversos focos de atención delictuales y frente a economías ilegales, riesgos sociales, poblacionales y amenazas a la productividad y comercio en zona de frontera. Así mismo, está la de seguimiento permanente al fenómeno migratorio y su afectación en materia de defensa nacional y seguridad ciudadana, presentando propuestas operativas y preventivas para impactar con anticipación dichas amenazas (Aparicio, Rodríguez , & Támara, 2016).

Para responder oportunamente con eficacia y eficiencia, acorde a las últimas tendencias, la infraestructura debe contar con una sala de crisis, acondicionada con los elementos necesarios y dividida en tres sectores conjuntos, que permitan la participación y seguimiento constante de cifras y elementos de información privilegiados, así como acceso a bases de datos y demás sistemas de información de los entes participantes, liderados por la fuerza o entidad correspondiente (Aparicio, Rodríguez , & Támara, 2016).



**Figura 1.** Proyección de la sala de crisis del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo  
Fuente: elaboración propia.



Figuras 2 y 3.

Sala de crisis del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo y componente tecnológico

Fuente: elaboración propia.

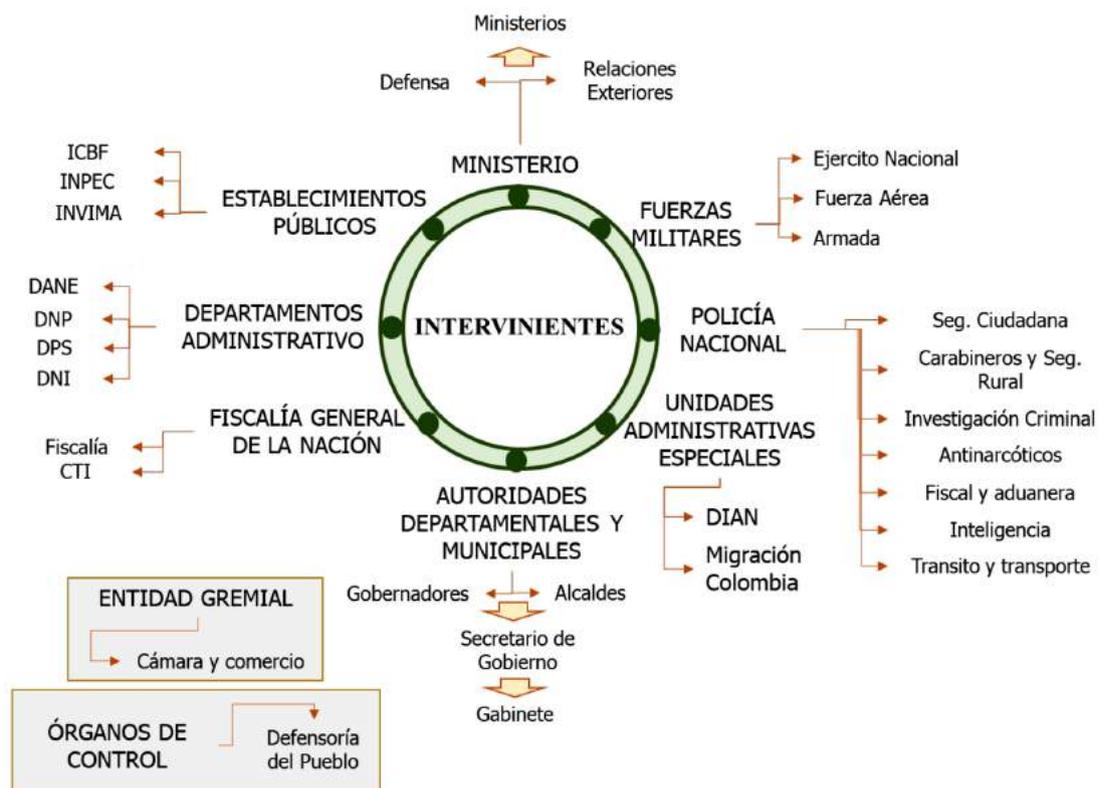
Como todo sistema organizado y estructurado, el Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronteriza debe contar con actores, normas, instituciones y procedimientos, que se agrupan en las ocho entidades territoriales determinadas por la ley, las cuales por su misionalidad, competencia y funciones se pueden articular y participar activamente cuando se requiera su aporte para el diseño de estrategias o capacidad operativa. Esto no implica su responsabilidad y actuación permanente en la sala de crisis, sólo estará encargado del seguimiento a fenómenos (Centro de Inteligencia Prospectiva, 2019).

Además, se tendría en cuenta un ente de control especialmente diseñado para coordinar su auditoría en algunos eventos operativos y una entidad gremial que aporte a estudios diagnósticos y propuestas comerciales y laborales (figura 4).

El centro de fusión tendría la articulación, coordinación y asociación sobre tres ejes

centrales, considerados focos de atención en virtud de la fenomenología criminal, delictuosa y el paso de migrantes por la grave situación en Venezuela, en el que las entidades indicadas determinarían su actuación por la misión y función que cumplen. Los ejes son los siguientes:

**Defensa nacional.** Actividades políticas y militares que desarrollan los Estados-nación modernos para impedir o contrarrestar ataques militares que eventualmente pudieran realizar otros (enfoque realista) o ultimátums que puedan venir de diversos grupos de poder, como grupos terroristas, empresas transnacionales, movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales (enfoque neorealista). Dichas actividades están referidas a las fuerzas armadas y la guerra; sin embargo, otras actividades y políticas están íntimamente relacionadas con la defensa nacional, como la investigación y el desarrollo de tecnología de punta, la provisión de materias primas estratégicas y alimentos, la



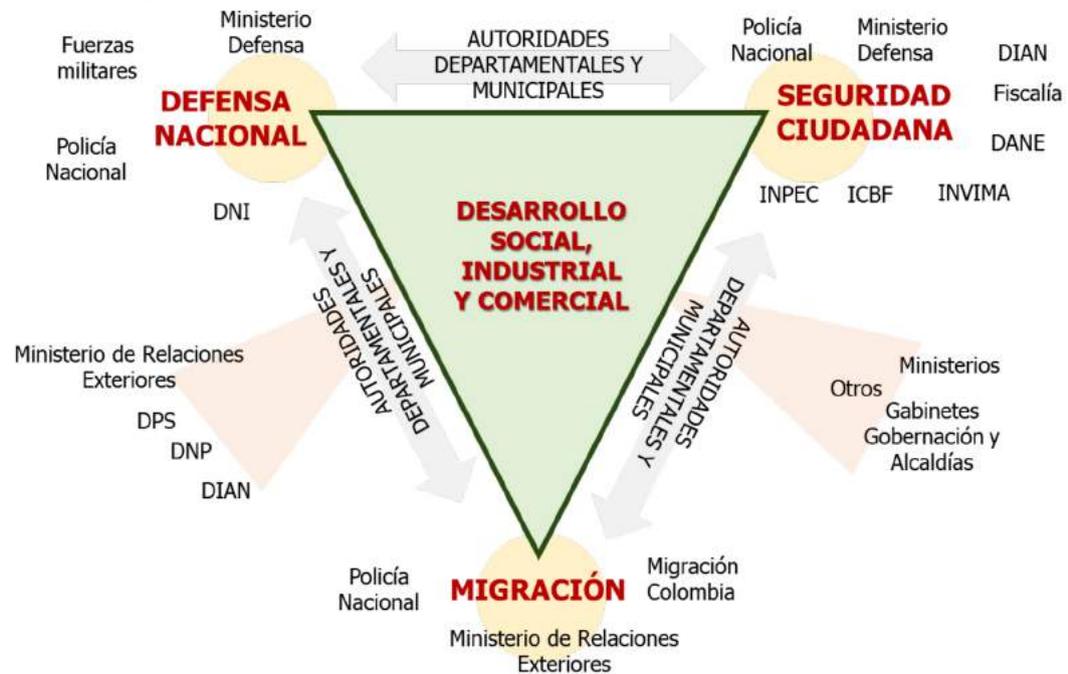
**Figura 4.**  
Actores intervinientes en el Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo  
Fuente: *elaboración propia.*

industria básica y la ocupación del territorio (Botero Ospina, 2016).

Con ese propósito se construye la **Seguridad Ciudadana**, que es la acción integrada del Estado con la colaboración de la ciudadanía y de otras organizaciones de interés público, con el fin de asegurar su armonía y desarrollo pacífico, la eliminación de la violencia, el uso pacífico y ordenado de las vías y los espacios públicos y, en general, evitar la comisión de infracciones y agravios contra las personas y sus bienes (Bermudez, Mazuera Arias, Albornoz Arias, & Morffe Peraza, 2018).

En líneas generales, por seguridad ciudadana debe entenderse el conjunto de acciones democráticas en pro de la seguridad de los habitantes y de sus bienes, y ajustadas al derecho de cada país. De hecho, el reto actual es concertar el ejercicio de los derechos humanos con las políticas en el componente de seguridad ciudadana de los Estados (figura 5).

**Migración.** Es un elemento propio de la demografía y la geografía poblacional. Se puede definir como la movilidad de la población, que consiste en dejar el lugar de residencia para establecerse en otro país o región, ge-



**Figura 5.**

Articulación del Centro de Fusión para la Seguridad Nacional Fronteriza

Fuente: *elaboración propia.*

neralmente por causas económicas o sociales (Aparicio, Rodríguez, & Támara, 2016).

Además de estos tres ejes fundamentales de articulación, se deben contemplar la integración y el desarrollo social, industrial y comercial, en el que participan de manera activa algunos entes territoriales, ya que es transversal y de alto beneficio para la región fronteriza, contribuyendo a que haya mayor congruencia y oportunidades para los coteráneos y se estimule la creación de industria y comercio, con mayores oportunidades para los nacionales, y permitiendo la inclusión o participación de extranjeros legales (Bermudez, Mazuera Arias, Albornoz Arias, & Morffe Peraza, 2018).

El centro de fusión tendría una dualidad en su funcionalidad, referente a la aplicación de importantes estrategias de seguridad y gestión de desarrollo económico y social en sectores de frontera, debido a que no sólo actuaría como una importante mesa decisonal de alto nivel gubernamental con fuerza de política pública, sino que también el salón de crisis le permitiría obtener importantes diagnósticos con la recolección de datos, información y elementos aportados por entidades del Estado. Este salón haría seguimiento a factores relevantes de interés para la generación de alertas tempranas (figura 5).

En un mundo organizado, de gestión y desarrollo operativo con calidad, cabe aclarar que

las estrategias estarían enfocadas en una serie de acciones planeadas en los distintos frentes (defensa nacional, seguridad ciudadana, migración, desarrollo social y económico y control sanitario), que cooperen en los controles, promoción, prevención y acción en zonas de frontera, mitigando los fenómenos criminales y delictuales, y permitiendo una mejor convivencia ciudadana a partir de mejores resultados y alcance de objetivos a través de pautas concretas de actuación interinstitucional (Serna Gómez, s.f.).

Adicionalmente, la toma de decisiones corresponde a la gestión administrativa y a una

política gerencial. Estará fundamentada en los recursos de información y diagnósticos generados por la sala de crisis. Estas decisiones serán requeridas siempre y cuando sean necesarias frente a la reformulación de estrategias, cuando los indicadores no sean los esperados, los escenarios cambien y, por tanto, las nuevas variables obliguen a otras acciones complementarias, los despliegues mediáticos exijan un aporte de información mediático positivo y estructurado por este centro de fusión y cuando un hecho o escenario de impacto lo requiera frente a la amenaza de objetivos de la estrategia (García Villegas, 2004).



**Figura 5.**  
Funcionalidad del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo  
Fuente: *elaboración propia.*

Como se ha señalado, el centro de fusión requiere de la sala de crisis, que actuará como un termómetro de información oportuna y alertas frente a factores y variables de atención y seguimiento, así: Productos del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo.

Primero, están los informes diarios, que son productos cuantitativos de información precisa y oportuna frente a los cambios de variables e indicadores, no sólo en materia criminal y delictual, sino también social y económica. Estos documentos les permitirán tener un contexto dinámico de la problemática a quienes se encuentran involucrados en la toma de decisiones y el diseño de estrategias. Otros serán de gestión y producción para evaluar la importancia y relevancia del Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo y la sala de crisis frente al delito y crimen en zona de frontera, equiparando recursos y gasto público vs. resultados, efectividad y beneficio local (García Villegas, 2004).

Por otra parte, están los análisis de información, que son el estudio técnico de información disponible y privilegiada que permite observar en contexto y de manera holística un suceso, fenómeno, actor o conjunto para la toma de decisiones frente al diseño de eventos futuros de riesgo y amenaza.

Otro producto es el diagnóstico, que consiste en el estudio técnico que se obtiene de la información disponible y de la acción de prueba de algunos elementos y variables inmersas (Andretich, 2009).

Entre estos productos también aparece el seguimiento a delitos de impacto como función preventiva social, jurídica y judicial: homicidio, lesiones personales, hurto (personas, residencia, comercio y automotores), secuestro, extorsión, tráfico de personas y de armas, lavado de activos, contrabando y narcotráfico, sobre los cuales no sólo se tendrán en cuenta las cifras numéricas de crecimiento o disminución, sino también aspectos diferencias de localidad y proximidad a la frontera, incidencia de extranjeros, resultados, modalidad, tipo de arma empleada, días y horarios, variables conexas de atención, causa del delito y motivo, delitos, fenómenos y riesgos sociales conexos, reincidencia de actores y participación de sujetos con condenas extramurales (Centro de Inteligencia Prospectiva, 2019).

En este sentido, cabe decir que los fenómenos criminales son un factor significativo que se debe tener en cuenta a partir de actividades ilícitas como narcotráfico, terrorismo, tráfico de armas, tráfico de personas con fines de esclavitud o explotación sexual, contrabando, narcomenudeo y otros, así como la participación de actores como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), bandas criminales, crimen organizado e incluso la delincuencia común, determinando la participación de extranjeros y la facilidad que brinda la frontera para ello (Centro de Inteligencia Prospectiva, 2019).

La migración también es un tema de orden especial y de impacto en relación con la atención de frontera con Venezuela, debido a su situación política y al alto flujo de personas

que trasgreden el límite de manera ilegal y no sólo copan espacios y oportunidades de empleo formal e informal, sino que también consumen el recurso público y elevan los índices de criminalidad y delincuencia (Andretich, 2009).

Este sería un tema de especial atención en la revisión de acciones, medidas y controles para su efectividad, no sólo por la acción criminal sino también por los focos de empleadores sin requisitos legales (Aruj, 2008).

En la tipología de contingencias y probabilidad suelen presentarse los riesgos sociales, basados en focos de pobreza, hambre y desnutrición, tanto para los nacionales como para los extranjeros migrantes, además de la capacidad y cobertura de la atención y servicios públicos por parte del Estado y otras necesidades. Adicionalmente, se revisarían otros temas como el contrabando y su impacto en la empresa y comercio formal, ante el pago y recaudo de impuestos (Aparicio, Rodríguez, & Támara, 2016).

Por otra parte, están las economías ilegales, el desempleo y la desocupación, que son factores y variables de atención de los fenómenos criminales, debido a que mucho del dinero producto del narcomenudeo, la extorsión y el contrabando circulan en modalidades como el “gota a gota”, rifas y juegos ilegales, ventas informales, además del transporte informal, de las cuales se financian estructuras criminales que emplean estos sistemas fraudulentos para el lavado y circulación de sus activos.

En este entorno se encuentran los actores delincuenciales, criminales y terroristas sobre los cuales se desplegarían resultados operacionales para impactar la criminalidad y la amenaza potencial en el marco de la defensa nacional, lo cual generaría ambientes de seguridad y confianza estatal (Arango, 1995).

Los procesos de gestión y organización requieren instrumentos para intercambiar ideas, información y conocimiento, de ahí la necesidad de hacer seguimiento mediático a los principales medios nacionales, regionales y locales, con el fin de conocer las tendencias y focos de atención mediáticos que requieran la intervención y publicidad positiva de la institucionalidad para dar partes de seguridad y positivismo frente al delito y los riesgos sociales.

Así mismo, es necesario revisar variables sociales e indicadores económicos para medir la inversión social y económica en zonas de frontera y de esa forma coadyuvar a la problemática de inseguridad. Es posible medir la pobreza, el acceso a educación, los subsidios, la construcción de obras de interés común y el empleo, entre otros (Botero Ospina, 2016).

Con esta propuesta se espera que de cierta manera se mitiguen y solucionen las problemáticas de seguridad que se registran en las zonas fronterizas del país y que esto dé pie a que se haga extensiva a las demás zonas limítrofes del territorio nacional, ya que Colombia no cuenta con una política clara para abordar temas fronterizos y menos aún con una ins-

tancia que les haga seguimiento de manera sostenida (Botero Ospina, 2016).

En conclusión, las zonas fronterizas son espacios abiertos que potencian el surgimiento de fenómenos sociales y criminales de carácter transnacional. En la frontera colombo-venezolana se hace necesario hallar la manera de propiciar la articulación y coordinación de todo tipo de capacidades públicas y privadas del orden municipal, departamental y nacional para conocer integralmente los fenómenos que allí se presentan y lograr un verdadero control terrestre, marítimo y aéreo en cinco aspectos fundamentales: defensa, seguridad, migración, condiciones sanitarias-fitosanitarias y comercio (Botero Ospina, 2016).

## CONCLUSIONES

Los fenómenos de inseguridad más recurrentes en esta zona, derivados del flujo migratorio, son el hurto a motocicletas y a celulares, el homicidio y la extorsión, así como el vandalismo como fenómeno social.

Entre las acciones adelantadas frente al flujo migratorio venezolano se encuentran el trabajo coordinado entre gobierno, la policía y las entidades encargadas de la vigilancia, y las que van dirigidas al control de los pasos fronterizos legales e ilegales.

Una de las medidas que debe adelantar el gobierno nacional es la relacionada con el convenio de la Cruz Roja con la cancillería para ofrecer hogares de paso, apoyo en edu-

cación y salud para migrantes, el registro de los venezolanos que están en Colombia y la tarjeta de migración fronteriza.

Por otra parte, frente a los controles para disminuir el flujo migratorio, se debe solicitar al gobierno de Venezuela que facilite el otorgamiento de documentos de identidad y de viaje para sus ciudadanos, como un mecanismo que contribuye al intercambio de información entre las autoridades de migración sobre los flujos que se vienen presentando, la validación de los documentos de identidad de los migrantes, los permisos de permanencia y la cooperación internacional que cuenta con el apoyo de organizaciones como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Administración de Seguridad y Salud Ocupacional (OSHA), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Cruz Roja, entre otras.

Así mismo, los actores que deben intervenir en la prevención y control del flujo migratorio venezolano deben ser el Grupo Especial Migratorio (GEM), una nueva unidad operada por funcionarios de Migración Colombia, la policía, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Dirección de Movilidad y Formación para el Trabajo del Ministerio del Trabajo, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Educación Nacional, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres y el Ministerio de Relaciones Exteriores,

a través de la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano.

En ese sentido, el gobierno nacional debe controlar el flujo migratorio venezolano, generando estrategias que respalden la seguridad en la frontera con efectivos de la fuerza pública y el GEM debe orientar a los migrantes, controlar la prostitución y salvaguardar a los menores e imponer sanciones a la migración ilegal. Se debe promover el llamado a la tolerancia para evitar actitudes hostiles y xenofóbicas, y todos los inspectores de trabajo tienen la instrucción de sancionar abusos que se cometan contra los migrantes venezolanos.

Por su parte, el sector privado debe proponer el estudio de una reforma migratoria integral que brinde al Estado las herramientas para mitigar el impacto de la migración de personas como consecuencia de la crisis venezolana. Allí es donde se hace notorio el accionar que debe adelantar la Policía Nacional en el análisis del contexto criminal, no solo implican que los venezolanos puedan ser reclutados por los grupos delincuenciales, sino convertirse en parte de un nuevo negocio asociado al tráfico de personas y tomar aplicando medidas de control y prevención sobre la población venezolana para disminuir los índices delictivos del país, para ello, es necesario, la caracterización del flujo de migración Colombia se debe a una mayor inversión extranjera; la gran afluencia de migrantes venezolanos a Colombia se debe principalmente a factores como el ambiente favorable para el desarrollo de inversiones y a unas condiciones

económicas estables, la estabilidad política y las garantías jurídicas.

## RECOMENDACIONES Y PROYECCIONES

Colombia debe contar con apoyo para aunar esfuerzos y afrontar las situaciones y amenazas que ocurren en los territorios fronterizos, con el fin de mitigar los delitos y las irregularidades que se cometen en dichos lugares. Por lo cual se propone la creación de una institución que lidere el proceso de toma de decisiones respecto a esta problemática:

- Creación de comités o corporaciones que vigilen el actuar de los ciudadanos venezolanos, mediante censos puerta a puerta o la verificación de las fuentes de ingreso.
- Se requiere la articulación entre el sector público y el privado para generar oportunidades laborales, al igual que programas de atención a esta problemática.
- Generar políticas públicas claras que permitan el acompañamiento y articular los organismos de control para garantizar que no exista un impacto en los delitos y contrarrestar aquellos que se puedan convertir en transnacionales, permaneciendo atentos a posibles mutaciones de fenómenos u origen de economías criminales.
- Crear el Centro de Fusión de Seguridad Nacional Fronterizo para la atención de los fenómenos de inseguridad derivados del flujo migratorio venezolano.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andretich, G. V. (2009). Relaciones de poder: un análisis cualitativo a partir del proceso de elección de modalidades de escuelas públicas de Rafaela en el marco de la reforma de los 90. Universidad Nacional de Luján.
- Aparicio, C. A., Rodríguez, K., & Támara, P. (2016). Descripción y contextualización de la política de fronteras. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer en Colombia.
- Arango, J. (1995). Las leyes de las migraciones de E.G. Ravenstein, cien años después.
- Ariza, M. (1998). Migración, familia y participación económica. En M. A. Castillo, A. Lattes, & J. Santibáñez, Migración y fronteras (pp. 105-132). Mexico: El colegio de México.
- Ariza, Y. (2012). Qué son los modelos científicos: introduciendo la escuela semanticista en la didáctica de las ciencias naturales. Bogotá: Investigación en educación, pedagogía y formación docente.
- Aruj, R. S. (2008). Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica. Papeles de Población.
- Bee, E. (2013). Impacto de la migración en el desarrollo socioeconómico de América Latina. *Revista ciencia y futuro* 3(4). Universidad de Matanzas, Cuba, 62-78.
- Bermúdez, Y., Mazuera Arias, R., Albornoz Arias, N., & Morffe Peraza, M. A. (2018). Informe sobre la movilidad humana venezolana: realidades y perspectivas de quienes emigran. Bogotá D.C.: Migración Colombia.
- Botero Ospina, M. H. (2016). Hacia modelos de gobernanza transfronteriza. Bogotá D.C.: Fundación Konrad Adenauer en Colombia.
- Cerda, H. (2002). Los elementos de la investigación. Bogotá: Editorial El Búho.
- Centro de Inteligencia Prospectiva (2019). Facilitadores que permiten la permanencia de venezolanos en el país. Bogotá: Cipro Dipol.
- Chíquiza Nonsoque, J. (2018). Según cifras de Migración Colombia, hay 935.593 venezolanos en el país. Obtenido de *La República*: <https://www.larepublica.co/economia/segun-cifras-de-migracion-colombia-hay-935593-venezolanos-en-el-pais-2766201>.
- Congreso de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006 por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá D.C.
- Congreso de Colombia (2016). Ley 1801 del 29 de julio de 2016 por el cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. Bogotá D.C.
- Copus, A. (2008). "Los componentes de la perifericidad no espacial. Nuevos factores de desarrollo territorial: elementos conceptuales". En J. N. (ed.).
- De Sena, A., Del Campo, N., & Dettano, A. (2012). La entrevista como modo de indagación social. Una experiencia compartida. Buenos Aires: Ediciones cooperativas.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2011). Decreto 4062 de 2011. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Driessnack, M., Valmi D., S., & Costa Mendes, I. A. (2007). Revisión de diseños

- relevantes para enfermería: Parte 2: diseños de investigación cualitativa. Obtenido de [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692007000400025&script=sci\\_arttext&tln](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11692007000400025&script=sci_arttext&tln).
- García Salinero, J. (2004). Estudios epidemiológicos analíticos: cohortes y casos-controles. *Nure Investigación* 8, 1-6.
- García Villegas, M. (2004). La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina (2ª. ed.). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Hernández Sampieri, R. & Mendoza Torres, C.P. (2018). *Metodología de la investigación* (1ª. ed.). Ciudad de México: Editorial Mac Graw Hill/Interamericana.
- Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la investigación* (5ª. ed.). México D.F.: Mac Graw Hill/Interamericana.
- Jiménez Aguilar, C. M. (2013). La gobernanza transfronteriza en América del Sur: una estrategia de análisis del desarrollo y la integración territorial. *Pap. Polít.* 18, 227-259. Bogotá.
- Laverde, R. (2013). Región fronteriza Venezuela-Colombia. “Niños, niñas, adolescentes y jóvenes: el futuro exige un mejor presente”. *SJR*, 4-41.
- Lerma González, H.D. (2018). *Metodología de la investigación. Propuesta, anteproyecto y proyecto* (5ª. ed.). Bogotá: Editorial ECOE Ediciones Ltda. p. 15.
- Maldonado Pinto, J.E. (2018). *Metodología de la investigación social. Paradigmas: cuantitativo, sociocrítico, cualitativo, complementario* (1ª. ed.). Bogotá: Editorial Ediciones de la U. p. 40.
- Méndez Álvarez, C. E. (2001). *Metodología, diseño y desarrollo de procesos administrativos*. Mc Graw Hill.
- Migración Colombia (2018). *Radiografía de venezolanos en Colombia*. Bogotá D.C.: Migración. Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Migración Colombia (2018). *Informe de asentamientos migratorios en Colombia*. Obtenido de *Razon Pública*: <https://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/2018-el-drama-humanitario-de-los-migrantes-irregulares.html>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2016). Decreto No. 1692 del 24 de octubre de 2016. Bogotá: Presidencia de la República.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2015). Decreto 1067 de mayo 26 de 2015. Bogotá D.C.: Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2017). Resolución 5797 del 25 de julio de 2017. Bogotá D.C.: Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Ministerio de Salud y Protección Social (2017). *Fortalecimiento de acciones en salud pública para responder a la situación de migración de población proveniente de Venezuela*. Bogotá D.C.: Ministerio de Salud y Protección Social.
- Mojica Sastoque, F. J. (2010). *Concepto y aplicación de la prospectiva estratégica*. Bogotá D.C.: Centro de Pensamiento Estratégico y Prospectiva, Universidad Externado de Colombia.

- Molano Rojas, A. (2016). Fronteras en Colombia como zonas estratégicas: análisis y perspectivas. Konrad Adenauer Stiftung, 280.
- Molina Garzón, A. L. (2001). Protocolo de investigación maestría en seguridad pública y maestría en criminología y victimología. Bogotá D.C.: Escuela de Posgrados de Policía.
- Ocampo González, M., & Arboleda Cardona, S. (2016). Colombia y los flujos mixtos de migrantes en el derecho internacional de los refugiados. *Revista Opinión Jurídica* Universidad de Medellín, 93-108.
- Presidencia de la República (2011). Decreto 4062 de 2011 por el cual se crea la unidad administrativa especial Migración Colombia y se establece su objetivo y estructura. Bogotá D.C.: Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Presidencia de la República (2018). Decreto 1288 del 25 de julio de 2018. Bogotá D.C.: Departamento Administrativo de Presidencia de la República.
- Ramírez, S. (2016). El drama humanitario de los migrantes irregulares. Obtenido de *Razón Pública*: <https://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/9638-el-drama-humanitario-de-los-migrantes-irregulares.html>.
- Reidl Ramírez, L. C. (2016). Método de investigación en psicología. México: Unam.
- Ripol 5 (2019). Situación actual de frontera Norte de Santander, área metropolitana de Cúcuta y Arauca. Cúcuta, Norte de Santander: Regional de Inteligencia No. 5.
- Salas Luévano, M. D. (2013). Migración y feminización de la población rural 2000-2005. México: Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso.
- Serna Gómez, H. (s.f.). Análisis externo. El Poam (perfil de oportunidades y amenazas en el medio). Obtenido de *Gestión Estratégica*: [https://gerest.es.tl/ANALISIS\\_POAM.htm](https://gerest.es.tl/ANALISIS_POAM.htm).
- Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (2018). Resolución 1238 del 16 de mayo de 2018. Bogotá : UAEMC.
- Sánchez Morón, M. (1992) La coordinación administrativa como concepto jurídico. En *Documentación Administrativa* No. 230-231 (abril-septiembre 1992).
- Valencia, A.G., & Álvarez, Y. (2008). La ciencia política y las políticas públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación, *Revista de Estudios Políticos*, 33, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 93-121.

# La nación en la era posmoderna: ¿existe todavía?<sup>1</sup>

## *Nation in a postmodern era: does it exist yet?*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9751>

### Resumen

Las profundas y vertiginosas transformaciones de la era posmoderna han llevado a la Ciencia Política Normativa a construir y aplicar nuevas herramientas epistemológicas apartadas de los estándares científicos hegemónicos. En este contexto, este artículo de investigación estudia, a la luz del macromolde posmoderno, la injerencia de las fuerzas, manifestaciones y representaciones posmodernas (globalización, revolución tecnológica o cultura *mainstream*) en la configuración de la nación como un elemento tradicional y esencial de los Estados modernos. Se parte de la hipótesis central de la fragmentación inconclusa, es decir, que la posmodernidad no logra suprimir completamente la idea de nación (como lo afirman muchas posturas radicales), ni tampoco dejar incólume su naturaleza y sus elementos compositivos, tal como han existido desde la modernidad. En definitiva, la nación se enfrenta a un debilitamiento de las fuerzas tradicionales políticas, como el Estado, que ven cómo los ciudadanos se cohesionan en torno a principios, valores y derechos transnacionales, a través de canales no convencionales como internet, plataformas interactivas, redes sociales, entre otros.

**Palabras clave:** Nación, posmodernidad, globalización, capitalismo posindustrializado, cultura *mainstream*.

### Abstract

The deep and dizzying transformations of the postmodern era have led Normative Political Science to build and apply new epistemological tools away from hegemonic scientific standards. Under this context, this research article aims to study under the light of the postmodern approach, the interference that postmodern forces, manifestations, and representations (such as globalization, the technological revolution, or mainstream culture) have had in the configuration of the nation as a traditional and essential element of modern states. To do this, it starts from the central hypothesis of unfinished fragmentation, that is, that postmodernity does not succeed in completely suppressing the idea of the nation (as many radical positions affirm), nor does it leave its nature and its compositional elements unscathed as such they have been around since modernity. Ultimately, the nation faces a weakening of traditional political forces, such as the State, which see how citizens unite around transnational principles, values, and rights, and through unconventional channels such as the internet, interactive platforms, networks social, among others.

**Keywords:** Nation, Postmodernity, Globalization, Post-Industrial Capitalism, Mainstream Culture.

### Juan Camilo Puentes

Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada. Magíster en Democracia y Buen Gobierno y Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca (España). Docente de la Universidad Eafit y de la Universidad de Antioquia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2761-0111>. [juanpuentes30@gmail.com](mailto:juanpuentes30@gmail.com)

### Cómo citar:

Puentes, J. C. (2022). *La nación en la era posmoderna: ¿existe todavía?* *Advocatus*, 19(38), 135-158. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9751>



### Open Access

### Recibido:

4 de febrero de 2022

### Aceptado:

26 de mayo de 2022

1 Artículo de investigación científica derivado de la disertación doctoral del autor.

## INTRODUCCIÓN

En la bibliografía académica se considera a la Paz de Westfalia, fechada convencionalmente en 1648, como el nacimiento del Estado moderno y del sistema político internacional. Las profundas transformaciones que provocó **en** el sistema feudal y en otras instituciones medievales dieron paso a una unidad política más compleja fundamentada en principios, hasta ese momento incipientes, como los de soberanía, legitimación o autodeterminación. Concretamente, elementos como la demarcación del territorio, el surgimiento de las fronteras, la nacionalización de los ejércitos o la creación de cuerpos diplomáticos y burocráticos al servicio de los gobiernos, fueron sólo algunas de las conquistas de este proceso histórico, cuyo legado se ha consolidado en la mayoría de los Estados del mundo.

Culturalmente, los Estados modernos construyeron su modelo político bajo la premisa de la «identidad nacional», esto es, la idea de una comunidad que comparte elementos consanguíneos, **étnicos y culturales** (lenguaje o religión), que se encuentra, en principio, subordinada a una autoridad política y que se asienta sobre un territorio determinado. A diferencia de los Estados feudales, en los que los individuos convivían sin ningún tipo de relación jurídico-política con el Estado, el Estado moderno incorpora el concepto de *nación* (y, a su vez, el de *nacionalidad*) como el vínculo **más representativo** de los individuos, y por extensión, de los «ciudadanos» con la comunidad política. Bajo este modelo, am-

bos conceptos, *Estado* y *nación*, ya no actúan como unidades separadas e independientes, como ocurría con anterioridad al siglo XVII en el que, por un lado, el Estado se reducía al modelo organizativo de la sociedad feudovassallática; y por el otro, (por lo menos desde la perspectiva primordialista), la nación era considerada un conglomerado social que se congregaba, ante todo, en torno a ideales religiosos y no políticos (Anderson, 1991).

Con su materialización, el *Estado-nación*, como también se le ha denominado, dispuso una serie de mecanismos materiales y simbólicos (nacionalidad, lenguas oficiales, **símbolos patrios, entre otros**) con el ánimo de integrar a la comunidad bajo un mismo sentimiento nacional. Durante más de tres siglos, esta premisa propició las grandes divisiones geopolíticas del mundo, forjó los fundamentos culturales de los Estados modernos e, incluso, promovió múltiples enfrentamientos bélicos fundamentados en el nacionalismo extremo y la «superioridad de la raza». No obstante, con ocasión de la revolución tecnológica y las nuevas dinámicas socioeconómicas del siglo XX (globalización, neoliberalismo, capitalismo posindustrial, etc.) se ha cuestionado la validez, la utilidad y hasta la existencia de la nación como un elemento imprescindible de organización política.

Este capítulo pone en discusión la transformación del concepto de *nación* en un escenario posmoderno. Para lo cual, analiza el impacto de tres fenómenos contemporáneos sobre el proceso de construcción de identidades

nacionales y de cohesión social propio de las naciones modernas. Metodológicamente, se busca comprobar la hipótesis de la *fragmentación incompleta*, es decir, que las fuerzas dominantes de la sociedad posmoderna, representadas en los escenarios económicos, culturales y comunicacionales, logran transformar la naturaleza clásica de la nación y algunos de sus componentes esenciales, pero en ningún caso, sustituirla ni suprimirla en su totalidad. Más concretamente, se parte del supuesto de que el capitalismo transnacional, los procesos migratorios y la existencia de una sociedad civil global son sólo algunos fenómenos característicos de la sociedad posmoderna (otros serían los procesos de personalización, hiperconsumismo, fragilidad de las relaciones sociales, etc.), pero son los que representan una mayor amenaza para la estabilidad y la supervivencia de las naciones.

## NACIÓN

Etimológicamente, el término *nación* proviene de la voz latina *natio*, que hace alusión a quienes comparten el lugar de nacimiento (Sack, 2001). En sus orígenes romanos, era utilizado como un concepto territorial para designar a los que se encontraban al interior de las fronteras del Imperio (*romanitas*), en contraposición a quienes vivían fuera de este (*externae nationes*). Durante la Edad Media obtuvo un sentido más lingüístico, hecho que se reflejó en las universidades europeas en las que se instituyeron las llamadas «naciones»: agrupaciones de estudiantes que provenían de una misma región cultural y, sobre todo, que hablaban un mismo

lenguaje (Badía, 1975). Sin embargo, fue a partir de la Revolución Francesa cuando tuvo una connotación política. Para esta época, *nación* se identificaba con el estatus político que gozaban ciertos grupos cercanos a la corona o que eran representados en las asambleas o convenciones populares, despojando de esta calidad a todos los demás (Schulze, 1996).

A lo largo del siglo XIX se consolidó como un elemento propio de los Estados constitucionales (gracias al principio de nacionalidad), hecho que le permitió popularizarse y expandirse **más allá del hemisferio occidental**. En la actualidad es un concepto con una aceptación casi universal, como se puede ejemplificar en la denominación de la ONU<sup>2</sup>, el organismo interestatal más importante en el sistema internacional, que reúne a más de 190 naciones en el mundo (Sack, 2001). Sin embargo, a pesar de que las consideraciones sobre la idea de nación sean uniformes, principalmente, como un componente sociopolítico que garantiza la cohesión de la comunidad en torno al Estado, son muchas las discrepancias que existen, particularmente sobre su naturaleza y su origen: se debate, por ejemplo, si la nación ha existido desde siempre y, en ese sentido, si es un fenómeno connatural al ser humano, o por el contrario, al igual que ocurre con el Estado, si es una invención de la modernidad.

2 En la práctica, la acepción de nación desde el derecho público internacional hace referencia, más que a una organización sociológica, a una unidad eminentemente política. Por lo tanto, en este marco normativo, las naciones deben comprenderse en un sentido amplio del término, esto es, como Estados-nación. Al respecto, véase Glahn y Taulbee (2017).

Para resolver este rompecabezas, la bibliografía ha tomado tres posturas diferentes: el primordialismo, el modernismo y, como punto medio, el perenialismo<sup>3</sup>. La primera, el primordialismo<sup>4</sup>, se fundamenta en la idea de que la nación no es una construcción social propia de un momento histórico determinado, sino más bien un proceso diacrónico en el que se crean y consolidan naturalmente los **vínculos** comunitarios. Ya sea partiendo de un argumento sociobiológico o sociológico, se considera que la nación tiene como factor de cohesión la *etnicidad* (o la *etnia* en palabras de Smith), que no es más que una forma de organización extensiva al parentesco (van den Berghe, 1978). De esta manera, la familia, que se conforma en principio por vínculos consanguíneos, da lugar en su proceso evolutivo ineluctablemente a organizaciones comunitarias más complejas como la horda, la tribu y así sucesivamente hasta llegar a la comunidad étnica, es decir, un conglomerado social que converge bajo una misma identidad o sentimiento nacional.

Aunque los primordialistas no descartan que la mayoría de las naciones modernas surgieron durante los siglos XVIII y XIX, para esta escuela no es viable comprenderlas sin sus

referentes históricos. Bajo esta premisa, las naciones (incluso las más jóvenes) poseen raíces étnicas profundas manifestadas en mitos, relatos, símbolos o valores que se pueden rastrear en el pasado (Smith, 1999). En otras palabras, son producto de un largo proceso evolutivo que inicia en un punto determinado de la historia (de ahí que se considere que «tengan» ombligo), que se va consolidando a través de diversos periodos de tiempo y que no se reduce a un solo momento histórico como la modernidad (Budryte, 2010). Por esta razón, es inconcebible pensar en naciones (y, por antonomasia, en Estados-nación) completamente idénticas, ya que ninguna de ellas posee las mismas representaciones e imaginarios colectivos y, menos aún, la misma historia.

De acuerdo con esta postura, las naciones tienden a ser organizaciones compactas y estables, lo que permite deducir que no son extinguidas sino modificables. Es posible que los sentimientos nacionales varíen con el tiempo, como en efecto ha ocurrido en el pasado, pero no es permisible considerar que las naciones desaparezcan, pues como se ha dicho, son connaturales a la necesidad social del individuo de vivir en comunidad. Esta idea se complementa, ante todo, al hablar de la relación Estado-nación<sup>5</sup>, ya que es precisamente

3 La teoría perenialista asegura que las naciones han existido desde la creación de las primeras comunidades humanas, sin acoger plenamente el argumento primordialista de que son, en esencia, fenómenos naturales o biológicos. En contraste, hace especial énfasis en que las naciones son producto de un largo proceso evolutivo que no necesariamente se identifica con la modernidad y cuyo examen debe partir de las particularidades de cada nación, de sus características culturales y de sus procesos históricos (Rakic, 1998).

4 También se le denomina enfoque esencialista. Entre sus defensores se encuentran Shils (1957), Geertz (1963), van den Berghe (1978) y Connor (1978).

5 El reconocimiento de esta forma de organización política será indispensable para la creación del marco normativo internacional contemporáneo. En ese sentido, el derecho público internacional considera que los Estados-nación son los sujetos jurídicos más importantes del sistema internacional y, en consonancia, le otorga una serie de derechos y obligaciones determinadas. Sobre este asunto, véase Crawford (2012).

el Estado, al ejercer su poder monopolizador, el que cuenta con las herramientas para fomentar, consolidar y perpetuar la identidad nacional surgida en las relaciones comunitarias **más básicas**, así como garantizar el compromiso de sus ciudadanos en torno a la «**patria**»; verbigracia, a través de los currículos escolares, las festividades patrias, la oficialización de los lenguajes o los símbolos nacionales como las banderas o los himnos. De ahí que para el propio Smith (1999), la nación no sólo sea una comunidad entrelazada por la historia o la cultura, sino también por la economía, el sistema educativo o el ordenamiento jurídico.

Como reacción al primordialismo, en la década de los sesenta surgió la teoría modernista, defendida por autores como Kedourie (1960), Gellner (1964) y, posteriormente, Anderson (1991) o Hobsbawm (2012)<sup>6</sup>. Esta postura contradice el fundamento natural y biológico de la nación como una característica propia de las sociedades humanas y asegura, en cambio, que se trata de una construcción social propia del mundo moderno. Específicamente, afirma que la nación, más que ser una necesidad histórica, es el producto de otros fenómenos de la modernidad como la creación de la imprenta de tipos móviles, la Revolución Industrial, el capitalismo, la independencia de la iglesia anglicana, la Ilustración, la Revolución Francesa, entre otros acontecimientos (Rakic, 1998). Más aún, no se le considera

como un proceso geográficamente universal, como defienden los primordialistas, sino más bien como una invención cuyo epicentro se situó en la mayoría de Estados de Europa occidental y que, a partir de allí, se diseminó paulatinamente hacia la periferia.

En su sentido más político, el modernismo sostiene que las naciones son producto del nacionalismo y no al contrario (Gellner, 1983). Esto significa que la existencia de la nación es posible gracias a la acción del Estado, que es capaz de cohesionar a una comunidad en torno a los mismos ideales políticos y de incentivar en la población un sentimiento de unidad así no existan raíces históricas o culturales que lo sustenten. Como afirma Gellner (1996), si las naciones cuentan con ombligo o no (o, dicho de otro modo, con un origen histórico determinado) es irrelevante, lo importante, por el contrario, es reconocer que el proceso de modernización surgido en el siglo XVII fue determinante para dar origen a estructuras políticas más complejas como el Estado, que a su vez, fungieron como un requisito *sine qua non* para la creación de la nación (Rakic, 1998).

A diferencia de las sociedades medievales en las que la integración de los sujetos se supeditaba a la religión, en las sociedades modernas este elemento es totalmente prescindible. Con ocasión de fenómenos como la democratización de los sistemas políticos, el progreso industrial o la flexibilización de la movilidad social, la sociedad moderna se vio en la necesidad de constituir culturalmente un cuerpo

6 Otros autores relevantes son Kohn (2008), Emerson (1960), Plamenatz (1963) y Greenfield (1992).

homogéneo que se asentara sobre un territorio delimitado, que se subordinara a un cúmulo de reglas comunes y, por antonomasia, que se comunicara a través de un mismo lenguaje. En ese contexto, la nación no es más que el remplazo de la religión como factor de cohesión ante la aparición de las transformaciones del mundo moderno y el debilitamiento de los arquetipos e imaginarios medievales, o en palabras de Anderson (1991), una comunidad imaginaria que sustituye a la religión y que se arroga a sí misma un sentido de inmortalidad. En efecto, aunque imaginaria, esta comunidad no deja de poseer una vocación práctica. Es posible que todos sus miembros no lleguen a relacionarse completamente, como ocurriría con otros tipos de organización social **más compactas**, pero ello no significa que sea menos real, pues todos sus integrantes logran unirse bajo un mismo relato identitario que se expresa a través de códigos, símbolos o representaciones comunes. Por esta razón, si en el primordialismo el papel del Estado es contingente (de hecho, pueden existir naciones sin Estado), en el modernismo es imprescindible. Éste se manifiesta no sólo a través de sus aparatos coercitivos e ideológicos (como diría Althusser), sino también mediante los medios masivos de información y comunicación que permiten compartir historias a través de un lenguaje uniforme y oficial.

En todo caso, esta intervención institucional puede dar lugar a una paradoja: lejos de representar intereses plurales de toda la comunidad, es posible que se convierta en un canal de transmisión hegemónico de las élites

con el objetivo de obtener la manipulación de las masas y de concentrar del poder (Budryte, 2010). Bajo esta premisa, la nación no sería **más que un instrumento político diseñado para la perpetuación de las condiciones materiales y simbólicas** de ciertos grupos minoritarios que pretenden, a través de la imposición de sus propios relatos, la repetición, continuación y preservación del *statu quo*. En ese sentido, y en contraposición a las ideas primordialistas, la nación no es infinita, ya sea como consecuencia de la transformación de las élites hegemónicas, de los grupos de poder o de otras macroestructuras sociales, las naciones son instituciones dinámicas y temporales que se encuentran subordinadas a numerosos procesos históricos que pueden dar lugar a su origen, su transmutación o, incluso, su desaparición.

Por ejemplo, por sus elementos característicos, la posmodernidad es considerada (por lo menos desde una perspectiva disruptiva) como una etapa de incertidumbre y desencanto frente a las instituciones sociales, políticas y culturales de la modernidad, entre esas, la nación. Si para los modernistas esta idea es transitoria y obedece a factores eminentemente contextuales, para los posmodernistas (si se permite el término como un enfoque analítico posterior al modernismo), la nación, por lo menos como ha sido concebida desde el siglo XVIII, ha desaparecido o, en su defecto, ha sido objeto de transformaciones sustanciales. En otras palabras, las condiciones sociales que propiciaron la formación de las naciones modernas bajo el fundamento de

la identidad nacional ahora han sido sustituidas por otro sistema de creencias y valores que se fundamentan, ante todo, en la economía, la comunicación o la cultura *mainstream*.

## CAPITALISMO

El capitalismo posmodernista<sup>7</sup>, por llamarlo de alguna forma, no es un objeto o una representación estática sino un proceso (Harvey, 1989). Sus consecuencias trascienden lo económico y se imbrican profundamente en otros campos como el social, el cultural o el político. En efecto, llegan hasta el punto de modificar las bases de las relaciones comunitarias imponiendo el capital como el principal factor de cohesión. La nación, considerada como la estructura organizativa **más importante de los Estados modernos, se ve amenazada por fuerzas económicas dominantes al menos en dos sentidos: orgánicamente, la nación transita, cada vez más, de una esfera comunitaria a una esfera asociacionista, lo que representa en el fondo una sustitución en la pirámide de valores; y, funcionalmente, el monopolio irrestricto del poder que la nación ejerce como una sola entidad política (el Estado-nación), ahora es compartido con agentes económicos externos.**

Sociológicamente, por lo menos desde la teoría de Tönnies (2002), existe una distinción

que se debe retomar: comunidad y sociedad son fenómenos opuestos. El primero se caracteriza por estar construido bajo lazos afectivos, familiares o tribales en el que se comparte un sentido y un objetivo comunes. No se trata de un conjunto de individuos que conviven bajo un orden necesario (*eunomía*), con la obligación de contribuir o ayudar a su propia conservación; todo lo contrario, es una organización que se fundamenta, ante todo, en la amistad (*philia*), en la congruencia de las finalidades individuales con las colectivas y en la connotación ética de que sus miembros actúan voluntariamente más que por coacción. En contraste, la asociación representa un modelo de vínculos sociales más inestables, generalmente temporales, que se fundamentan en la satisfacción de los intereses particulares, en la razón instrumental y en el cumplimiento irrestricto de acuerdos y de normas.

Con el surgimiento de la modernidad, la idea de comunidad se desvanece. Aquellos sentimientos que compartían las comunidades precedentes en torno a lo político y especialmente a lo religioso, se desplazan a lo económico y subsidiariamente a lo jurídico. El mayor inconveniente es que el capital no logra reemplazar ni aglutinar estos elementos identitarios, en principio, porque no todos tienen acceso a él o, por lo menos, no en la misma magnitud. Las naciones modernas, cuyos antecedentes se sitúan a finales del siglo XVII y que se consolidan a partir de los procesos de emancipación política en EE.UU., Francia y **América Latina**, son el resultado

<sup>7</sup> Otros adjetivos recurrentes en la bibliografía son capitalismo global, posindustrial, transnacional, informacional, consumista, neoliberal, reestructurado, multinacional, tardío, entre otros (Jameson, 1992; Mann, 1997).

del ímpetu de una clase emergente determinada, minoritaria y elitista: la burguesía. Muestra de ello son las constituciones que se establecen en este tiempo: simbólicamente se constituyen como el «contrato social» entre todos los individuos, pero en realidad son sólo una justificación escueta para garantizar y proteger los intereses de esta nueva clase social liderada por comerciantes, banqueros e ilustrados.

Así las cosas, capitalismo y nacionalismo son dos procesos que surgieron paralela e interdependientemente (por lo menos en el mundo occidental), pero que han tomado trayectos diferentes. Mientras el capitalismo se consolida como un fenómeno global (Mann, 1997), el nacionalismo se retrae, principalmente, por la pérdida de valores comunitarios. Los ideales nacionalistas que aglutinaron las comunidades políticas modernas (libertad, igualdad y fraternidad para los franceses, o vida, libertad y búsqueda de la felicidad para los americanos) se han sustituido por valores «nacionales» más representativos, inmediatos y tangibles como el consumo (Bauman, 2007), la personalización (Lipovetsky, 2003) o la acumulación (Harvey, 1989). Esto no significa, claro está, que aquellos ideales que fueron determinantes en su momento hayan desaparecido por completo, **más bien, cumplen un rol** ficticio y subsidiario en el entendido de que actúan simbólicamente, primero, para garantizar una estabilidad política mínima, y segundo, para proporcionar las condiciones que el capitalismo necesita para desarrollarse a plenitud.

En los casos mencionados, la relación entre libertad y consumo es un ejemplo claro. Ambas naciones, tanto la americana como la francesa, se construyeron con objetivos emancipatorios definidos. El deseo de asumir *motu proprio* las libertades constreñidas por las monarquías británica y francesa se tradujo en la expedición de cuerpos constitucionales vinculantes, el reconocimiento de un catálogo básico de derechos (especialmente libertades fundamentales) y la implementación de nuevas instituciones políticas que defendieran los valores y los acuerdos nacientes<sup>8</sup>. El consumo, elemento característico de las sociedades capitalistas avanzadas, sería imposible sin estos precedentes. Ambas naciones, en su sentido posmoderno, no se congregan en torno a la defensa de la libertad como el valor fundamental de su organización política, en parte, porque es una conquista ya lograda y, como tal, perdería relevancia práctica. No es así para el consumo (y, por extensión, su fundamento dogmático: el consumismo) que no exalta la idea en sí misma de libertad, sino lo que se puede hacer con ella: adquirir, acumular, experimentar, satisfacer<sup>9</sup>.

8 Desde esta perspectiva histórica, el reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades básicas en ambos procesos emancipatorios será un antecedente determinante de lo que en la actualidad es el sistema internacional de protección de derechos humanos (DIDH), tanto en su ámbito universal como en el regional. Un estudio histórico sobre la materia se encuentra en Hunt (2008).

9 De acuerdo con Constant (1988), la diferencia no se circunscribe al enfrentamiento de valores antagónicos sino a la connotación, abierta o restrictiva, que se le otorgue a la libertad. Para los antiguos, ésta consistía en participar en lo público, es decir, en el proceso de diálogo y de toma de decisiones, mientras que para los modernos la libertad se ejerce netamente a través de la esfera privada: trabajo, familia, ocio.

Este nuevo orden de preferencias axiológicas no es más que el reflejo de la hipermercantilización de las sociedades, que conduce inexorablemente a un proceso de atomización social: cuánto más dinero exista, menos es la capacidad de establecer vínculos sociales estables y duraderos. En palabras de Harvey (1989), se trata de una comprensión del espacio-tiempo que es ocasionada primordialmente por la aceleración y diseminación del capitalismo como sistema económico y del incremento desmesurado de los niveles de consumo. En la comunidad, los tejidos sociales se estructuran y se consolidan lenta y progresivamente. En las asociaciones, la rapidez de los movimientos financieros, la conectividad transnacional, la interdependencia global, la digitalización del dinero, entre otros fenómenos, conducen a relaciones comunitarias **más básicas** o, como lo expresa Bauman (2000), mucho más líquidas: lo que antes duraba para siempre, ahora es temporal, modificable y extinguido.

A lo anterior se suma el hecho de una mercantilización absoluta de bienes, servicios, símbolos, experiencias, etc., que son propuestos a través de los medios de comunicación como un arquetipo colectivo cultural. La fragmentación de lo social se exagera cuando los intereses de los individuos ya no recaen en el grupo, en la comunidad o en la nación, sino más bien, cuando terminan subsumidos por un proceso de «homogeneización global». Que todo gire en torno a los códigos hegemónicos occidentales y que se pueda acceder a ellos exclusivamente a través del dinero es una presuposición básica

del capitalismo posmoderno: lenguajes, vestidos, músicas, películas, filosofías, religiones, incluso sentimientos o emociones son objetos de compra, suscripción o membresía. La nación, en este paradigma, ya no representa el fin de la organización social, como ocurría anteriormente, es más un prerrequisito que habilita el intercambio comercial y que, concebido dialécticamente como Estado-nación, garantiza cierta estabilidad, seguridad y orden social. En definitiva, se pertenece a la nación por obligación, mas no por deseo.

Los intereses comunitarios son canalizados por nuevas instituciones globales, no necesariamente políticas, que funcionan bajo la lógica del capitalismo y del consumo. A diferencia de las naciones tradicionales circunscritas a territorios determinados o a la reproducción sistemática de ciertos elementos culturales, estas estructuras trascienden las fronteras terrestres, incorporan lenguajes metapolíticos y aglutinan voluntades de diversos orígenes culturales. Aprovechan los canales tecnológicos y de la información para facilitar la interacción de sus miembros, la consolidación de sus narrativas y, más importante aún, para atraer nuevos integrantes o, en el lenguaje económico, clientes. El concepto de *nacionalidad*, que hace alusión al vínculo jurídico-político de un ciudadano con el Estado (Sack, 2001), ahora se sustituye por el de *afiliación*, ya no se habla de pertenencia por el lugar de nacimiento (*ius solis*), el vínculo filiatorio (*ius sanguinis*) o el domicilio (*ius domicilii*), sino por la capacidad de crédito, de pago o de solvencia económica.

Es claro que la posmodernidad ha construido un sujeto egoísta en el que el proyecto de comunidad política es totalmente ajeno (Camps, 2011). El *ethos* del *homo consumens* es el ánimo individualista, la realización personal a través de la adquisición material e inmaterial. En principio, las grandes marcas son las que proporcionan la satisfacción de los deseos particulares, las que tienen la facultad de crear nuevas necesidades e imponerlas como imperativos. Amazon, Tesla, Starbucks o Facebook, entre muchas otras corporaciones transnacionales, son un ejemplo de ello. Estas compañías no sólo se aseguran de crear «identidades» a partir de la adquisición de sus productos o servicios, sino también de encaminar la voluntad de los sujetos hacia la integración corporativa. En suma, se pretende garantizar una secuencia progresiva (no consumidor → consumidor → asociado) que «fidelice» a los ciudadanos ordinarios y los convierta en miembros de una nueva familia.

En el plano inmaterial, por su parte, los productos se sustituyen por experiencias y las empresas encuentran espacios, especialmente digitales, para su objetivo congregacional. Las grandes corporaciones digitales, las plataformas tecnológicas o las redes sociales estructuran su sistema de afiliación a través de las suscripciones, los *follows*, los *likes*, los *posts*, entre otros elementos interactivos. La sociedad deja de ser física para ser digital (o en palabras de Castells (2004), en red), pero no por ello más artificial. Las interacciones giran en torno al mismo modelo de

consumo con el beneficio de proporcionar herramientas de comunicación inmediatas, deslocalizadas y numerosas que permiten la creación de nuevos entornos sociales personalizables. Cada uno escoge los miembros de su red o agrupación con fundamento en sus propios intereses, objetivos y criterios que son aplicables desde relaciones sociales interpersonales (Bauman, 2008) hasta agrupaciones sociales más complejas.

Quizás esta sea la diferencia más marcada entre las naciones modernas y las posmodernas. El capitalismo posindustrial, en su tránsito de un modelo fordista a uno posfordista, se ha caracterizado por la oferta especializada de bienes, servicios, tecnologías o experiencias que los individuos pueden escoger a la carta. Mientras en las naciones modernas la capacidad de elección es restringida, en parte, porque todo viene estandarizado (la educación, la cultura, la comunicación, etc.), en las naciones posmodernas este proceso se dinamiza. Las instituciones globales coartan, sin ningún permiso, algunos componentes de las naciones tradicionales y los sustituyen por otros más sugestivos como la inmediatez, la creación, la elección, la deslocalización o la personalización. Por ello, resulta más llamativo, satisfactorio y útil para los individuos ser parte de una sociedad en el que la novedad es una constante, que pertenecer a conglomerados rígidos, estáticos e inusitados.

En esto consiste, precisamente, la crítica funcionalista de la nación. Como una entidad política uniforme, el Estado-nación ha perdido

la capacidad de cohesionar a sus ciudadanos en torno a sentimientos nacionales definidos. Por supuesto, esto no significa que el vínculo político identitario desaparezca por completo, pero sí se ve amenazado por las lógicas del capitalismo posmoderno. Los sistemas educativos, las representaciones patrióticas o los ordenamientos jurídicos son opacados por la presencia de agentes externos que ejercen su poder económico y simbólico. Por un lado, los Estados-nación enfrentan la influencia, la presencia y la diseminación de empresas transnacionales, que son capaces de congregarse intereses y voluntades sin importar las fronteras terrestres o las divisiones nacionales; y por el otro, enfrentan el poder hegemónico de las instituciones económicas internacionales (BM, FMI, BID, etc.) que, como afirma Stiglitz (2002), tienen el propósito de defender y expandir tautológicamente el capitalismo como el modelo económico triunfante que todos los Estados deben acoger.

## MIGRACIÓN

Además de los efectos exacerbados del capitalismo, la irrupción de la posmodernidad trajo consigo una profunda transformación migratoria (Swain, 2019). Ante este hecho, algunos autores como Habermas (1997) han sostenido que los Estados-nación, tal como habían sido concebidos desde la modernidad (particularmente con sus respectivas divisiones territoriales y características identitarias), darían paso a otras instituciones más homogéneas culturalmente. Sin embargo, las condiciones demográficas actuales demue-

tran una coyuntura contradictoria<sup>10</sup>: por una parte, *la migración del ocio* ha desarrollado procesos de homogeneización, especialmente en el mundo occidental, que reafirman la idea de una sociedad uniforme transnacional; y por la otra, *la migración de la necesidad* ha fomentado sentimientos nacionalistas (algunos de ellos extremos), replicando valores como la intolerancia, la discriminación o la xenofobia, que son el reflejo de metanarrativas modernas.

El concepto de migración del ocio es diametralmente opuesto a los elementos socioespaciales de la modernidad. El proyecto de nación, en sus orígenes, se fundamentó espacial y temporalmente en la certidumbre (Bauman, 2000, 2003), razón por la cual, todos sus elementos circundantes poseían una naturaleza armónica y estática. La familia, la economía o la ley no eran estructuras flexibles que podían moldearse o sustituirse fácilmente; por el contrario, respondían a impulsos de estabilidad que buscaban prolongarse en el tiempo. Para hacer esto posible, se desarrollaron puntos fijos de referencia que garantizaran la realización política, económica y cultural del individuo, y que avivaran los sentimientos de pertenencia a la comunidad. Entre ellos, se estableció la ciudad como el espacio intermedio en el cual los intereses particulares (educación, trabajo, ocio) pudieran converger y, en últimas, coincidir con

10 Para Susen (2015), se trata de «dos procesos paradójicos: por un lado, la homogeneización de las sociedades orientadas por las tendencias estandarizadas de las transformaciones globales; y por el otro, la diversificación de las sociedades causadas por el incremento de flujos migratorios intra e intercontinental.

las grandes narrativas nacionales (identidad, ideología, patriotismo, etc.).

La reconfiguración de la ciudad como el primer escenario comunitario es una contribución de las naciones modernas en contraposición a organizaciones políticas previas. En la modernidad, *ciudad* es sinónimo de *res publica* pero, además, de hogar, no solamente es el espacio en el que los ciudadanos pueden participar de lo público, sino también en el que se arraigan sentimientos, se crean vínculos sociales y se deposita un proyecto de vida personal, familiar y comunitario. Concatenado al influjo de los arquetipos culturales y económicos, es en la ciudad y no en la periferia donde se puede alcanzar el «éxito» o la «realización»: negocios, centros de salud, parques o universidades son ejemplos del proceso urbanocéntrico moderno, de la construcción de nuevas identidades y de su arraigo emocional (Murphet, 2004). Bajo estos principios, el sentimiento del individuo, que ahora es «ciudadano» (una categoría todavía restrictiva para mujeres o minorías culturales en esta época), se concentra en el desarrollo y la consolidación de sus esferas privada y pública, y no en el deseo de movilidad.

Recapitulando, si en la modernidad la esencia es el arraigo (de identidad, de lugar, de jerarquía, etc.), en la posmodernidad lo es el desamparo (*homelessness*)<sup>11</sup>, entendido en

términos emocionales, espirituales, sociales o afectivos. No es la carencia de objetos materiales lo que condiciona al sujeto posmoderno, es su incapacidad de construir vínculos profundos y estables con la realidad que habita. Esta necesidad de «comunidad» trasciende las fronteras de la ciudad y de la propia nación, y le obliga a expandir su cúmulo de experiencias hacia otros horizontes o puntos de referencia. Así, el sentimiento de vacío provoca la migración del ocio: el deseo de vivir en carne propia otras realidades, de buscar nuevos sentidos, lógicas y lenguajes y, en definitiva, de satisfacer aquellas «necesidades» culturales que impone hegemonícamente la sociedad del espectáculo: tiquetes aéreos, sitios turísticos, viajes de negocios, intercambios culturales, etc.

En este contexto, el objetivo congregacional de la nación se ve amenazado parcialmente por el proceso de personalización que privilegia los intereses individuales sobre los colectivos. Las comisiones de experiencias personales, como los llama Lipovetsky (2003), ahora son el imperativo deontológico de los sujetos políticos: en vez de consolidar los proyectos nacionales, éstos buscan acumular experiencias que les permitan el ejercicio de la elección, la autoconsciencia y la emancipación. Para ponerlo en términos pragmáticos, se trata de una crisis de compromiso: la retribución política que ofrece el trabajo mancomunado es impersonal, indivisible y, sobre todo, pausada e intermitente; por ello, los individuos prefieren comprometerse con sus propias exigencias o expectativas, las cuales pueden ser satisfechas inmediatamente, en vez de esperar, en el largo

11 Para una definición más completa de esta categoría, véase Somerville (1992, 2013), Lee, Tyler y Wright (2010) y Ravenhill (2016).

plazo, a que sean recompensadas por el sistema político o reconocidas por sus semejantes. Esta fragmentación relativa entre individuo y nación se exagera con la presencia de los *mass transit* y los *mass media*. Gracias a la revolución tecnológica de la posmodernidad y a sus procesos industriales avanzados, las fronteras terrestres quedan rezagadas como un simple elemento de delimitación del poder político (o si se quiere, geopolítico) mas no como un factor de cohesión identitaria. Las facilidades de movilidad, ya sean físicas o virtuales, hacen que el territorio se contraiga, pierda su valor hegemónico cultural y sea accesible, en teoría, para todos. La invención y la producción en masa de carros, trenes, aviones o computadores son la base de una sociedad cuyas máximas son la aceleración y la rapidez de decisiones y movimientos. Bienes, capital, personas e información se trasladan de un lugar a otro sin las restricciones de la geografía o la política, hecho que permite colegir que, en la posmodernidad, las «distancias» son sólo una construcción social que pueden ser abolidas en función de las capacidades del individuo, especialmente, de sus niveles de transacción o monetización (Bauman, 2000).

En cualquier caso, la migración del ocio no es más que una fórmula que se expresa tautológicamente: proliferación de necesidades artificiales, desarraigo de la nación como epicentro de la realización personal, catálogo de alternativas de aceleración en el transporte y la comunicación, y satisfacción temporal del deseo cosmopolita. Alcanzar una vida con múltiples arraigos sociales y culturales

a través del viaje, del juego y del disfrute es la manera más expedita que tiene el individuo posmoderno de expandir sus narrativas espaciales y no limitarlas a un solo referente identitario. Para ello, es la misma sociedad la que se encarga de crear escenarios de convergencia, pautas de comportamiento, reglas de convivencia y, en general, cualquier tipo de paradigma que fomente la emancipación, la elección y la búsqueda de la «ciudadanía global», es decir, la aplicación de la doctrina personalista que no se supedita a ningún ordenamiento político y que antepone la satisfacción de los deseos particulares sobre la construcción del tejido comunitario.

Paradójicamente, en la orilla opuesta, las sociedades posmodernas enfrentan la migración de la necesidad, un fenómeno que revitaliza los nacionalismos y, en consecuencia, el rol de la nación como macroestructura social, política y cultural<sup>12</sup>. A diferencia de la migración del ocio, cuya finalidad recae en la satisfacción de necesidades artificiales, esta categoría alude al desplazamiento, voluntario o forzado, de conglomerados humanos que buscan satisfacer sus necesidades más básicas y urgentes: refugio, educación, nutrición o trabajo (Bartram et al., 2014; Faist et al., 2013). Indiferentemente de la causa que la origine (persecución política, desastres naturales, mayor estabilidad económica, etc.), se trata de un proceso que, lejos de contribuir

12 Un desarrollo de esta categoría desde el derecho público internacional se puede encontrar en Chetail y Bauloz (2014).

a la edificación de una sociedad homogénea y sin contradicciones identitarias, retoma la idea de nación como un elemento indispensable del sistema político contemporáneo y resalta, bajo su égida, los credos de economía, seguridad y tradición.

El universo cosmopolita que promueve la migración del ocio, en realidad, sólo es asequible por medio del capital. Aquellos que no puedan costear su disfrute o, metafóricamente, adquirir su tiquete de entrada a la sociedad de consumo, son susceptibles de rechazo o discriminación, hecho que se exagera en contextos de migración por necesidad. La respuesta de las naciones receptoras, en estos eventos, es doble: primero, como actitud aporofóbica, refleja una aversión colectiva frente a aquellos migrantes que provienen, especialmente, de países con altos niveles de pobreza y desigualdad. En principio, el sentimiento de segregación no es originado por las diferencias culturales entre ambos grupos sino por las diferencias, extremadamente marcadas, de sus niveles de riqueza. Al final, la pobreza de los migrantes se traduce en una problemática social de los grandes centros urbanos, en un mayor gasto social por parte del Estado y, en definitiva, en una responsabilidad humanitaria que muchas naciones no están dispuestas a asumir.

De manera complementaria, además de aporofóbica la respuesta es xenofóbica: las naciones reaccionan ante fisonomías, lenguajes, costumbres o religiones exógenas a través de preconcepciones o prejuicios

construidos colectivamente. Aunque las previsiones hayan sido optimistas en torno a la inclusión y el respeto por la diferencia (multiculturalismo, cooperación y, en últimas, globalización), lo cierto es que las naciones posmodernas, especialmente las occidentales y posindustrializadas, han utilizado narrativas y representaciones nacionalistas para cohesionar (y en el caso extremo, blindar) a su población frente a un nuevo «enemigo»: el migrante, el desplazado o el refugiado que amenaza con desestabilizar el orden político y económico, despojar trabajos, diseminar enfermedades o, incluso, imponer su propio sistema de creencias y valores. En ese contexto, las naciones contemporáneas distan de ser un escenario multicultural, armonioso y global, en donde se garantice el reconocimiento, la circulación o la participación de todos en términos de igualdad.

Los discursos nacionalistas emergen cuando hay una afectación (o posible vulneración) al funcionamiento del propio sistema o, más específicamente, cuando se «pone en riesgo» su conjunto de elementos normativos y axiológicos. Por ello, estas posturas funcionan como soluciones ágiles y pragmáticas para proteger las condiciones materiales de la población receptora y, en últimas, garantizar la supervivencia del grupo. Aislar a la nación de los migrantes, a los connaturales de los extraños, a los «buenos» de los «malos» es el precepto angular de las dinámicas nacionalistas que han resurgido con fuerza en los últimos tiempos y que progresivamente han adaptado las naciones, ya no sólo del hemisferio occi-

dental, sino del mundo entero (Bieber, 2018; Smith, 1996; von Hippel, 1994). Así, el miedo, el odio o el asco son algunas de las emociones que brotan como reacción ante este tipo de migración: mientras los migrantes del ocio son acogidos abiertamente (especialmente por su capital, sus niveles de consumo y su facilidad de adaptación), los migrantes de la necesidad son señalados, vituperados y hasta culpabilizados por su procedencia, su analfabetismo o sus costumbres heteróclitas.

Ante este panorama, las naciones acuden a la imposición de barreras físicas, políticas o jurídicas como una forma de ejercer el control irrestricto sobre sus territorios, proteger sus intereses y recursos nacionales y, más importante aún, seguir replicando el concepto del ciudadano como un elemento imprescindible en la construcción de la nación. Aunque la mayoría de estas limitaciones no recaen sobre los agentes que participan activamente de la economía de mercado (los que pertenecen a la migración del ocio, que consolidan el *statu quo* y que son acreedores de todas las prerrogativas estatales), sí aplica para todos aquellos que no compaginan con los estándares representados en la ciudadanía y la nacionalidad. El resultado es una comunidad política que se abre económicamente a la par de procesos como la globalización o el neoliberalismo, pero que, a su vez, se blindo política y culturalmente para avivar un solo sentimiento nacional; por tanto, quienes no sean congruentes con estos criterios son rechazados, excluidos o, en su defecto, infravalorados socialmente.

En últimas, contemplados rápidamente, ambos procesos migratorios, el del ocio y el de la necesidad, parecerían colisionar o ser incapaces de coexistir en un mismo espacio-tiempo. No obstante, la complejidad de la posmodernidad y, por extensión, de sus estructuras y sus fenómenos circundantes, conlleva a concluir todo lo contrario: son procesos que coexisten paralela y, en algunos casos, interdependientemente. Por un lado, la globalización imprime la necesidad, cada vez más imperiosa, de tejer redes globales para el eficaz intercambio de bienes, personas, servicios y capitales, lo que contribuye a la homogeneización del mundo occidental y a la pérdida de los valores nacionales; y al mismo tiempo, en parte como consecuencia del mismo sistema internacional, la pobreza, la desigualdad y el desequilibrio político hacen que los movimientos de las naciones se retrotraigan a la expresión fragmentaria de la preservación de sus propios ideales y de la defensa de la nación como un elemento *sine qua non* de estabilidad y seguridad política, económica y cultural.

### **SOCIEDAD CIVIL GLOBAL**

La transnacionalización de la sociedad civil no es un fenómeno netamente posmoderno. La existencia de grupos o asociaciones al margen del Estado (o con oposición a él), sin ánimo de lucro, con vocación humanitaria y que traspasaran las fronteras nacionales, se remonta a ciertas formas organizativas premodernas de carácter religioso especialmente relacionadas con el catolicismo, o más recientemente, a lo largo del siglo XIX en el

que surgieron múltiples espacios intelectuales, corrientes ideológicas o movimientos reivindicatorios que tenían correspondencia, afinidad y apoyo en el plano internacional (Black, 2001). No obstante, fue a partir de la revolución tecnológica y la proliferación de los medios de comunicación en la década de los setenta, donde se impulsó, magnificó y consolidó la constitución de diversas instituciones, redes y movimientos transnacionales para la defensa de intereses globales, lo que en palabras técnicas muchos denominan «sociedad civil global» (Anheier et al., 2006; Jordan, 2011; Keane, 2003).

Aunque en la bibliografía académica no existe un consenso sobre su naturaleza y delimitación conceptual, generalmente hace alusión a un conjunto de diversas formas asociativas entre las que destacan redes internacionales, organizaciones no gubernamentales, corporaciones privadas, federaciones religiosas, profesionales o mercantiles, movimientos sociales, instituciones caritativas, entre otras (Jordan, 2011), que sirven de intermediación entre el individuo, el Estado y, por extensión, el sistema internacional, y que poseen cierto margen de acción e influencia en asuntos de incidencia global (Keane, 2003). Más concretamente y sin ánimo exegético, es un mecanismo democrático que vela por el cabal cumplimiento de los acuerdos internacionales de los Estados (y de otros actores), que fomenta y participa en los procesos de cooperación, vigilancia y transparencia internacional, que consolida los sistemas de protección de derechos humanos, pero ante todo, que pretende

brindar soluciones eficaces ante las grandes problemáticas transnacionales del siglo XXI<sup>13</sup>. A diferencia de organizaciones políticas previas, los Estados-nación posmodernos no comparten solamente instituciones, normas o principios propios de la integración internacional, sino también necesidades, riesgos y amenazas<sup>14</sup>. La pobreza, la deforestación, la disminución de fuentes hídricas, la superpoblación, la pérdida de biodiversidad animal y vegetal, la tecnologización del mercado laboral o, incluso, la futura hiperdependencia en la inteligencia artificial, son fenómenos que se originan (o que se acentúan) en el contexto de la globalización, muchas veces como consecuencia de las presiones del sistema capitalista, de su imperiosa obligación de producción a escala o de la hegemonía de ciertas economías posindustrializadas, pero más importante aún, es el hecho de que son fenómenos cuyos efectos no se circunscriben exclusivamente a las fronteras políticas, geográficas o administrativas de los Estados, sino que se extienden sin ningún tipo de restricción por el mundo entero.

Aunque en la modernidad los Estados construyeron interacciones internacionales en materia religiosa, comercial o política (por ejemplo, desde el mismo tratado de Westfalia donde se da origen al Estado moderno y al sistema de Estados), la atención giraba primordialmente

13 Desde el derecho público internacional existen otros sujetos de derecho más allá del Estado-nación. Al respecto, véase Glahn y Taulbee (2017).

14 Para un análisis más profundo sobre este punto, véanse los trabajos de Beck (1992, 2009) y Giddens (1991, 2003) sobre la sociedad del riesgo.

en torno a la consolidación de sus proyectos nacionales. No obstante, el paso hacia un escenario posmoderno y con ello hacia la globalización de múltiples procesos, contextos y problemáticas, intensificó la necesidad de integración, interdependencia y cooperación internacional en un escenario caracterizado por las respuestas aisladas e insuficientes de los Estados y fundamentadas en la soberanía nacional. El resultado, hasta ahora, ha sido una comunidad internacional que busca implementar armónicamente «soluciones globales ante problemáticas globales», amparados en la participación ciudadana transnacional y la consecución de objetivos comunes, la consolidación de espacios asociativos internacionales como intermediación entre las esferas pública y privada, y la aplicación irrestricta de compendios normativos universales para la defensa de los derechos humanos<sup>15</sup>.

Gracias al surgimiento de las nuevas tecnologías informativas y comunicacionales, la posmodernidad no sólo incentivó y profundizó, respectivamente, la migración del ocio y de la necesidad; de igual forma, fomentó una migración hacia la virtualidad caracterizada por la deslocalización del monopolio de los gobiernos, de los medios tradicionales de comunicación y de los grupos económicos<sup>16</sup>. En

las últimas décadas, internet y, por antonomasia, las plataformas virtuales de discusión, las aplicaciones de mensajería instantánea, las redes sociales, entre otras, se han convertido en el nuevo espacio de convergencia política (y, claro está, de discusión), sustituyendo a la ciudad como el epicentro de la deliberación pública y la participación ciudadana (Castells, 2002). Más aún, sin ningún tipo de restricción a su acceso y contenido (con excepción de algunos regímenes autocráticos), internet se ha erigido como el ágora del siglo XXI, un espacio en el que convergen ciudadanos globales con intereses que trascienden las fronteras nacionales y en el que se construye y se defiende una agenda pública internacional.

Anteriormente, el ánimo transnacionalista de los grupos ciudadanos quedaba supeditado a las restricciones de la geografía o, en su defecto, a las posibles repercusiones que los medios de comunicación pudieran tener. Ahora, como en ningún otro punto de la historia, la sociedad en red habilita espontáneamente la construcción de interacciones instantáneas, globales y transculturales sin la mediación de grupos de poder, la autorización de los gobiernos o la regulación de los ordenamientos jurídicos, sólo basta con el deseo de «pertenencia» a una causa superior al individuo, a la comunidad o a la nación, cuya expresión se materializa y se disemina a través de un *click*. En el mundo posmoderno tecnologizado, un mismo individuo puede pertenecer sincrónicamente al Partido Demócrata estadounidense, comulgar con la causa palestina, defender los intereses de los opositores chi-

15 Para ahondar sobre el papel jurídico de los Estados y, en general, de la comunidad internacional en la protección de los derechos humanos, véase McBeth et al. (2017).

16 Para profundizar en la relación entre sociedad civil global y los medios electrónicos e interactivos de comunicación, véase Schuler y Day (2003) y Castells et al. (2006).

nos, promulgar la conservación del bosque amazónico, identificarse con los movimientos feministas y LGBTI+, o preocuparse por los enfrentamientos bélicos en Siria, Yemen o África Central.

Ciertamente, la existencia de una sociedad civil global ha sido posible, en parte, gracias a los adelantos tecnológicos que han facilitado la divulgación de la información y la hiperconectividad. Pero, no menos importante es el crecimiento progresivo de organismos e instrumentos jurídicos internacionales como herramientas de la ciudadanía para consolidar sus intereses asociacionistas y canalizar sus demandas. Para dimensionar su magnitud y, a manera de ejemplo, desde 1970 hasta la fecha se han creado más de 50.000 ONG que operan simultáneamente en los cinco continentes y cuyo presupuesto supera al de las Naciones Unidas, excluyendo el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Keane, 2003, p. 5). En esa dirección, y sin desconocer la importancia de otros tipos de movimientos, grupos o asociaciones, las ONG son uno de los escenarios que mejor representan los fines de la sociedad civil global. Por un lado, son capaces de cohesionar a una gran multitud de personas, representados no sólo en el número ingente de su fuerza laboral u organizativa, sino también en miles de voluntarios de diversos orígenes que ejecutan sus programas asistenciales y humanitarios; y por el otro, que sus actividades favorecen los procesos de cooperación internacional, vigilancia y control, y por supuesto, de consolidación democrática de los Estados.

Considerados en su conjunto, tanto las ONG como demás actores e instituciones de la sociedad civil global, coinciden en un punto neurálgico: más allá de ser simples entidades coordinadas internacionalmente, son espacios que facilitan y promueven la convergencia de diversas visiones y experiencias de vida a través de mecanismos formales de gran aceptación y legitimidad. En otras palabras, mientras las brechas culturales, sociales o políticas derivadas de la modernidad consolidan el proyecto del Estado-nación como el instrumento más importante en el sistema político internacional, la sociedad civil global se torna como una alternativa autosuficiente, autorregulada, pluralista y legítima para representar los valores y principios básicos de una «civildad» universal. Esto se traduce, normativamente, en un consenso mínimo sobre ciertos elementos y objetivos que, sin importar las discrepancias nacionales a que haya lugar, comparten buena parte de individuos en el mundo: la oposición a los regímenes totalitarios, la defensa de la tolerancia y la multiculturalidad, la participación en los espacios públicos de deliberación o, la más recurrente y que engloba a todas las demás, la protección y materialización de los derechos humanos

Como se desarrolló en la sección sobre el capitalismo, el progreso de las sociedades contemporáneas fue posible gracias a la transición de organizaciones comunitarias basadas en vínculos sociales estables y estrechos, a organizaciones asociativas fundamentadas en el artificio, la complejidad y la transitoriedad. Posiblemente la ley (una ficción social) no sea

el mejor de los criterios para cohesionar a los individuos volitivamente, pero a través de su legitimación se circunscriben ciertas normas básicas que garantizan el orden y la convivencia. Los catálogos actuales de derechos humanos están diseñados bajo la premisa de que una regulación exhaustiva y meticulosa de ese orden deseable puede vulnerar principios, valores, creencias o tradiciones de ciertas comunidades, especialmente minoritarias. Por esta razón, se busca estipular un núcleo general de preceptos universales que no colidan con miradas ajenas al arquetipo hegemónico estandarizado (ya sea geográfico (occidental), económico (neoliberal), religioso (cristiano), etc.), pero que proteja, al mismo tiempo, los derechos esenciales de los individuos y las comunidades.

Esta «universalidad» de los derechos humanos, a diferencia de otras metanarrativas modernas como el capitalismo, el socialismo o el totalitarismo, se convierte en una figura efectiva al momento de integrar a ciudadanos, movimientos y demás formas asociativas, entre ellas disímiles, en torno a un proyecto común. En últimas, se trata de un intento recurrente, a partir del reconocimiento, la aceptación y el cumplimiento de un sistema normativo y axiológico universal, por corregir las desigualdades, los desequilibrios y las vulneraciones, tanto nacionales como internacionales, causadas por los Estados y otros actores. En este contexto, la sociedad civil global es, en esencia, un escenario democrático (Jordan, 2011): ante la deficiencia e ineficacia de las instituciones formales, sus representan-

tes y sus canales de participación, se yergue un proceso global paralelo que busca diseminar los principios de civilidad, no violencia, transparencia y vigilancia que, en últimas, son las bases de un modelo político cosmopolita en donde todos, sin excepción, cuentan con voz, participación y representación.

En definitiva, las profundas transformaciones de las últimas décadas, tanto tecnológicas como sociales, han propiciado un espacio de reunión transnacional, muchas veces materializado a través de plataformas virtuales, en el que pueden converger con mayor intensidad ciudadanos de diversas procedencias, culturas o nacionalidades. El objetivo no se reduce a la satisfacción del deseo personalista como en otros campos de la era posmoderna (como el económico), por el contrario, busca configurar a través de la integración y la asociación un instrumento de intermediación entre el individuo, el Estado y el sistema internacional. La reacción conjunta ante riesgos globales (o como lo llama Castells (2011), la resistencia de la identidad) implica el reconocimiento de unos intereses y objetivos mínimos que comparten los individuos y que no se supeditan a las delimitaciones nacionales tradicionales. Los peligros y las amenazas informáticas, medioambientales o militares, por mencionar algunos ejemplos, no repercuten exclusivamente en una nación o en un grupo reducido de ellas. Por ello, la consecución de un proyecto global, transcultural e inclusivo, capaz de defender los intereses y derechos de los ciudadanos del mundo, que consolide los procesos democráticos de los Estados y el sistema in-

ternacional y que vigile los desmanes de los gobiernos, comienza con el reconocimiento y la consolidación de una sociedad civil global.

## CONCLUSIONES

La posmodernidad es un proceso complejo, cuyas consecuencias han repercutido en todos los niveles sociales y políticos: agentes, relaciones, instituciones, microestructuras y macroestructuras. Particularmente, fenómenos como el capitalismo posindustrial, los procesos migratorios y la existencia de una sociedad civil global han configurado, con mayor intensidad, una idea de nación ambivalente (e incluso, desde posturas más extremas, contradictoria), capaz de consolidarse y fragmentarse simultáneamente de acuerdo con factores contextuales, geográficos o históricos propios de los Estados, especialmente, los occidentales. A diferencia de otras aproximaciones teóricas hegemónicas que conciben a la nación de manera unidireccional, la teoría de la *fragmentación inconclusa* supera los obstáculos metodológicos y propone una visión más dialógica, flexible y neutral: la nación no es abolida absolutamente por el influjo posmoderno, pero tampoco preserva la misma estructura ontológica que poseía en la modernidad.

La gran característica de la nación en la era posmoderna es su connotación líquida. El proceso de atomización social causado por la intensificación del capitalismo y el progreso social ha hecho que las relaciones interpersonales, familiares y comunitarias sean cada vez

más transitorias, frágiles e instrumentales. En tiempos actuales, el paradigma de nación no se fundamenta en elementos de convergencia o consenso, contruidos lenta y racionalmente a partir de la consecución de un proyecto común y la superación de diferencias entre sus miembros; por el contrario, se rige por la presencia y la orientación de la satisfacción del deseo personalista, símbolo de la sociedad del vacío que antepone los deseos e intereses particulares sobre los colectivos y, claro está, sobre los nacionales. El capital, en ese sentido, ha terminado sustituyendo progresivamente las relaciones de las comunidades tradicionales para, a partir de allí, construir escenarios asociacionistas globales que fidelicen e integren a los ciudadanos en torno a las lógicas del capitalismo posmoderno: consumo, elección y emancipación.

Los ciudadanos ya no pertenecen, como lo hacían anteriormente, a una sola nación. El vínculo político posmoderno trasciende las fronteras delimitadas por los Estados e imprime una necesidad de movilidad, ya sea física o virtual, que le permita arraigarse a múltiples referentes simbólicos y materiales. El sentimiento de desamparo condiciona al sujeto posmoderno a una búsqueda constante de su identidad política que no logra ser satisfecha, o por lo menos no totalmente, por los estímulos de una comunidad que ha brindado tradicionalmente las condiciones necesarias para su integración. Ahora los vínculos sociales, culturales y políticos se construyen como fenómenos globales en los que interactúan las personas libremente, pero además, a través de

los cuales se comparten experiencias, se intercambian bienes, se adquieren servicios o se comulga con una causa en común.

La misma transnacionalización de las problemáticas del siglo XXI ha hecho que los individuos encuentren otras formas de convergencia comunitaria que no se circunscriben a una cultura, un territorio o un ordenamiento jurídico determinado. Gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación los ciudadanos del mundo encuentran, cada vez con mayor frecuencia y facilidad, nuevos espacios para la deliberación pública, la canalización de sus demandas, el ejercicio de acciones de vigilancia y control frente a los excesos de los gobiernos o el fortalecimiento de la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Dicho de otro modo, es un escenario paralelo, legítimo y autorregulado que permite la consolidación de una sociedad civil global, es decir, el conjunto de actores, instituciones y procesos que desborda toda división política o administrativa y que reacciona de manera conjunta frente a las amenazas y los riesgos de la humanidad.

En definitiva, la nación posmoderna ha sufrido transformaciones sustanciales en los últimos tiempos, que concatenadas a las que se prevén para el presente siglo (inteligencia artificial, hipertecnologización del mercado laboral, cambio climático, entre otras) han permitido inferir hiperbólicamente, en un futuro no muy lejano, su propia extinción. Sin embargo, en contraposición a esta predicción, las naciones en la actualidad aún guardan una

función elemental de cohesión que permite crear escenarios básicos de interrelación entre el individuo y el Estado a partir del reconocimiento y práctica de un sentimiento nacional; y no menos importante, habilita el desarrollo y diseminación de otras fuerzas dominantes y aglutinantes de la sociedad posmoderna como el capital, el consumo o la elección.

## BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, B. R. O. (1991). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Verso.
- Anheier, H. K., Kaldor, M., & Glasius, M. (Eds.) (2006). *Global Civil Society 2005/6*. SAGE Publications.
- Badía, J. F. (1975). La nación. *Revista de estudios políticos*, 202, 5-58.
- Bartram, D., Poros, M., & Monforte, P. (2014). *Key Concepts in Migration*. SAGE.
- Bauman, Z. (2000). *Liquid Modernity*. Polity Press.
- Bauman, Z. (2003). *Intimations of Postmodernity*. Routledge.
- Bauman, Z. (2007). *Consuming Life*. Polity Press.
- Bauman, Z. (2008). *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds*. Polity Press.
- Beck, U. (1992). *Risk Society: Towards a New Modernity* (Traducido por Mark Ritter). SAGE.
- Beck, U. (2009). *World at Risk*. Polity Press.
- Bieber, F. (2018). Is Nationalism on the Rise? Assessing Global Trends. *Ethnopolitics*, 17(5), 519-540. <https://doi.org/10.1080/17449057.2018.1532633>.

- Black, A. (2001). Concepts of civil society in pre-modern Europe. En S. Kaviraj & S. Khilnani (Eds.), *Civil Society: History and Possibilities* (pp. 33-38). Cambridge University Press.
- Budryte, D. (2010). Nation. En G. T. Kurian, J. E. Alt, S. Chambers, G. Garrett, M. Levi, & P. D. McClain (Eds.). *The Encyclopedia of Political Science* (pp. 1074-1075). CQ Press.
- Camps, V. (2011). *Filosofía política: conceptos y textos*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Castells, M. (2002). *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*. OUP Oxford.
- Castells, M. (Ed.). (2004). *The Network Society: A Cross-cultural Perspective*. Edward Elgar.
- Castells, M. (2011). *The Power of Identity* (2.<sup>a</sup> ed.). John Wiley & Sons.
- Castells, M., Fernández-Ardevol, M., Qiu, J. L., & Sey, A. (2006). Electronic Communication and Socio-Political Mobilisation: A New Form of Civil Society. En H. K. Anheier, M. Kaldor, & M. Glasius (Eds.), *Global Civil Society 2005/6* (pp. 266-287). SAGE Publications.
- Chetail, V., & Bauloz, C. (Eds.). (2014). *Research Handbook on International Law and Migration*. Edward Elgar Publishing.
- Connor, W. (1978). A nation is a nation, is a state, is an ethnic group is a ... . *Ethnic and Racial Studies*, 1(4), 377-400. <https://doi.org/10.1080/01419870.1978.9993240>.
- Constant, B. (1988). *Constant: Political Writings* (B. Fontana, Ed.). Cambridge University Press.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8.<sup>a</sup> ed.). Oxford University Press.
- Emerson, R. (1960). *From Empire to Nation: The Rise to Self-assertion of Asian and African Peoples*. Harvard University Press.
- Faist, T., Fauser, M., & Reisenauer, E. (2013). *Transnational Migration*. Polity Press.
- Geertz, C. (1963). The Integrative Revolution: Primordial Sentiments and Civil Politics in the New States. En C. Geertz (Ed.). *Old Societies and New States* (pp. 105-157). Free Press.
- Gellner, E. (1964). *Thought and Change*. University of Chicago Press.
- Gellner, E. (1983). *Nations and Nationalism*. Cornell University Press.
- Gellner, E. (1996). Ernest Gellner's reply: 'Do nations have navels?' *Nations and Nationalism*, 2(3), 366-370. <https://doi.org/10.1111/j.1469-8219.1996.tb00003.x>.
- Giddens, A. (1991). *The Consequences of Modernity*. Polity Press.
- Giddens, A. (2003). *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. Routledge.
- Glahn, G. V., & Taulbee, J. L. (2017). *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law* (11.<sup>a</sup> ed.). Routledge.
- Greenfeld, L. (1992). *Nationalism: Five Roads to Modernity*. Harvard University Press.
- Habermas, J. (1997). *Más allá del Estado nacional*. Fondo de Cultura Económica.
- Harvey, D. (1989). *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*. Blackwell.
- Hobsbawm, E. J. (2012). *Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality* (2.<sup>a</sup> ed.). Cambridge University Press.

- Hunt, L. (2008). *Inventing Human Rights: A History*. W. W. Norton & Company.
- Jameson, F. (1992). *Postmodernism, or The Cultural Logic of Late Capitalism*. Verso.
- Jordan, L. (2011). Global Civil Society. En M. Edwards (Ed.). *The Oxford Handbook of Civil Society* (pp. 93–105). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195398571.013.0008>.
- Keane, J. (2003). *Global Civil Society?* Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511615023>.
- Kohn, H. (2008). *The Idea of nationalism: A study in its origins and background*. Transaction Publishers.
- Lipovetsky, G. (2003). *La era del vacío: ensayos sobre el individualismo contemporáneo* (Traducido por Joan Vinyoli y Michèle Pendanx). Anagrama.
- Mann, M. (1997). Has Globalization Ended the Rise and Rise of the Nation-State? *Review of International Political Economy*, 4(3), 472-496.
- McBeth, A., Nolan, J., & Rice, S. (2017). *The International Law of Human Rights* (2.<sup>a</sup> ed.). Oxford University Press.
- Murphet, J. (2004). Postmodernism and space. En S. Connor (Ed.). *The Cambridge Companion to Postmodernism* (pp. 116–135). Cambridge University Press.
- Plamenatz, J. P. (1963). *Man and Society: A Critical Examination of Some Important Social and Political Theories from Machiavelli to Marx* (Vol. 1-2). McGraw Hill.
- Rakic, V. (1998). Theories of Nation Formation and Case Selection: The Meaning of an Alternative Model. *Nationalities Papers*, 26(4), 599-613. <https://doi.org/10.1080/00905999808408590>.
- Sack, R. D. (2001). Territoriality: Geographical. En N. J. Smelser & P. B. Baltes (Eds.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (pp. 15601-15604). Elsevier.
- Schuler, D., & Day, P. (Eds.) (2003). *Shaping the Network Society: The New Role of Civil Society in Cyberspace*. MIT Press.
- Schulze, H. (1996). *Etat et Nation dans l'histoire de l'Europe* (Seuil).
- Shils, E. (1957). Primordial, Personal, Sacred and Civil Ties: Some Particular Observations on the Relationships of Sociological Research and Theory. *The British Journal of Sociology*, 8(2), 130-145. <https://doi.org/10.2307/587365>.
- Smith, A. D. (1999). *Myths and Memories of the Nation*. Oxford University Press.
- Smith, G. (1996). The Resurgence of Nationalism. En G. Smith (Ed.), *The Baltic States* (pp. 121-143). Palgrave Macmillan UK. [https://doi.org/10.1007/978-1-349-14150-0\\_6](https://doi.org/10.1007/978-1-349-14150-0_6).
- Stiglitz, J. (2002). *Globalization and its Discontents*. W.W. Norton & Company.
- Susen, S. (2015). *The 'Postmodern Turn' in the Social Sciences*. Palgrave Macmillan.
- Swain, A. (2019). *Increasing Migration Pressure and Rising Nationalism: Implications for Multilateralism and SDG Implementation*. [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/SDO\\_BP\\_Swain.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/SDO_BP_Swain.pdf).
- Tönnies, F. (2002). *Community and Society* (C. P. Loomis, Ed.). Dover Publications, INC.
- Van den Berghe, P. L. (1978). Race and ethni-

city: A sociobiological perspective. *Ethnic and Racial Studies*, 1(4), 401-411. <https://doi.org/10.1080/01419870.1978.9993241>.

Von Hippel, K. (1994). The Resurgence of Nationalism and Its International Implications. *The Washington Quarterly*, 17(4), 185-200. <https://doi.org/10.1080/01636609409443758>.

# Derechos laborales de la mujer en el contexto digital en Colombia

## *Labor rights of women in the digital context in Colombia*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9752>

### Resumen

En este artículo se muestra la forma como la mujer, a pesar de las dificultades que se le han presentado con las transformaciones socioculturales y socioeconómicas de las últimas décadas por el ingreso de forma masiva al mercado laboral, sigue ampliando su participación en la sociedad y en Estados contemporáneos, con un protagonismo inusitado, adecuándose a los desafíos tecnológicos y las crisis ambientales, sin descuidar sus múltiples roles como la atención del hogar, la maternidad, la asistencia a los padres y sus compañeros sentimentales, entre otras actividades que determinan mayor disposición horaria en actividades cotidianas que los hombres. Pese al avance en la vinculación laboral de la mujer en diversos campos económicos, teniendo en cuenta que era considerada sólo para labores domésticas y la crianza de sus hijos, se le vulneran sus derechos fundamentales, debido a que buena parte de ellas se encuentra en la informalidad, en la que la estabilidad laboral y la seguridad social son limitadas. Estas afectaciones en los derechos laborales recaen también en el núcleo familiar, como es el caso de las madres cabezas de familia. Este artículo también analiza el desempeño laboral de las mujeres respecto a las nuevas tecnologías en el contexto latinoamericano y el impulso de organizaciones internacionales y supraestatales como la OIT y la ONU, en el ámbito global, y en lo regional el Sistema Interamericano de Derechos por medio de la Corte IDH y la Comisión IDH para garantizar y proteger los derechos fundamentales laborales de las mujeres en Colombia y la región.

**Palabras clave:** Derechos laborales de la mujer, derechos humanos, derecho internacional, informalidad laboral, nuevas tecnologías.

### Abstract

This article shows the way in which women, despite the difficulties that have been presented with the sociocultural and socioeconomic transformations of the last decades due to the massive entry into the labor market, continue to expand their participation in society and in Contemporary States, with an unusual role, adapting to technological challenges and environmental crises, without neglecting their multiple roles such as home care, maternity, assistance to parents and their romantic partners, among other activities that determine more time availability in daily activities than men. Despite the progress in the employment relationship of women in various economic fields, taking into account that they were considered only for domestic work and raising their children, their fundamental rights are violated, because a good part of them is in the informality, in which job stability and social security are limited. These effects on labor rights also fall on the family nucleus, as is the case of mothers who are heads of household. This article also analyzes the labor performance of women regarding new technologies in the Latin American context and the promotion of international and supra-state organizations such as the ILO and the UN, at the global level, and at the regional level, the Inter-American System of Rights through of the I/A Court HR and the I/A Commission to guarantee and protect the fundamental labor rights of women in Colombia and the region.

**Keywords:** Women's Labor Rights, Human Rights, International Law, Labor Informality, New Technologies.

### Daniela Viveros Rengifo

Egresada de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre de Colombia, seccional Cali. Orcid <https://orcid.org/0000-0001-9425-6813>. [dni-5786@hotmail.com](mailto:dni-5786@hotmail.com)

### Cómo citar:

Viveros, D. (2022). *Derechos laborales de la mujer en el contexto digital en Colombia*. *Advocatus*, 19(38), 159-176. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9752>



### Open Access

### Recibido:

16 de febrero de 2022

### Aceptado:

23 de mayo de 2022

## INTRODUCCIÓN

Este artículo es resultado de una investigación teórica y de incorporación de datos de fuentes secundarias que permitieron estudiar la situación de la mujer respecto a sus derechos laborales, cuyo objetivo general es estudiar el desarrollo, la inclusión y la vulneración de los derechos laborales de la mujer en el contexto digital en Colombia. Se utilizaron diversos referentes desde una perspectiva crítica del derecho y las ciencias sociales afines como la sociología y la antropología.

El artículo está dividido en cinco partes. En la primera se aborda el tema del desempeño laboral de la mujer y el reconocimiento de sus derechos, iniciando con un referente histórico de los principios que promueven e incentivan la igualdad entre los géneros. Precisamente, este derecho permitió que las organizaciones supraestatales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creara la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, cuyo propósito es desarrollar y promover los derechos humanos de las mujeres, así como garantizar su derecho al trabajo desde la perspectiva académica y la jurisprudencia nacional e internacional.

En la segunda sección se expone la realidad laboral de las mujeres latinoamericanas, observando que un alto porcentaje se dedican al empleo doméstico, lo cual evidencia la informalidad y la limitación de sus derechos laborales. A esto se suma que las empresas tienen cierta prevención en emplear perso-

nal femenino, debido a la maternidad que origina gastos y responsabilidades complementarias al contrato inicial. A pesar de esta situación no se puede desconocer que las mujeres han ampliado su horizonte laboral a las actividades de la industria, el comercio y los servicios.

En la tercera sección se reflexiona sobre las nuevas tecnologías en el campo laboral femenino, siendo uno de los escenarios que más se ha visto influenciado por esta explosión tecnológica, las plataformas digitales y las redes sociales, lo cual trajo consigo dos fenómenos: primero, se amplió el desempeño laboral de las mujeres en actividades como webcam e influencers, en los cuales los recursos recibidos son importantes, pero no existen derechos laborales. El segundo fenómeno es la poca preparación de las mujeres en el uso de las nuevas tecnologías, lo cual las limita para vincularse laboralmente. Estos dos fenómenos muestran que los derechos laborales en el contexto de las nuevas tecnologías son frágiles y permiten que las mujeres sean excluidas y segregadas en el ámbito laboral contemporáneo.

En la cuarta parte del artículo se analizan el derecho internacional y la informalidad laboral de la mujer latinoamericana. Según estadísticas de investigaciones secundarias, la informalidad laboral es significativa en el sector femenino, lo que implica que la mujer esté inmersa en una precariedad laboral, en la que su seguridad social, estabilidad laboral, salarios, entre otros, se encuentran limitados. Con el fin de disminuir los índi-

ces de informalidad, órganos supraestatales como la ONU, OIT y la CIDH se han encargado de visibilizar esta problemática. Por su parte, la CIDH se ha pronunciado de manera insistente sobre la protección de los derechos laborales, ya que en diversos tratados y pactos internacionales los Estados miembros se han comprometido a garantizar los derechos en el ámbito laboral en toda la población.

En la última sección se analiza la informalidad laboral de las mujeres colombianas. Según fuentes como el DANE, el mayor porcentaje de colombianas que se encuentran en la informalidad se dedican al empleo doméstico o trabajan por cuenta propia, con escasas garantías laborales. En busca de mejorar su situación laboral, la mujer ha optado por acceder a la educación superior, observándose un porcentaje de mujeres profesionales superior al de los hombres. Además, están accediendo a profesiones que anteriormente estaban masculinizadas, como la carrera de Derecho.

Este artículo realiza aportes en el campo socio-jurídico mediante el uso de referencias de la ciencia jurídica como el Derecho Constitucional, el Derecho Laboral y el Derecho Internacional Público. Adicionalmente, se soporta en disciplinas de las ciencias sociales como la sociología y la antropología para intentar responder e interpretar la compleja realidad de las mujeres en su espacio laboral en pleno siglo XXI.

## **EL DESEMPEÑO LABORAL DE LA MUJER Y EL RECONOCIMIENTO DE SUS DERECHOS**

Las transformaciones que se han originado desde la estructura capitalista y que se intensificaron con el fenómeno de globalización en las últimas décadas han llevado a que la mujer asista a múltiples roles en la sociedad contemporánea; entre ellos, su desempeño laboral, que se ha ampliado a espacios antes reservados para la fuerza laboral masculina, situación que demuestra la concreción de los derechos que paulatinamente han exigido para su reconocimiento, no sólo en lo que respecta a lo laboral sino también como ciudadanas en términos generales.

La ONU tiene como fin resolver, comprender, analizar y en algunos casos críticos intervenir en la salida de los problemas que enfrenta la humanidad, como el correspondiente al género, partiendo del paradigma de que no debe haber distinción de género en cuanto a los derechos y deberes que tienen sus ciudadanos, en otras palabras, "... las Naciones Unidas pueden tomar medidas sobre los problemas que enfrenta la humanidad en el siglo 21... salud, la igualdad de género, la gobernanza, la producción de alimentos y mucho más" (ONU, 2020).

De este modo, se reconoce el derecho universal a la igualdad entre hombres y mujeres, por medio de derechos y oportunidades ante los Estados y las sociedades, "... igualdad de género pone énfasis en que hombres y muje-

res tengan el mismo goce y oportunidades... revolucionando en finalizar con las brechas sociales que producen una sociedad justa, equitativa, que todos los ciudadanos puedan desarrollarse en un ambiente” (Mayorga, 2018, p. 7). Pese al reconocimiento de los derechos de la mujer, se mantiene una perspectiva crítica, ya que las prácticas, agresiones y violencia contra ella se siguen reproduciendo en diversas esferas del ámbito social: “El género es... configuración histórica elemental... de toda violencia ... todo poder es resultado de una expropiación inevitablemente violenta. Desmontar esa estructura será... condición de posibilidad de todo y cualquier proceso capaz de reorientar la historia” (Segato, 2016, p. 19).

Pese a estas dificultades, las organizaciones multilaterales internacionales como la ONU propugnan para que se cumplan estas reivindicaciones. Una de las acciones fue la consolidación de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, cuyo propósito es desarrollar y promocionar sus derechos humanos. En consecuencia, vela por la igualdad de género y el empoderamiento por la lucha de sus derechos y oportunidades, “... desempeña una labor crucial en la promoción de los derechos de la mujer documentando la realidad que viven las mujeres en todo el mundo, elaborando normas internacionales en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres” (ONU, 2020).

En los últimos años, esta comisión ha ampliado su incidencia en la protección de los derechos en el mundo, lo cual se ve reflejado

en la preocupación por garantizar el cumplimiento de los derechos de las mujeres en el sector rural. “En marzo de 2018, cuando se celebre el 62º periodo de sesiones de la Comisión... la atención se centrará ... en cómo abordar los desafíos y oportunidades específicos ... que enfrentan las mujeres y las niñas rurales” (FAO, 2017).

Esta comisión tiene dificultades para garantizar con eficacia los derechos de las mujeres, debido a que las quejas sobre su vulneración se limitan a simples documentos. Esto ha llevado a deliberaciones internacionales para que se avance en una intervención real de este organismo cuando se le restringen las reivindicaciones a las mujeres en el complejo contexto de la globalización: “La Comisión no aborda quejas específicas orientadas a compensar a víctimas de violaciones de los derechos humanos. Sus recursos son limitados y cuenta con poco poder para obligar a los Estados a modificar sus conductas” (Mertus et al., 2000, p. 77).

El género y el trabajo son temas de amplia deliberación en los años recientes, como el acceso a las actividades laborales de la mujer, su protección contra la discriminación para permitir su empoderamiento económico, “El reconocimiento de los derechos... de la mujer... al trabajo, ha sido progresivo... gracias a los resultados de ... movimientos sociales y académicos ... que han reclamado la inclusión ... así como ... consideraciones diferenciales en razón del género” (Montoya, 2010, p. 258), son situaciones que contribuyen a la parti-

cipación de la mujer en la producción y en los escenarios sociales, garantizando de este modo la igualdad y la justicia sin distinción de género. Por esta razón, es necesario fortalecer el trabajo decente, en el que la igualdad en materia laboral sea el horizonte “..., objetivo del desarrollo sostenible es necesario que, en el ámbito de las relaciones laborales, se garantice a las mujeres un trabajo decente. El origen de este concepto hay que situarlo en los diversos instrumentos normativos aprobados por la (OIT)” (Hernáiz, 2018, p. 28).

Teniendo en cuenta que el trabajo es una actividad humana por el cual se da a cambio una remuneración económica, de esta labor se deriva la manutención, así como la mejora en bienes y servicios personales o familiares para satisfacción de necesidades primarias o secundarias; por consiguiente, el acceso a trabajos dignos y bien remunerados no debería estar sometido a ningún tipo de condición, debido a que el trabajo es un derecho fundamental y exigible tanto constitucional como internacionalmente. “El derecho del trabajo es un derecho fundamental inseparable e inherente a la dignidad... El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido... como un elemento central, fundamental y rector para el avance en la protección de los derechos” (CIDH, 2020, p. 10).

En los Estados constitucionales y democráticos contemporáneos el derecho al trabajo se ha convertido en una exigencia judicial, los tribunales o cortes constitucionales atienden cotidianamente acciones constitucionales o

de tutela por parte de los ciudadanos que han determinado la afectación de empresas transnacionales, estatales y locales, “..., aparece lo que se ha denominado, teóricamente, como la supremacía constitucional, principio en el cual los principios y los derechos fundamentales tienen carácter de obligatoriedad por parte de las instituciones estatales” (Llano, 2017, p. 184).

Aunque diversas organizaciones se esfuerzan por mantener más equidad y velan porque se conserve la igualdad laboral en razón de género, sigue siendo dispareja la participación de las mujeres en el mundo laboral respecto a la de los hombres. Este desnivel se sostiene por los oficios y actividades laborales en los que se desempeña la mujer, a los cuales les dedica un tiempo prolongado y la remuneración es reducida, “..., rol de cuidadoras “naturales” que las sociedades asignan... genera una sobrecarga de trabajo. Esto limita sus oportunidades y elecciones... convirtiéndose en un obstáculo fundamental para la igualdad de género y el empoderamiento y la autonomía de las mujeres” (ONU & Cepal, 2020).

Desde los estudios sociológicos y antropológicos se ha demostrado que la mujer contemporánea posee más horas dedicadas a la responsabilidad laboral y familiar que sus compañeros: “Las construcciones de género dominantes obligan a las mujeres a conjugar la vida laboral, la formación profesional, la recreación, las relaciones de pareja, la vida doméstica y de crianza que implican hasta triples jornadas de trabajo” (Díaz & Tapia,

2016, p. 1). A esto se suma que la participación en el mercado laboral de la mujer es menor respecto al hombre. "..., tienen menos probabilidades de participar en el mercado de trabajo que los hombres. En 2018, la tasa mundial de participación femenina en el mercado laboral es del 48,5 por ciento, 26,5 puntos porcentuales más baja que la de los hombres" (OIT, 2018, p. 6).

Las mujeres han sido vinculadas en el proceso productivo, ya que las transformaciones industriales requieren de su fuerza de trabajo, igual situación ha ocurrido con el sector servicios, el que se ha empleado destacadamente el recurso femenino: "Los datos históricos que sugieren la importancia de las mujeres en el trabajo asalariado, más allá de las dificultades conceptuales vinculadas con la definición del trabajo y de los problemas para diferenciar y mantener las denominaciones de las actividades" (Picón, 2013, p. 17).

### **LAS MUJERES EN LA REALIDAD LABORAL LATINOAMERICANA**

El reduccionismo de considerar a la mujer solamente para las labores del hogar y la crianza de sus hijos se ha venido desmontando, debido precisamente a que la mujer se ha vinculado de forma masiva a las múltiples prácticas laborales contemporáneas: "..., los cambios económicos a nivel mundial han dado lugar a la incursión de la mujer en el ámbito laboral, dejando de cumplir solamente con el rol de madre y contribuyendo también al gasto familiar" (Infante & Martínez, 2016, p. 32).

En los sectores populares latinoamericanos se sigue considerando a la mujer como la responsable de trabajar como empleada doméstica por horas o interna en algunos sectores socioeconómicos medios y medio altos, y al mismo tiempo cumplir con las actividades familiares como la crianza de los hijos: "..., condiciones mínimas de empleo de las trabajadoras domésticas... bajos salarios, largas jornadas de trabajo... América Latina se convirtiera en una categoría laboral híbrida: si bien incluía relaciones laborales asalariadas, en la práctica funcionaba con condiciones propias del empleo informal" (OIT, 2019, p. 109).

Las actividades del hogar se han venido considerando paulatinamente como un ejercicio que debería tener las respectivas condiciones y derechos laborales como salario, prestaciones, horario, entre otros: "..., en América Latina las mujeres destinamos a estas actividades de cuidado y a estas actividades domésticas entre 22 y 42 horas semanales... casi que una jornada laboral completa... varía en función de las condiciones donde habitan esas familias, esos hogares" (Batthyany, 2020). Esta situación ha llevado a que los gobiernos y sus instituciones realicen un escaso reconocimiento de las actividades del hogar por parte la mujer. Es el caso de la Ley 1413 del 2010 sobre la economía del cuidado que promulgó el Congreso colombiano (artículo 1): "..., incluir la economía del cuidado conformada por el trabajo de hogar no remunerado en el Sistema de Cuentas Nacionales, con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país" (Ley 1413, 2010).

Esta regulación no tiene ninguna incidencia en el trabajo que realiza la mujer en el hogar, solamente se queda en lo simbólico. La contribución que han realizado en lo económico y social para el país han sido claramente determinantes, debido a que son ellas las que reproducen las distintas culturas que hacen parte de la nación, tales como comunidades indígenas, negras, comunidades campesinas, pobladores urbanos, además de las prácticas cotidianas que desempeñan como mujeres y madres. Tal vez esta ley es el inicio de una transformación jurídica en la cual se reconozca el valor real de las actividades exhaustivas que realizan las colombianas en el hogar.

Una de las dificultades que tienen las mujeres en el espacio laboral y que se diferencia de sus compañeros, es precisamente la maternidad, debido a que las empresas tienen esa prevención sobre la contratación, por las responsabilidades y gastos que adquieren cuando sus empleadas se embarazan. Incluso, son varias las que han sido despedidas cuando los empresarios se enteran de que se encuentran en esa fase reproductiva. Esta situación sucede en países considerados garantistas respecto a los derechos sociales fundamentales a la ciudadanía y, por supuesto, a las empleadas: "... Informe de mobbing maternal del Ministerio... 75% de las mujeres encuestadas declara que ha sufrido problemas laborales por el hecho de su maternidad, reconociendo que el 25% de las mujeres entre 18 y 25 años que están embarazadas son despedidas" (Hernández & Guillén, 2015, p. 30).

Recientemente, la participación de la mujer en las actividades laborales de la industria, el comercio y los servicios se ha ampliado notoriamente. Es común ver mujeres que laboran en oficinas de la banca, firma de abogados, contadores, economistas, ingeniería, la parte administrativa del sector salud, en instituciones públicas, pero también hacen parte de los servicios esenciales como la salud, clínicas, hospitales, EPS, consultorios particulares, lo mismo sucede con la educación, en los distintos niveles escolares tienen un papel protagónico que van desde los hogares de la madres comunitarias del Instituto de Bienestar Familiar, los jardines infantiles, las escuelas primarias, los colegios de la básica avanzada hasta las universidades, ellas participan desde el aseo de los sitios hasta como maestras en la educación básica, igual sucede en las universidades en las que la mayoría de los estudiantes son mujeres.

Los centros comerciales también son atendidos por mujeres, desde las que realizan las labores de limpieza, las que atienden los supermercados de cadena, las que laboran en los bancos, las que atienden y cocinan en las zonas de comidas hasta las que son gerentes de empresas y oficinas que se instalan en estos sitios de comercio y servicios, solamente en estos lugares se muestra entonces una estratificación donde las mujeres son las protagonistas "... acceso a una educación de calidad como ciertos indicadores... (por ejemplo, la edad de la madre al nacimiento del primer hijo) son factores que se encuentran fuertemente asociados al bienestar no sólo económico sino

también físico y emocional” (Marchionni et al., 2018, p. 11).

### LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL CAMPO LABORAL FEMENINO

Esta amplitud del mundo laboral coincide con la consolidación de los servicios digitales y las nuevas tecnologías que han invadido los diversos espacios laborales, académicos y sociales. Precisamente allí también el papel de las mujeres es destacado, pues trabajan en las empresas de telefonía móvil, computación, robótica, laboratorios tecnológicos, ventas: “... desde las habilidades de las mujeres para entretener, hasta sus contribuciones a la computación moderna. Lejos de ser una tecnología de la supremacía masculina, la computación es una tecnología liberadora para las mujeres, que conlleva un futuro post-patriarcal” (Wajcman, 2012, p. 125).

La transformación de los servicios con las nuevas tecnologías se ha consolidado en los años recientes, con la aparición de nuevas formas de trabajo. Es el caso de las redes sociales, que han aumentado su importancia al vincular a millones de usuarios sin importar el lugar donde se encuentren, llevando a que aparezcan los llamados influencers en redes como Instagram, Facebook, Youtube “... un influencer que cuente con 7 millones o más de suscriptores en Youtube cobra por un video relacionado a una marca alrededor de 300.000 dólares, 187.000 por una publicación en Facebook y 150.000 por una en Instagram” (Daza & Calderón, 2018, p. 13).

Otra práctica que se considera laboral y que se ha visibilizado con el incremento de la tecnología y el acceso a internet son los modelos webcam, también el llamado ciber sexo. En principio, esta actividad no era reconocida, pero la participación activa de la mujer llevó a que recientemente la Corte Constitucional se pronunciara para proteger los derechos laborales de estas trabajadoras: “... el oficio del modelaje *webcam* no está regulado en Colombia, esto no deja a las empresas dedicadas a esta actividad ni a quienes están delante de las cámaras por fuera de la Constitución ... no puede ser un escenario para abusos” (Corte Constitucional, Boletín 046, 2021).

Entre los derechos fundamentales laborales que se pide garantizar a las modelos y trabajadoras webcam por parte de la Corte Constitucional en la sentencia de tutela están: “... los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a salud y a la seguridad social” (Sentencia T-109 2021, de abril 27). En este espacio laboral la participación de las mujeres se ha ampliado notoriamente, “... incremento del 400% de mujeres modelos *sexcam* conectadas en internet, entre los años 2012 y 2015, una página web en Estados Unidos tenía 1.200 modelos, de las cuales 300 eran colombianas. Ahora existen 5.000 modelos y 1.200 son del país” (Fajardo & Mesa, 2018, p. 2).

La actividad que realizan las modelos webcam se debe normalizar sin ningún juicio de valor, como una fuente para obtener ingresos y

de este modo garantizar los mismos derechos que tiene cualquier otra actividad laboral, teniendo en cuenta que miles de mujeres se están dedicando a esta labor. Frente a esta situación inminente, los Estados deben garantizar y proteger los derechos laborales que de ahí se desprendan. Los servicios a partir de las nuevas tecnologías en los que la participación de la mujer es determinante, entre otras actividades laborales relacionadas con el internet, las redes sociales, plataformas, lleva a innovadoras formas de comunicación, en que la exposición de lo femenino es predominante:

En las últimas dos décadas se ha producido una transformación revolucionaria de la tecnología, morfología y organización de la comunicación socializada, aquella que tiene el potencial de incluir en su proceso al conjunto de la sociedad. Dicha transformación puede definirse como el paso de la comunicación de masas a la auto-comunicación de masas (Castells, 2011, p. 11).

La sociedad contemporánea, específicamente en el siglo XXI, no se sostiene exclusivamente en la producción industrial, es más, la producción de riqueza, los salarios y la estabilidad laboral pasaron a un segundo plano en lo nacional y lo global, debido a que el avance tecnológico propició la aparición y auge de nuevos sectores económicos que se soportan en la tecnología, la información y los servicios, con una determinante plusvalía que es superior a lo que se realiza desde lo industrial, convirtiendo a este sector en el centro de la economía mundial. "... la amplia adopción de

estas tecnologías cambia la composición del comercio (de servicios y bienes)... provocando la transformación del mundo, la sociedad y la economía en su conjunto... requiriendo nuevas habilidades y nuevas reglas de competencia" (Poncela, 2019, p. 2).

Estas transformaciones son irreversibles, las nuevas tecnologías se encuentran distribuidas socialmente y han revolucionado las comunicaciones, los espacios laborales, de producción y educativos. Por su parte, los Estados, pese a su organización y al control que ejercen sobre los ciudadanos, también se han convertido en clientes de las innovaciones tecnológicas; además, estas invenciones se perciben como el soporte técnico de las administraciones locales, nacionales y supraestatales, tanto en las decisiones como en la implementación de proyectos: "Los impulsores de la cuarta revolución son físicos, como la robótica; biológicos, como la secuenciación genética, y digitales como Blockchain..., que es un protocolo seguro a través del cual computadores distribuidos verifican transacciones de manera mancomunada antes de que éstas se aprueben" (Preukschat, 2018, pp. 11-12).

El sector de servicios, conocimiento y nuevas tecnologías emplea a hombres y mujeres sin discriminación alguna, representando una oportunidad real para el empoderamiento femenino en la actualidad. Las redes sociales se han convertido en una forma de interacción y comunicación, pero también un espacio donde se difunden los productos que surgen de los trabajos informales que constantemente

crean las mujeres jóvenes latinoamericanas para sobrevivir: "..., los gafa (Google, Apple, Facebook y Amazon), al reformatear el poder económico-político, redefinen el sentido social: los hábitos, el significado del trabajo y el consumo, la comunicación... también reconfiguran el significado de la convivencia y las interacciones" (García, 2019, pp. 15-16).

Al tiempo que se amplía la oferta laboral en los espacios que surgen de las nuevas tecnologías, que cada vez se perciben como una necesidad en el mundo laboral, educativo y social, se expande la informalidad, en la que la estabilidad y los derechos laborales pasan a un segundo plano, particularmente en el sur global: "En África, 85,8% de los empleos son informales, 68,2% en Asia y el Pacífico, 68,6% en los Estados Árabes, 40% en las Américas y 25,1% en Europa y Asia Central" (OIT, 2018).

#### **DERECHO INTERNACIONAL E INFORMALIDAD LABORAL DE LA MUJER LATINOAMERICANA**

La situación de informalidad se acentúa más respecto a las mujeres, vulnerando de una forma más directa los derechos laborales: "... Las mujeres están más expuestas que los hombres al empleo informal en más del 90% de los países del África Subsahariana... 89% de los países de Asia Meridional... 75% de los países latinoamericanos" (OIT, 2018, p. 21). Para una muestra más directa de la informalidad laboral que viven las mujeres latinoamericanas, se referencia la investigación realizada por la ONU Mujeres-OIT-Cepal, que dio como

resultado el documento *Trabajadoras Remuneradas del Hogar en América Latina y el Caribe*:

En América Latina y el Caribe entre 11 y 18 millones de personas se dedican al trabajo doméstico remunerado. De ellas, el 93% son mujeres. El trabajo doméstico supone entre el 14,3% y el 10,5% del empleo de las mujeres en la región. Sin embargo, más del 77,5% operan en la informalidad, lo que significa que una parte importante de ellas trabaja en condiciones precarias y sin acceso a la protección social (OIT, 2020).

La precariedad que sufren las mujeres latinoamericanas en el ámbito laboral y donde los Estados e instituciones públicas no han logrado resolver, determina una vulneración no solamente de derechos laborales como el empleo, la estabilidad, la seguridad social, sino también un amplio catálogo de derechos humanos que se encuentran en tratados y pactos internacionales como la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), proclamada a mediados del siglo XX, que en su artículo 34 expone las acciones de los Estados de la región para acabar con la pobreza: "Artículo 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso... son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral" (OEA, 1948). Es importante reseñar que en el mismo documento se expone el compromiso de los Estados para garantizar los derechos laborales esenciales para la pobla-

ción del continente: “Artículo 45, literal B. El trabajo es un derecho y un deber social... debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia” (OEA, 1948).

Posteriormente, la OEA proclamó la Convención Americana de Derechos Humanos, presentando una variedad de derechos que pretenden la protección de los ciudadanos del continente, entre ellos el derecho al trabajo, que se encuentra vinculado entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales plasmados en el artículo 26: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura” (OEA, 1969). Relacionado con la Convención y con un reconocimiento más directo sobre el derecho al trabajo, dos décadas después se proclamó el protocolo de San Salvador por parte de la OEA, expresando claramente este derecho en el artículo 6, numeral 1: “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada” (OEA, 1988, p. 7).

La implementación de la Convención se ha realizado por medio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente los pronunciamientos de la Corte Interamericana

de Derechos, que tienen mayor incidencia en los Estados de la región para que cumplan con la orientación que surge de las respectivas sentencias y pronunciamientos de los magistrados de este tribunal internacional, entre ellas lo correspondiente a los derechos laborales: “Los Estados partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo... supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-27/21, p. 48).

Por medio de la jurisprudencia, la CIDH se ha pronunciado sobre situaciones específicas en que los derechos laborales y la seguridad social de los trabajadores han sido vulnerados, realizando observaciones y solicitudes a los Estados responsables para que garanticen plenamente estos derechos. Un ejemplo es la orientación que realiza la Corte al Estado peruano entorno a los derechos de la seguridad social que deben garantizarse por parte del Estado a sus trabajadores: “..., el aporte necesario para acceder al seguro de salud que le correspondía no fue realizado... no contó con la cobertura de salud que también le correspondía conforme al derecho peruano... forma parte del derecho a la seguridad social” (Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, 6 de marzo de 2019).

Otros asuntos sobre la estabilidad laboral también han sido decididos por la jurisprudencia de la Corte de forma reciente, convirtiéndose en un referente para que los jueces de los

Estados del continente protejan los derechos laborales fundamentales cuando sean vulnerados por los particulares, con omisión de las instituciones estatales responsables: "... obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado... a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización... b) proteger al trabajador y trabajadora... contra el despido injustificado" (Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, 31 de agosto de 2017).

La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo, ha sido una preocupación constante por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creándose recientemente la Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, Redesca: "En 2014, la CIDH adoptó la decisión de crear una Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Redesca), que entró en pleno funcionamiento a fines de agosto de 2017... abordaje de las situaciones prioritarias en el hemisferio" (Comisión IDH, 2020, p. 10). Entre los derechos que abordan la CIDH y Redesca para la región se encuentran los relacionados con los laborales: "la Comisión Interamericana y la Redesca desde su creación han mantenido un monitoreo constante sobre la situación de los derechos humanos y, con especial interés, sobre las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo y los derechos sindicales" (Comisión IDH, 2020, p. 10).

Estos tratados, protocolos, convenciones internacionales y pronunciamientos del sistema interamericano, que si se cumplen se puede acabar con la informalidad laboral de las mujeres latinoamericanas: "..., garantizar... el derecho de las mujeres de igual remuneración por igual trabajo; la tutela especial de las mujeres trabajadoras cuando se encuentren embarazadas; el equilibrio de las labores domésticas entre hombres y mujeres" (Corte IDH, CP-47-2021, 20 de julio).

Recientemente se han adelantado investigaciones y publicaciones que exponen esta situación, reflexionando sobre el papel de los Estados en la garantía de estos derechos, que tienen una especial atención por encontrarse complementados con el aspecto reproductivo que caracteriza a la población femenina: "..., la plena participación de las mujeres en la vida económica, evitando la desigualdad existente en la remuneración, garantizando los derechos laborales de las mujeres, evitando que la función reproductora se convierta en un obstáculo para ejercer el derecho al trabajo" (Badilla & Torres, 2019, p. 33).

## **INFORMALIDAD LABORAL DE LAS MUJERES COLOMBIANAS**

La informalidad laboral de las mujeres en Colombia es representativa, vulnerando los derechos laborales, como un salario justo, la estabilidad laboral y seguridad social: "..., una tasa mayor para las mujeres (49,3%) en comparación con la tasa de informalidad total y la tasa para los hombres (45,5%)... se debe

resaltar que en casi todas las ciudades la tasa de informalidad es mayor para las mujeres” (Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, 2018, p. 6).

Entre los sectores laborales con mayor informalidad de las mujeres colombianas se destaca el empleo doméstico, en el que no tienen estabilidad, los salarios son bajos y la seguridad social se encuentra limitada. Según el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE), el desempeño laboral de la empleada doméstica es del 94,06% (DANE, 2020), el restante porcentaje lo realizan hombres. La segunda actividad: “Trabajador/a familiar sin remuneración, 63,31% de mujeres (incluye trabajadores familiares sin remuneración en empresas o negocios de otros hogares)” (DANE, 2020).

En población por millón de habitantes en que más se desempeñaron las mujeres colombianas continua predominando la informalidad que se presenta en trabajadoras por cuenta propia, donde la estabilidad y la seguridad social de forma mayoritaria se encuentran limitadas: “En 2019 las posiciones ocupacionales con mayor número de mujeres fueron: trabajador/a por cuenta propia (3,74 millones de mujeres). Empleado/a particular (3,63 millones de mujeres). Empleada doméstica (647 mil mujeres)” (DANE, 2020). Según estos datos, las empleadas son el segundo renglón donde son contratadas las colombianas, predominando la formalidad. Si se hace un análisis detallado, un significativo número de ellas tiene salarios bajos (la mayoría reci-

bía el salario mínimo) y la estabilidad laboral no se encuentra garantizada. Sí se suman las trabajadoras por cuenta propia y las empleadas domésticas, la diferencia sería en más de 800.000 con las empleadas, por lo cual la mayoría tendrían una situación compleja cuando de garantías de derechos fundamentales laborales se trata.

Una situación que se ha transformado recientemente tiene que ver con la educación, que puede impulsar el mercado laboral. Allí las mujeres tendrían cierto beneficio en comparación con sus compañeros. Uno de los primeros indicadores es que el acceso de las mujeres se ha multiplicado en las últimas décadas. Según el Ministerio de Educación Nacional (MEN), las mujeres matriculadas en la educación superior en el año 2005 fue de 442.636, correspondiente al 49,12%, el total de los hombres matriculados fue de 399.491 (44,34%) (MEN, 2016, p. 147). La diferencia de las mujeres sobre los hombres respecto a las matrículas es de 4,7%. En ese mismo año, las graduadas fueron 51.439 (43,39%) y los graduados 40.516 (34,25%), con una diferencia del 9,1%. (MEN, 2016, p. 147).

Una década después, en el año 2015, las mujeres matriculadas en la educación superior fueron 782.102 (49,63%), mientras el total de hombres fue de 649.781 (41,23%) (MEN, 2016, p. 147), con una diferencia porcentual de 8,4%. Las graduadas fueron 102.200 (40%) y los graduados 76.179 (29,81%) (MEN, 2016, p. 147), la diferencia respecto a las mujeres fue de 10,1%.

En Latinoamérica una de las profesiones que en el pasado fue exclusivamente masculina fue el derecho, sólo hasta inicios del siglo XX aparecieron las primeras mujeres en las aulas universitarias: “En México, la primera mujer se graduó en derecho en 1898... en Brasil de 1907, había sólo 6 mujeres de un total de 2.481 estudiantes de derecho... En Venezuela la primera mujer se graduó en derecho en 1936” (Pérez, 2004, p. 148). En los años recientes la estadística es opuesta, debido a que las mujeres se han convertido paulatinamente en la mayoría de estudiantes en derecho, como es el caso de Colombia: “..., 45% de los estudiantes de jornada diurna son varones, el 54% son mujeres... La feminización de la educación jurídica... es evidente, lo que corresponde a los grandes progresos adelantados en materia de reconocimiento de los derechos sociales de las mujeres” (Silva, 2006, p. 75).

Este aumento de las mujeres en el contexto universitario ha llevado a que los trabajos calificados sean mayoritariamente femeninos, como lo exponen estudios estadísticos del DANE con la ocupación según el nivel educativo. Para el año 2019, con educación superior el 11% correspondía a las mujeres y el 7% a los hombres (DANE, 2020). Este predominio femenino se mantiene, incluso en la ocupación con posgrado, 5% para las mujeres y 3,2% para los hombres (DANE, 2020). Esto es claramente demostrable desde la estadística, pero no niega que se presenten otro tipo de diferencias con sus colegas masculinos, específicamente en lo que tiene que ver con salarios y cargos de dirección.

Un referente en el que se presenta esta diferencia económica es lo que ocurre con los profesionales del derecho, donde la mayoría de los magistrados de las Altas Cortes son hombres, pese a que son las mujeres quienes más se gradúan desde la década de los años noventa: “...hay una marcada concentración masculina en los salarios más altos o en los cargos más destacados. Así ocurre en el congreso, las altas cortes (con una concentración masculina especialmente marcada en la Corte Constitucional y en la Suprema)” (García & Ceballos, 2019, p. 111).

## CONCLUSIÓN

Merece reconocimiento el esfuerzo que ha hecho la mujer para que sus derechos no sean vulnerados y, por el contrario, sean reconocidos en su totalidad, tanto así que ha promovido a diversos sectores sociales e internacionales a que velen por el efectivo cumplimiento de sus derechos y garantías.

En cuanto al sector laboral también se pueden evidenciar los logros obtenidos al demostrar sus capacidades, dejando de lado la idea de que la mujer sólo debe desempeñarse en un ámbito hogareño. Cabe reconocer el trabajo que muchas organizaciones y entes internacionales han desarrollado para que esto sea posible, puesto que muchas de sus intervenciones han sido eficaces para reconocer la vulneración de los derechos laborales de la mujer y para protegerlos eficientemente.

A pesar de los innumerables esfuerzos para garantizar el cumplimiento efectivo de los de-

rechos de la mujer en el ámbito laboral, para que reciba salarios justos y se le garanticen su seguridad social y estabilidad laboral, esto no se ha logrado de forma eficiente, ya que aún prevalece la informalidad laboral.

Es evidente que los derechos laborales de las mujeres han sido parcialmente vulnerados por los Estados contemporáneos, a pesar de que el trabajo es un derecho fundamental de amplio reconocimiento por los entes internacionales que velan porque este derecho se proteja de una manera óptima.

## BIBLIOGRAFÍA

- Badilla, A. E. & Torres García, I. (2019) La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos y Prodeca. [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/4\\_sistema\\_regional/4.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/4_sistema_regional/4.pdf).
- Batthyany, K. (2020) Trabajo doméstico y trabajo de cuidados. <https://www.clacso.org/trabajo-domestico-y-trabajo-de-cuidados/>.
- Castells, M. (2011). Prefacio: Autocomunicación de masas y movimientos sociales en la era de Internet. Manuel Castells (UOC y University of California, Los Ángeles). *Anuario del conflicto social*, 1(1).
- Corte Constitucional (2021) Boletín 046. Corte Constitucional reconoce derechos laborales a modelo webcam. Corte Constitucional (2021). *Sentencia T- 109 de 2021*. M.P Alberto Rojas Ríos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021) Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_27\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020) Derechos laborales y sindicales estándares interamericanos. CIDH, USAID y PADF. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DerechosLaboralesSindicales-es.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2019). Caso Muelle Flores vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_375\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017). Caso Lagos del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017. [https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2021). Comunicado. Opinión consultiva sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, de 20 de julio de 2021. [https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_47\\_2021.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_47_2021.pdf).
- Departamento Nacional de Estadística (DANE) (2020). Participación de las mujeres colombianas en el mercado laboral. Comisión Legal para la Equidad de la Mujer. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/>

- genero/informes/Informe-participacion-mujer-mercado-laboral.pdf*.
- Díaz Ramírez, I.I. & Tapia Quevedo, J. (2016) Mujeres en la ciudad: propuesta de una agenda mínima de discusión. 21° Encuentro Nacional sobre Desarrollo Regional en México. Mérida, Yucatán. <http://ru.iiec.unam.mx/3406/1/248-Diaz-Tapia.pdf>.
- Daza, V. E. & Calderón Barona, J. (2018) Marketing de influencers: percepción de empresarios y consumidores frente a una propuesta publicitaria. Trabajo de fin de grado Universidad Autónoma de Occidente. <https://red.uao.edu.co/bitstream/handle/10614/10759/T08392.pdf;jsessionid=C5D75E520C0E62CD-71BEE7956AF9E3E1?sequence=5>.
- Fajardo Guevara, C. & Mesa Lorza, C. (2018) Trabajadoras 'sexcam' en Colombia: una impresión diagnóstica sobre la seguridad y salud. *Revista Colombiana de Salud ocupacional*, 8 (2), pp. 1-8.
- García Canclini, N. (2019). *Ciudadanos reemplazados por algoritmos*, Editorial Centro María Sibylla Merian de Estudios Latinoamericanos Avanzados en Humanidades y Ciencias Sociales, CALAS.
- García Villegas, M. & Ceballos Bedoya, M. A. (2019) *Abogados sin reglas. Los profesionales del derecho en Colombia: mucho mercado y poco estado*. Ariel.
- Hernández Sierra, E. (2018). Objetivos del desarrollo sostenible e igualdad de género: una perspectiva laboral. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 6 (4), pp. 24-44.
- Hernández Prados, M. A & Guillen, B. M. L. (2015) Responsabilidad familiar. ¿Una cuestión de género? *Revista de educación social*, 21 (1), pp. 28-44.
- Infante Blanco, A. & Martínez Licona, J.F. (2016). Concepciones sobre la crianza: el pensamiento de padres y madres de familia. *Revista Liber*, 22 (1), pp. 31-41.
- Ley N° 1413. *Diario Oficial* No. 47.890, 11 de noviembre de 2010. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=40764>.
- Llano Franco, J.V. (2017) *Constitucionalismo en América Latina, reto para la Justicia Constitucional*. En: Liliana Estupiñán Achury, Carlos Arturo Hernández, William Guillermo Jiménez (Editores Académicos) *Tribunales y Justicia Constitucional Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana*, Universidad Libre y Universidad de Bolonia, pp. 183-207.
- Mayorga, K. (2018) Igualdad de género en la educación superior en el siglo XXI. *Palermo Business Review*, 18 (1), pp. 137-144.
- Marchionni, M. Gasparini, L. & Edo, M. (2018) Brechas de género en América Latina. Un estado de situación. Banco de desarrollo de América Latina. <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1401/Brechas%20de%20genero%20en%20America%20Latina.%20Un%20estado%20de%20situacion.pdf>.
- Mertus, J. Butegwa, F. Thomas, D. & Schuller, M. (2000) *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://>

- [www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1825/derechos-mujeres-paso-a-paso-2000.pdf](http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1825/derechos-mujeres-paso-a-paso-2000.pdf).
- Ministerio de Educación Nacional (MEN) (2016). Compendio estadístico educación superior colombiana. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional. [https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-360739\\_recurso.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-360739_recurso.pdf).
- Montoya Ruiz, A. (2010) Mujeres y trabajo ¿Derecho u ocupación? Reflexiones sobre las implicaciones económicas y jurídicas del trabajo femenino en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40 (113), pp. 255-272.
- Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario (2018). Perfil actual de la informalidad laboral en Colombia: estructura y reto. <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Documentos/Reporte-LaboUR-Informalidad-Mayo-2018-PERFIL-ACTUA.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2018). Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_619603.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2018). La economía informal emplea más de 60 por ciento de la población activa en el mundo [Comunicado de prensa]. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_627202/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang-es/index.htm).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2018). Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_635149.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_635149.pdf).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019). Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_715183.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_715183.pdf).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2020). La situación de precariedad en las trabajadoras domésticas en América Latina y el Caribe se acentúa frente a la crisis de Covid-19. [https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS\\_747878/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_747878/lang-es/index.htm).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) (2020). Cuidados en América Latina y el Caribe en tiempos de Covid-19. Hacia sistemas integrales para fortalecer la respuesta y la recuperación. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45916/190829\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45916/190829_es.pdf).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2020). Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. <https://www.unwomen.org/es/csw>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2020). Información general. <https://onu.org.gt/onu-en-el-mundo/>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp).

- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_american\\_a\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_american_a_sobre_derechos_humanos.htm).
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1988). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) (2017). Mujeres rurales: luchando por lograr impactos transformadores de género. <http://www.fao.org/3/I8222ES/i8222es.pdf>.
- Pérez Perdomo, R. (2004) Los abogados de América Latina: una introducción histórica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Picón, L. N. (2013) La mujer y el trabajo. Un largo sendero hacia la equidad. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 1 (2), pp 1-30.
- Poncela García, M. (2019). Impacto de las tecnologías digitales en la transformación del comercio internacional. *Cuadernos de Información económica*. 268, pp. 65-76.
- Preukschat, A. (2018) *Blockchain: la Revolución Industrial de internet*, Editorial Paidós Empresa.
- Segato, R. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Editorial Traficante de sueños. [https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45\\_segato\\_web.pdf](https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf).
- Silva García, G. (2006). Prospectivas sobre la educación jurídica. La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de globalización. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp 29-101.
- Wajcman, J. (2012) TIC e inequidad: ¿ganancias en red para las mujeres? *Revista Educación y Pedagogía*, 24 (62), pp. 117-134.

# La adopción por familias monoparentales en las legislaciones de Colombia y México

## Adoption by single-parent families in the legislation of Colombia and Mexico

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9753>

### Resumen

Con el paso del tiempo la institución de la familia ha evolucionado, contemplando nuevos modelos de conformación, entre los que se puede visualizar la familia monoparental, constituida por un padre o una madre y su(s) hijo(s). En este artículo se hace un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos que regulan en materia de adopción en México y Colombia.

Se revisan las normas en materia de adopción para establecer si son inclusivas de la familia monoparental, en relación con la prevalencia del interés superior del niño y los derechos fundamentales que les asisten. Teniendo en cuenta que los diversos ordenamientos jurídicos deben propender por la búsqueda de la igualdad, el reconocimiento de las garantías mínimas de los niños y la inclusión de nuevos modelos de familia, reconocidas internacionalmente.

Este artículo, producto de una investigación de tipo jurídico y nivel evaluativo, con un método deductivo, avala la existencia de una primacía del interés superior del menor, los derechos fundamentales y la protección de la familia como cimiento fundamental de toda sociedad, en relación con los supuestos normativos aplicables a la adopción en Colombia y México.

**Palabras clave:** Familia, niños, interés superior del menor, hijo, adopción, soltero.

### Abstract

Over time, the institution of the family has evolved, contemplating new conformation models, among which the single-parent family can be seen, made up of a father or a mother and their child(ren). This article makes a comparative analysis between the legal systems that regulate adoption in Mexico and Colombia.

The rules on adoption are reviewed to establish whether they are inclusive of single-parent families, in relation to the prevalence of the best interest of the child and the fundamental rights that assist them. Taking into account that the various legal systems should promote the search for equality, the recognition of the minimum guarantees of children and the inclusion of new family models, internationally recognized.

This article, the product of a legal investigation and evaluative level, with a deductive method, supports the existence of a primacy of the best interests of the minor, the fundamental rights and the protection of the family as the fundamental foundation of any society, in relation to the regulatory assumptions applicable to adoption in Colombia and Mexico.

**Keywords:** Family, kids, best interests of the minor, child, Adoption, single.

### Vera Judith Villa Guardiola

Abogada. Psicóloga. Doctora en Derecho y globalización (UAEM), Docente y Miembro del Núcleo académico básico de la maestría en derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México (SNI-C). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3222-3375>. [veraguardiola@uagro.mx](mailto:veraguardiola@uagro.mx).

### Ángela Patricia Gallego Betancur

Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1572-9879>. [21437793@uagro.mx](mailto:21437793@uagro.mx).

### José Antonio Soto Sotelo

Abogado. Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Estado y del Derecho. Especialista en Derechos Humanos y Cultura de Paz (Universidad de la Mancha) y Maestro en Derecho Público (UAGro). Miembro de la liga mundial de abogados ambientalistas, miembro del Colegio de Abogados "Vicente Guerrero Saldaña", miembro del Sistema Estatal de Investigadores del Consejo de Ciencia y Tecnología e Innovación del estado de Guerrero. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9898-5482>. [11461@uagro.mx](mailto:11461@uagro.mx).

### Cómo citar:

Villa, V. J., Gallego, A. P. & Soto, J. A. (2022). *La adopción por familias monoparentales en las legislaciones de Colombia y México*. *Advocatus*, 19(38), 177-189. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9753>



### Open Access

### Recibido:

3 de marzo de 2022

### Aceptado:

23 de mayo de 2022

## METODOLOGÍA

Esta es una investigación jurídica que se desarrolla en el nivel evaluativo, en la que se emplearon los métodos deductivo y comparativo, teniendo en cuenta que a partir del análisis de la situación contextual y del estudio de los ordenamientos jurídicos de Colombia y México en materia de adopción y familia, se pudieron establecer sus diferencias, así como sus niveles de evolución, para identificar los obstáculos e ineficacia en la aplicación de normas en materia de adopción.

Las técnicas implementadas en este proyecto son la observación y la compilación bibliográfica, mediante la elaboración de un fichero de investigación, en el que se compilan las normativas existentes en el ordenamiento jurídico que regula el tema de la adopción en Colombia y México.

Con esta evaluación de carácter normativo se pretende dar solución a una problemática social que aqueja a todos los países, con el único objeto de presentar posibles contradicciones jurídico-constitucionales en la normatividad y el procedimiento de adopción y sus posibles soluciones, en procura del interés superior del menor, mediante la identificación de los obstáculos que eventualmente se presentan en el proceso de adopción implementado en los países referenciados.

El carácter evaluativo empleado en esta investigación, de acuerdo con Ruthman (1977) se evidenció en “el proceso de aplicar procedimientos científicos para acumular evidencia

válida y fiable sobre la manera y grado en que un conjunto de actividades específicas produce resultados o efectos concretos”. Procedimiento que se llevó a cabo para corroborar que efectivamente existe un contraste entre la normatividad existente y los derechos fundamentales de los sujetos de adopción, debido a la imposibilidad constituida por el legislador de adoptar por carencia de matrimonio o unión libre de dos personas.

## INTRODUCCIÓN

La adopción es una figura legal, legitimada por un ordenamiento jurídico y respaldada por diversos países. Se imparte como una forma de protección a los menores desamparados y consiste en prohijar como hijo a quien no lo es, para la conformación de una familia.

La figura de la adopción no es reciente, data de tiempos remotos, correspondientes a la edad antigua, antes de cristo. Con el surgimiento del pueblo griego tomó gran fuerza, de ahí que haya sido expuesta a constantes regulaciones, debido a los cambios sociales paradigmáticos y a las consiguientes adaptaciones del sistema jurídico frente a las nuevas y mutantes realidades sociales, registradas siempre por la sociología jurídica.

La adopción se origina en la costumbre y el derecho romano, donde se reguló bajo dos formas: la primera se denominó adrogatio y consistía en que sólo podían ser adoptados los hombres libres, impidiéndose a las mujeres y los declarados en interdicción. La segunda

forma se denominaba *adoptio*, y aplicaba para individuos constituidos en potestad.

Según algunos autores, su origen fue la India con la Ley de Manú. Otros sostienen que su verdadero origen deviene de los pueblos de Babilonia y se refrendó a través del antiguo código de Hamurabi. El artículo 185 de este Código contemplaba que: “Si se tomaba un niño en adopción, como si fuera hijo propio, dándole su nombre y se criaba, no podría ser reclamado (por sus parientes)”.

Con el paso del tiempo y los diferentes contextos sociales, la transformación de los modos de constituir familia ha ido cambiando o matizando la figura jurídica de la adopción, teniendo en cuenta que por la naturaleza de su creación, es a través de ésta que se puede procurar un hogar a un menor desamparado, carente de afecto, orientación y manutención, entre otras adversas circunstancias de vida.

En Colombia, desde cuando se estableció como república unitaria en 1887, se adoptó el Código Civil que asume figuras y criterios similares al Código Civil chileno de la época. La ley civil definió la adopción como: “el pro-hijamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza” (Dájer, 1958, p. 53).

Con esta definición es posible visualizar varios elementos relevantes en esta figura jurídica. En primer lugar, la voluntad de querer integrar un hogar con una persona a quien se le denominará como hijo sin serlo

por naturaleza y el acogimiento y protección brindada a esa persona carente de hogar. Estos son elementos que a todas luces son el objetivo que deben perseguir los pilares estatales y la normatividad establecidos y contemplados a la hora de crear y poner en funcionamiento esta figura por parte del ente estatal encargado.

Con el Decreto 2737 de 1989 se expidió el Código del Menor, por medio del cual se sustrajo de la normatividad civil el tema de la adopción y se definió en los siguientes términos: “Artículo 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”

En ese mismo sentido, y partiendo de que la normativa contempla una medida de protección a la creación de un vínculo filial, se estipulan como precedente las personas aptas para poder adoptar en Colombia, señalando que debe ser una persona capaz en todas las esferas humanas, es decir, en la esfera física, mental, moral y económica. En consonancia, el artículo 89 contempla que:

“Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente”.

Mediante la Ley 1098 de 2006 se expidió el Código de la Infancia y Adolescencia, la cual reguló, modificó, adicionó y derogó algunas disposiciones que regulaba el Decreto 2737. En materia de adopción, se mantiene incólume la medida de protección brindada bajo esta figura jurídica, así como su irrevocabilidad. El artículo 61 define la adopción así :

“La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Así mismo, la norma contempla que son aptas para adoptar las personas legalmente capaces, en todas sus esferas, con el fin de propiciar un bienestar al menor en el marco de un hogar adecuado para su desarrollo (artículo 68).

*“Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.” Podrán adoptar: **1. Las personas solteras.** 2. Los cónyuges conjuntamente. 3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años...”* (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Por su parte, la Constitución Política de Colombia, artículo 42, hace alusión a la familia

como : “El núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

Si bien es cierto que la familia ha evolucionado en su estructura y estos cambios no han sido incorporados en la carta constitucional, también es cierto que es obligación del Estado salvaguardar esta institución y brindar protección integral a la familia y, en consecuencia, para cumplir estos fines esenciales el Estado ha creado leyes, decretos y ordenanzas en materia de adopción, incluyendo los nuevos modelos de familia, sin rezagarse a los nuevos cambios sociales.

En México, la regulación en materia de adopción se estableció a partir de 1917, en el gobierno de Carranza, quien promulgó la Ley de relaciones familiares: “Artículo 220. Adopción es el acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él, todos los derechos que un padre tiene y contrayendo las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural”.

Por su parte, el Código Civil Federal de 1928 estableció algunos antecedentes notorios, entre los cuales incluyó la adopción de mayores de edad, bajo la salvedad de que el padre adoptante tuviera 17 años más que el adoptado:

Los mayores de cuarenta años, en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o a un incapacitado aun cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica para éste. (Congreso del Estado de Guerrero, 2018)

Sin embargo, prevalecía una tendencia que hoy consideraríamos un tanto denigrante hacia quienes adoptaban y hacia los que eran adoptados (Muñoz, 2018:17)

El Código Civil Federal de México ha incluido nuevos temas en sus postulados, en razón del Convenio de La Haya sobre la protección de menores, celebrado en 1994, en virtud del cual se implementó correlativamente y en un solo texto la adopción plena, simple y la internacional.

Si bien en México no existe una ley que armonice la figura de adopción con los cambios sociales y estructurales de la familia para todos los estados del país, sí existe una definición clara en cuanto a los preceptos y prevalencia familiar. En ese sentido, el artículo 4 Constitucional federal contempla que: “La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

Teniendo en cuenta que cada estado mexicano tiene su propia soberanía e independencia legislativa en ciertas materias, entre ellas la familiar, se evidencia que algunos estados carecen de ciertas modificaciones en su orde-

namiento jurídico, resultado de la evolución social en el campo de la familia.

Para esta investigación se tomó como punto de referencia la normatividad del estado de Guerrero, ya que en su normativa familiar, exactamente en el libro segundo, se considera que:

En materia de familia se propone al Estado como agente directo en el fortalecimiento del núcleo familiar. Se reconoce así que familia, Estado y Comunidad son organizaciones dependientes entre sí, de tal suerte que cada una de ellas representa la unidad y el total de la sociedad; en cada una se encuentran las demás y todas ellas existen en función de la convivencia, considerada como un fenómeno social básico, característico del ser humano. (Código Civil para el estado libre y soberano de Guerrero, 1993)

En el capítulo III del Código Civil para el estado de Guerrero (1993), dedicado a la adopción plena, en el artículo 572 se establece que únicamente pueden adoptar: “I. Los cónyuges o concubinos mayores de treinta años de edad, con más de cinco años de unión, no separados de cuerpo judicialmente o de hecho; y II. Uno de los cónyuges, cualquiera que fuere su edad, cuando trate de adoptar al hijo o hijos de otros”.

Así mismo, el artículo 581 establece que “El vínculo de adopción plena será constituido por sentencia dictada por el juez competente, después de que los adoptantes hubieren teni-

do bajo su guarda al adoptado, por periodo no menor de un año”.

Seguidamente, el artículo 586 establece que “Ejecutoriada que fuese la sentencia que declare a adopción plena, quedarán extinguidos todos los vínculos con la familia de origen del menor, con excepción de los impedimentos para el matrimonio derivados del parentesco”.

De estos preceptos normativos se evidencia que únicamente pueden adoptar los cónyuges o concubinos, las personas solteras no pueden construir una familia monoparental, claramente reconocida dentro del ordenamiento jurídico.

Al realizar un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos de Colombia y México en materia de familia y adopción, se tiene que a pesar de que de los cambios sociales que abren paso a nuevas estructuras de familia como cimiento fundamental de toda sociedad surgen en el ámbito internacional, algunos sistemas se encuentran rezagados a esta aceptación y, por ende, al reconocimiento de nuevos hechos generadores de efectos jurídicos, quedando las instituciones jurídicas creadas por el Estado para la creación de familia carentes de los pilares esenciales que persiguen estos fines y de la prevalencia de las garantías constitucionales correspondientes.

Mientras en Colombia la Ley 1098 de 2006 contempla la adopción en personas solteras, reconociendo de esta manera las familias monoparentales, en algunos estados mexicanos este tipo de familia no se toma en cuenta.

De la normativa citada del estado de Guerrero se observa la falta de reconocimiento a nuevas formas de familia, nuevos derechos y nuevas oportunidades de hogar, y diversos factores de conculcación, como la tardanza en los trámites para la designación del adoptado y el ocultamiento de la verdad para conocer sus raíces, debido a que se da una extinción de todo vínculo con la familia biológica o de origen del menor.

En Colombia, se exige de manera explícita o taxativa que los padres adoptantes demuestren idoneidad y capacidad en todas las esferas humanas, mientras que en México no existe un precepto análogo, pese a que se constituye en un principio relevante que permite, de manera significativa, garantizar una adecuada forma de prohijar a un menor de edad, en un margen de bienestar emocional, mental, moral, afectivo y económico que permita el desarrollo integral y libre de su personalidad, en un entorno de calidez humana.

El hecho de que una familia esté integrada por dos personas, mujer y hombre, en matrimonio o en unión libre, no es indicativo suficiente para establecer, con fines de adopción, que son idóneos y capaces desde las esferas mentales, físicas y socioeconómicas para brindar estabilidad, desarrollo y vida en condiciones de dignidad a un menor de edad, en prevalencia de su interés superior y las garantías constitucionales mínimas que les asisten. Alguna alteración en los elementos mencionados pondrían en peligro la integridad del menor.

Considerando la relevancia y protección que el derecho le otorga a la institución de la familia a través de la normatividad de los Estados, al realizar una comparación entre las regulaciones de Colombia y México se denota que la figura jurídica de la adopción, como medio para construir familia, está en contravía con el interés superior del niño y de los derechos fundamentales que le asisten, en especial el de tener una familia, un techo y las condiciones mínimas de desarrollo en óptimas condiciones.

Para entender el alcance de la familia monoparental, objeto de este estudio, se hace necesario abordarla desde sus orígenes, de ahí que sea preciso retomar el estudio desde el periodo histórico de la modernidad, en el que se dio inicio al fenómeno de segmentación a la institución familiar, incluyendo cambios significativos en la posicionada familia matrimonial, perdiendo su posición dominante en la sociedad actual.

Es evidente que las grandes transformaciones sociales que devienen de la sexualidad, las formas de procrear, de convivir y de ver la vida han traído cambios significativos que cuestionan la existencia de una familia. Lo que para muchos, desde una perspectiva conservadora, se considera como una crisis, para otros sería la apertura a nuevos cambios.

Los cambios no son sinónimo de crisis ni indicativos de desaparición paulatina de la familia, pero se deben tener en cuenta como precedentes o movimientos sociales que involucran la inclusión de nuevas ideologías y

herramientas sociales que llevan a la construcción de familias soportadas en la diversidad, heteronomía característica del periodo histórico de la posmodernidad.

Si bien la aparición de la familia monoparental no desplaza la construcción tradicional de familia, sí tiene gran posición en esta época, dado que en la actualidad las mujeres y los hombres solteros aspiran a tener hijos y formar un hogar sin estar casados o en unión libre, denominada en México concubinato.

Esta figura no es reciente, ha ido inmiscuyéndose y homologándose en la sociedad de manera paulatina, con un crecimiento constante desde su formación. Este tipo de familia ha tratado de romper los paradigmas tradicionales de un hogar tradicional, constituido por un hombre y una mujer que deciden tener un hijo, postura arraigada que ha permeado una limitante para la aceptación de la formación de un núcleo familiar a partir de un solo padre o madre con su respectivo hijo.

La conformación de la familia monoparental no ha tenido el mismo nivel de aceptación y posicionamiento que la familia tradicional, tan reconocida y posicionada como lo legitima la Constitución colombiana en el artículo 4º, definiendo a la familia como la construida por un hombre y una mujer.

A pesar de esto, no se puede desconocer que el monoparental es un nuevo modelo de familia que ocupa un lugar muy importante, socialmente hablando, y que ha sido ampliamente

reconocido desde la esfera judicial. Para ampliar la percepción de este nuevo modelo se hace necesario abordar su definición y las particularidades que le dan origen.

Navarro (2015) define este tipo de familia como aquella en la que sólo hay una cabeza responsable, que por diversas circunstancias le hacen asumir este rol. En ese orden de ideas, la expone en los siguientes términos:

Es aquella unidad familiar en la que una madre o un padre vive con sus hijos. En otras palabras, hay un cabeza de familia que es el responsable de los hijos. Esta modalidad puede suceder por motivos muy diversos: por la defunción de uno de los progenitores, por tratarse de una madre soltera, por la separación de los padres, cuando un hombre soltero decide adoptar a un niño, una situación en la que un progenitor se ve obligado a emigrar dejando a sus hijos al cuidado del otro progenitor o en aquellos casos en los que legalmente un padre pierde la custodia de sus hijos (subrayado y negrilla fuera del texto).

En igual sentido, se indica que debido a la falta de reconocimiento pleno a este nuevo modelo de familia se encuentra desprotegida y carente, en muchas ocasiones, de algunos beneficios que ofrecen los Estados.

El hecho de que un progenitor sea el cabeza de familia tiene una serie de implicaciones sociales, económicas y emocionales. Desde un punto de vista social, en algunos casos las madres solteras se encuentran desprotegidas

en su entorno personal y laboral. La familia monoparental supone normalmente unos ingresos más reducidos. Desde el punto de vista afectivo, no tiene por qué haber ningún problema, pero un niño puede echar de menos a la figura paterna o materna. Estas circunstancias hacen que en algunos países se promuevan ayudas económicas y sociales para estas familias. Y para que las ayudas sean efectivas es necesario el reconocimiento legal de familia monoparental. (Navarro. 2015)

Por otra parte, en búsqueda de una igualdad efectiva diferentes tribunales han tomado decisiones significativas para reconocer la familia monoparental, entre los que se encuentra el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sala social), que mediante Sentencia N° 1217 del 6 de octubre de 2020, en la que funge como Magistrado Ponente el Dr. Florentino Eguaras Mendiri, se estipula que:

VIII. Pasajes decisivos Llega a decir el Tribunal que, en la redacción del art. 48 TRET: Se ha pretendido una igualdad entre el hombre y la mujer, pero se ha introducido una nueva brecha que nos sitúa no ante el techo de cristal sino ante el suelo pegajoso y ante una concepción de la igualdad funcionalista que obvia el que las distintas manifestaciones de la misma se desarrollan dentro de los hábitat o estructuras sociales. Es por ello que los hogares monoparentales, e indirectamente la mujer, queda discriminada. También estos hogares monoparentales no tienen justificación de recibir un trato en su entorno dispar, pues el estado civil de una persona se intro-

duce como un elemento fundamentalmente determinante de una situación de facto, como son solteros, viudas, o en ruptura matrimonial frente a los que presentan una situación de matrimonio o unión. (...) los derechos de conciliación y vida familiar reciben un trato dispar entre personas que, partiendo del mismo supuesto, integración de la dinámica de producción en la reproducción, quedan protegidas en mayor forma que al integrarse en dinámicas de familia monoparental. (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 2020)

En esta providencia se resalta la lucha constante de los países por el reconocimiento de los hogares monoparentales, que como la mujer han quedado discriminados en lo que respecta a los derechos de la familia, laborales y sociales.

Internacionalmente la familia monoparental ha alcanzado un amplio reconocimiento a través de los distintos tribunales que han fallado en torno a este modelo. Cabe resaltar que estos derechos sólo se han adquirido por vía judicial, llegando incluso a formar parte importante de la jurisprudencia nacional en Colombia, México y otros países.

Por otra parte, se evidencia que la familia no está debidamente contextualizada en ninguna constitución latinoamericana, corresponde a la jurisprudencia abordar esta figura, tan cambiante y valiosa dentro de la sociedad, dando un alcance jurisprudencial y aplicabilidad al bloque de constitucionalidad. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de México ha

desarrollado una clara posición frente a la diversidad de las formas de familia existentes]:

Sin embargo, y a pesar de la existencia de estas normas constitucionales expresas, lo cierto es que la familia no ha sido conceptualizada claramente en ninguna de las constituciones de América Latina, tanto históricas como vigentes. Se trata, en consecuencia, de nociones implícitas que se derivan tanto de las normas constitucionales directas, como del bloque de constitucionalidad más amplio de cada sistema jurídico.

Así, las cortes constitucionales de la región han ido desarrollando una progresiva jurisprudencia respecto a las nociones implícitas de la familia que se derivan del texto constitucional. En este sentido, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN) ha apelado a la diversidad o pluralidad de posibles formas familiares actuales, evitando reducir la interpretación sobre la protección constitucional de la familia a un modelo funcional: aquella familia constituida por padre, madre e hijos, y normalmente asociada a la existencia previa de un matrimonio. Como ha indicado la SCJN: si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, **por ende, tal protección debe cubrir todas**

sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar (subrayado y negrilla fuera del texto). (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020)

Retomando el tema de la adopción, se colige que por obvias razones el desarrollo y evolución a estas instituciones en ambos paisajes normativos es netamente jurisprudencial. En ninguna de las constituciones de los países bajo estudio se trae a colación taxativamente la diversidad familiar, en ambas se mantiene la estructura de familia tradicional, que involucra la existencia de un hombre y una mujer para su construcción.

No obstante, a partir del desarrollo jurisprudencial, en aras de la protección de estas familias, es posible ver que en Colombia se incluye o se acepta la adopción de personas solteras. Por el contrario, aunque en México se le ha dado reconocimiento a esta familia por vía jurisprudencial, algunos estados continúan rezagados de los nuevos postulados inclusivos de la diversidad familiar en materia de adopción.

Al efectuar el estudio comparativo de Colombia y México, se pretende hacer una propuesta que permita una adecuación normativa respecto al reconocimiento de nuevas formas en el tema de adopción. Esto puede lograrse a

partir de un estudio minucioso de los aspectos constitucionales que están siendo vulnerados, en la aplicación de la normatividad y los procedimientos de adopción, estableciendo las causas, las medidas adoptadas y los obstáculos que impiden la adopción en un tiempo razonable, sin exclusión de personas solteras que anhelan la conformación de una familia monoparental.

La propuesta se hace con sujeción a los derechos fundamentales de los niños, el interés superior del menor y los fines esenciales del Estado, específicamente en lo que respecta a la creación de la familia como cimiento fundamental de la sociedad.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se evidenció que existe una conculcación a los derechos fundamentales y a los fines perseguidos por los Estados respecto a la creación de familia y el interés superior del niño. Ya que en algunos estados de México se desconocen el reconocimiento a la adopción plena por personas solteras y se las diversas formas de familia existentes, entre las que se encuentra la familia monoparental (EcuRed, *s.f.*), situación que no ocurre en Colombia a pesar de que en su Constitución no se deja por sentado tal reconocimiento.

Resultaría idóneo brindar agilidad en el proceso de adopción, así como extender a las personas solteras la posibilidad de formar parte de los posibles adoptantes,

quienes deben demostrar idoneidad y capacidad en todas las esferas humanas, es decir, en la esfera psíquica, emocional, física y económica que permitan el cuidado integral del menor.

Se debe dar prioridad a la protección del niño desamparado y asegurar el derecho que le asiste a tener una familia, como lo establece la legislación familiar tanto en Colombia como en México, bajo un modelo de inclusión a la diversidad familiar, encaminado a la promoción de los derechos humanos en la sociedad.

Se recomienda equiparar las normas en los estados rezagados, reconociendo la inclusión de nuevas formas de familia para la procedencia de la adopción, bajo un esquema de agilidad e inclusión con miras a garantizar el cumplimiento del interés superior del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

- Badilla, (2006). Fundamentos del paradigma cualitativo en la investigación educativa. *Revista de Ciencias del Ejercicio y la Salud*, 4(1). En file:///C:/Users/Sala%20de%20Maestros/Downloads/Dialnet-FundamentosDelParadigmaCualitativoEnLaInvestigacio-4790881.pdf.
- Ballester, P.I. (2021). *Revista de Jurisprudencia Laboral* 1(21). Catedrática de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad Jaume I de Castellón. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001184](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001184).
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero. (1993) libro segundo.
- Congreso del Estado de Guerrero. *Diario de los Debates N° 28*, p. 17. Diputada María Verónica Muñoz Parra, 4 de diciembre de 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4°.
- Constitución Política de Colombia en <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-42#:~:text=Art%C3%ADculo%2042,protecci%C3%B3n%20integral%20de%20la%20familia>.
- Dájer, G. (1968). La adopción. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá: Ed. Carbel.
- Di Nell (2018). Familias monoparentales y responsabilidad parental. Diposit Digital. Universidad de Barcelona, tesis doctoral 10 de octubre. file:///C:/Users/Acer/Downloads/DINO%20DI%20NELLA\_TESIS%20(1).pdf.
- Decreto 2737 de 1989 en [https://www.oas.org/dil/esp/decreto\\_2737\\_de\\_1989\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/decreto_2737_de_1989_colombia.pdf).
- EcuRed. (s.f.). Familia Monoparental. Recuperado de: [https://www.ecured.cu/Familia\\_Monoparental](https://www.ecured.cu/Familia_Monoparental)
- Estrada (s.f.). Ley sobre relaciones familiares. Secretaría de Estado y Despacho de Justicia, publicación oficial, Tomo LXXXIV, N° 3, compaginado especial. <http://www.notaria232df.com/leyes-nacionales/ley-sobre-relaciones-familiares-1917/>.
- Gutiérrez (2021). Adopción, el tema olvidado que deja en el abandono a los niños y niñas de México. *Cuestione*, México.

- Gómez (2019). 30 mil niños esperan ser adoptados en México. Bbmundo, México.
- Hernández (2016). La modernidad líquida [Reseña del libro *Modernidad líquida* de Bauman, Zygmunt], Política y cultura, México, (No. 45), pp. 279-282. En [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-7742016000100279](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-7742016000100279).
- Lacavez B. (2004). . La patria potestad es de mejor calidad que la adopción para efectos de migración. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Laguna (2016). Crítica a los conceptos homoparentalidad y familia homoparental: alcances y límites desde el enfoque de las relaciones y vínculos parentales de las personas de diversidad sexual. *La ventana. Revista de estudios de género*, (5) 43, Guadalajara, ene-junio. En [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-94362016000100007#aff](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362016000100007#aff).
- Ley 1098 de 2006 en [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_de\\_la\\_infancia\\_y\\_la\\_adolescencia\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf).
- Martínez, V. (2019). La vulneración de las familias monoparentales en la adopción de niños, niñas y adolescentes. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas Universidad Católica de Santiago de Guayaquil <http://201.159.223.180/bitstream/3317/13077/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-367.pdf>.
- Navarro, J. (2015). Definición de Familia Monoparental. Recuperado de: <https://www.definicionabc.com/social/familia-monoparental.php>
- Ojeda (2013). Estudio sobre el funcionamiento familiar en familias nucleares biparentales y familias nucleares monoparentales. Universidad del Bío-Bío, Facultad de Educación y Humanidades, Escuela de Psicología, Chillán, Chile. En: [http://repositorio.ubiobio.cl/jspui/bitstream/123456789/330/1/Ojeda%20Silva\\_Yoselyn.pdf](http://repositorio.ubiobio.cl/jspui/bitstream/123456789/330/1/Ojeda%20Silva_Yoselyn.pdf).
- Orta (2013) La adopción en México. *Revista de Derecho Privado*, 3, Revistas Jurídicas UNAM. En <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/viewFile/9009/11059>.
- Regil (2013). Los mitos y realidades de la adopción. *El financiero*, México, 19 de abril.
- Ruthman (1977). Evaluation Research Methods: a Basic Guide, Sague, Apud. Alvira Martín, Francisco, "Investigación evaluativa: una perspectiva experimentalista". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 29, pp. 129-141. Oct-dic. 1985
- Ruiz (2006). Historia y evolución del pensamiento científico. México, p. 128. En <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007a/257/#indice>.
- Rosser, Moya (2001). Familias monoparentales e idoneidad para la adopción. *Intervención Psicosocial*, 10(2), pp. 209-220. España. En: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/social/76939.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020) Dirección General de la Coordinación de la Compilación y Sistematización de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Na-

ción. Ministro Arturo Zaldívar Lelo, 1ra edición, Ciudad de México, 412 pp.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (sala social). Sentencia N° 1217 del 6 de octubre de 2020. Magistrado Ponente Dr. Florentino Eguaras Mendiri.

Zárate (2016). Reseña de Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 17, julio-diciembre En: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5822/7696>.





# ADVOCATUS



## ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN



# Aproximación a la historia de la sexualidad en el mundo occidental desde la modernidad<sup>1</sup>

## Approach to the history of sexuality in the Western world from Modernity

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9754>

### Resumen

En este artículo se hace un análisis histórico de los aspectos teóricos y sociales más representativos de la sexualidad en occidente desde la modernidad, como base para entender de forma general los procesos y las dinámicas actuales de este tema, así como su importancia y repercusión social, política, de salud pública, económica y para el ejercicio de la ciudadanía. Este documento se construyó como parte de la investigación “Análisis de la producción académica sobre representaciones sociales de la sexualidad en Colombia 2000-2020” (2022), a partir de una revisión documental que incluyó libros, artículos de investigación de revistas indexadas y notas de prensa. El estudio se hizo con base en las disciplinas, campos del saber y orientaciones temáticas de dichos textos y a partir de los enfoques teóricos y metodológicos propuestos por los autores. Los principales resultados se enmarcan en la evolución teórica del concepto de sexualidad y en los cambios sociales, políticos y en materia de salud que se han gestado desde la modernidad y que se han traducido, principalmente en el siglo XX, en diversos movimientos que buscan la reafirmación de derechos, el reconocimiento del papel de la mujer en el desarrollo social, la inclusión de las poblaciones sexualmente diversas, como agentes activos, y las identidades de género como base para la igualdad.

**Palabras clave:** Sexualidad, modernidad, historia, género, teoría sexual.

### Abstract

This article makes a historical analysis of the most representative theoretical and social aspects of sexuality in the West since modernity, as a basis for a general understanding of the current processes and dynamics of this topic, as well as its importance and social repercussion. political, public health, economic and for the exercise of citizenship. This document was built as part of the research “Analysis of the academic production on social representations of sexuality in Colombia 2000-2020” (2022), based on a documentary review that included books, research articles from indexed journals, and journal notes. press. The study was made based on the disciplines, fields of knowledge and thematic orientations of said texts and from the theoretical and methodological approaches proposed by the authors. The main results are framed in the theoretical evolution of the concept of sexuality and in the social, political and health changes that have taken place since modernity and that have resulted, mainly in the 20th century, in various movements that seek the reaffirmation of rights, recognition of the role of women in social development, the inclusion of sexually diverse populations as active agents, and gender identities as the basis for equality.

**Keywords:** Sexuality, modernity, history, gender, sexual theory.

### Wilmar Alexander Martínez Hincapié

Historiador. Estudiante de Maestría en Desarrollo Social de la Universidad del Norte.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9468-4225>.  
[wmartinezh@live.com](mailto:wmartinezh@live.com).

### Cómo citar:

Martínez, W. A. (2022). *Aproximación a la historia de la sexualidad en el mundo occidental desde la modernidad*. *Advocatus*, 19(38), 193-206. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9754>



### Open Access

### Recibido:

30 de mayo de 2021

### Aceptado:

16 de noviembre de 2021

<sup>1</sup> Este documento constituye el marco de referencia histórica de la investigación documental “Análisis de la producción académica sobre representaciones sociales de la sexualidad en Colombia, 2000-2020”.

## INTRODUCCIÓN

Aunque la sexualidad como categoría conceptual y constructo teórico remite a la modernidad, hay evidencias de que desde la prehistoria cada cultura ha representado comportamientos, pensamientos y conocimientos relacionados con el sexo y con los roles o funciones que hombres o mujeres deben adoptar en cada sociedad, comunidad o momento (Montejo, 2012). En ese sentido, y dentro de la lógica del construccionismo social, la sexualidad debe analizarse como una construcción histórica que no es estática o aplicable de igual manera en todos los momentos o espacios y que “adopta sus particularidades dependiendo del contexto de vida en que sucede...”, para asignar significados a cada cultura en sus procesos de construcción social.

Martínez y Limón (citados por Montejo, 2012) consideran que la sexualidad en un proceso cultural “proporciona no sólo las normas y los comportamientos sino los estímulos y los (elementos) satisfactorios”, lo que explicaría por qué las sociedades humanas no sólo ejercen prácticas sexuales orientadas a la reproducción sino al placer y al ejercicio del poder (Foucault, 2011), que repercuten en la dinámica sociocultural de cada grupo o comunidad humana, lo cual se evidencia principalmente desde la “edad moderna”, cuya definición temporal no es precisa, pero marca un momento “bisagra” que permitió la formación de “la conciencia de una nueva época”, mediante el distanciamiento de los valores antiguos y la identificación con los nuevos

principios basados en el conocimiento y el avance social y moral (Habermas, 1985).

Una forma de entender cómo la historia de los seres humanos ha estado transversalizada por la sexualidad puede verse desde los primeros mitos de la creación que dan origen a las grandes civilizaciones. Un ejemplo es *El banquete de Platón* (Velázquez, 2002), en el que la sexualidad está presente como germinadora de la vida y, a la vez, destructora de ella. De igual manera, el estudio de las culturas desde la prehistoria (principalmente el paleolítico) dan cuenta de representaciones humanas, principalmente a través del arte rupestre y estatuillas de mujeres, que demuestran el interés de los ancestros por los caracteres sexuales (Angulo, Equizábal y García, 2008) y retratan momentos y prácticas basadas “no sólo en lo reproductivo sino también en el gozo y el placer y en la exploración de lo sexual”.

En el libro *El sexo social*, Carbonell (2020) asegura que en la especie humana el sexo siempre ha sido “un factor básico para hacer crecer nuestra sociabilidad”, lo que reafirma que las relaciones sexuales y la sexualidad han variado y seguirán variando de una cultura a otra, condicionadas por sistemas religiosos, morales, políticos y económicos, que a la vez crean censuras, tabús, libertades u otros factores que dependen de la sociedad que se estudie (Montejo, 2012). Esto reafirma su carácter histórico y la necesidad de valorarse como elemento de desarrollo social.

## SEXUALIDAD: DE LA MODERNIDAD A LO CONTEMPORÁNEO EN OCCIDENTE

Aunque la herencia del predominio religioso (judío-cristiano) en occidente asoció el sexo con pecado y ancló esta asociación a la mentalidad colectiva, las nuevas circunstancias que marcaron el inicio de la modernidad (capitalismo, industrialización) propiciaron un cambio que se manifestó, a partir del siglo XVII, con el nacimiento de nuevas ciencias para convertir a la sexualidad en un conocimiento y en una nueva forma de control social mediante su “normalización” (Foucault 2000), pasando de confesar con el sacerdote a conversar con el médico, el pedagogo o el psiquiatra, convirtiendo la confesión en una “forma científica”, cuya finalidad es la misma: “hacer hablar” sobre el sexo y “producir discursos verdaderos”, que desde el siglo XVIII se centraron en el análisis del cuerpo femenino, la “pedagogización del sexo del niño”, la “socialización de las conductas procreadoras” y la “psiquiatrización de los placeres perversos” (Foucault, 2011).

Esta apuesta, denominada por Foucault como “dispositivo de sexualidad”, estaría ligada, según Elliot (2009), a los nuevos estados o “sociedades disciplinarias” que promulgaban la protección de la vida y su cuidado en la nueva lógica económica de producción y consumo. Para Elliot, esto muestra que la sexualidad está “intrincadamente ligada al avance de los sistemas de poder y dominación”. Lo que originó necesariamente un cambio discursivo

desde las ciencias que buscaban la “verdad” y el control de los individuos. En este sentido, Foucault (2011) propone un paso del sexo como pecado al sexo como patología, lo cual indujo inicialmente a su medicalización y a cierto grado de criminalización, principalmente desde las “clases pudientes”, por intereses de “imagen”, de continuidad de linajes o por evitar malformaciones derivadas del onanismo, la histeria, la sodomía o el incesto. De acuerdo con Foucault (2011), con los “avances” en el tratamiento de la histeria en el siglo XIX se empezó a dar relevancia a la sexualidad femenina, lo que sirvió para nuevos enfoques y empezó a generar cambios discursivos, incluso durante la Era Victoriana (1837-1901), reconocida como una época “donde la sexualidad es cuidadosamente encerrada” y reprimida desde las disposiciones legales y desde los presupuestos sociales que pretendían la “normalización” de las clases populares.

El “victorianismo” marcó una etapa importante en el desarrollo social europeo del siglo XIX, basada en el “encierro” de la sexualidad, el silencio y la exaltación de la pareja procreadora como modelo ideal de la burguesía (Foucault, 2011). Algunos autores afirman que existió una marcada diferencia entre estos discursos normalizadores y las prácticas sexuales de la aristocracia, que incluían la homosexualidad, cuya práctica era delito desde 1885, considerado de “incidencia grave” y públicamente expuesto como “una aberración para la sociedad victoriana” (Campos 2019). La procreación como razón y consecuencia

lógica de la práctica sexual explica por qué durante este periodo un sinnúmero de médicos, sexólogos y psiquiatras se dedicaron a estudiar y analizar el cuerpo femenino y sus “disfunciones”, con el ánimo de “justificar su papel en la sociedad patriarcal”, que marcaba pautas de feminidad basadas en ideales como la delgadez física, los buenos modales y la sumisión, con lo que la “cultura victoriana” buscó representar y convertir a la mujer “en un ser débil, enfermo y prácticamente invisible” (Rodríguez, 2004). Esta autora asegura que estos estudios buscaban demostrar que “la mujer era intelectualmente inferior al hombre como resultado de su especialización reproductiva...”.

De acuerdo con Cardona (2012), aunque existía un gran interés sobre la mujer, la ciencia médica del siglo XIX desconocía el cuerpo femenino, que seguía siendo “producto del discurso” patriarcal. Sin embargo, continuaba siendo un foco de máxima atención por su papel procreador, por lo que se produjo “un enorme volumen de discurso científico” en la Era Victoriana, con base en el control y vigilancia de sus conductas (Rodríguez 2004) y que obedecía, más allá de principios morales o religiosos, a lógicas político-económicas que enmarcaban la natalidad como elemento esencial para el mantenimiento y progreso de las nuevas sociedades capitalistas industrializadas, lo que explica por qué la burguesía se oponía al control de la natalidad, a la vez que resaltaba el valor de las familias extensas (Schoijet, 2007).

Para Elliot (2009), la modernidad es el punto de partida de la sexualidad como enfoque teórico que se irá reconfigurando hasta la posmodernidad, más que por discursos institucionales, por la demanda social y el activismo que despiertan los nuevos contextos históricos, sociales, políticos y económicos. Resalta, además, la importancia de ciencias como la psiquiatría desde el siglo XIX y, en especial, el psicoanálisis para el abordaje de la sexualidad y su comprensión como elemento que agrupa placeres, deseos, afectividad, etc. Al respecto, este autor asegura que “Sigmund Freud inició una tendencia en el siglo XX que consistió en atribuir un lugar central a la sexualidad humana en la organización de la cultura y de la sociedad”, en la que las relaciones entre personalidad y deseo, razón y pasión no pueden ser ajenas a las ciencias sociales.

En las teorías sociales de la sexualidad, las investigaciones y avances en el campo del psicoanálisis fueron definitivas para entender la relación de la psique con ciertas experiencias particulares en el desarrollo de la identidad, “especialmente aquellas olvidadas de la infancia”, desde la base del análisis de la subjetividad y el deseo (Elliot, 2009). Esta perspectiva, que constituyó un gran cambio en la sexualidad como discurso y condicionaba la práctica médica, jurídica y pedagógica a un nuevo abordaje (Foucault 2011), sentó las bases para que científicamente se empezaran a desmitificar “patologías” como la histeria, la sodomía o la masturbación infantil, al darle a los niños un papel “activo”, como poseedo-

res de la sexualidad que nunca habían tenido (Elliot, 2009).

El Dispositivo de Sexualidad (Foucault, 2011), cuya “institucionalización” se desarrolló a partir del siglo XVIII, tiene una de sus máximas expresiones en el siglo XIX con el desarrollo del psicoanálisis como fuente teórica que, según Elliot (2009), permitiría comprender “las configuraciones específicas del deseo y el poder en el nivel de las políticas de identidad”, lo que será determinante para las posteriores reflexiones sobre feminismo, género, masculinidades, etc. Con la “psiquiatrización del placer” se abrió el espectro para focalizar el interés sobre conductas criminalizadas como la masturbación, el incesto o la sodomía, y permitió buscar una “tecnología correctiva” de estas “anomalías” (Foucault, 2011).

A partir del psicoanálisis, Freud marcó un camino que permitiría resignificar y desmitificar aspectos de la sexualidad humana (como la homosexualidad), que hasta entonces habían sido analizados de manera sesgada y “medicalizados” o criminalizados en torno al fin único válido que se le había otorgado: la reproducción (Freud, 1995). Su enfoque complejo para la época y quizás problemático permitió entender fenómenos como el narcisismo, la pedofilia, el incesto y el “Complejo de Edipo”, entre otros, y los situó en una nueva relación de “normalidad”, en la que el equilibrio interior de las personas estaba en estrecha relación con el mundo exterior o real (De Zachmann, 1957) y con la dinámica de la sociedad, lo que sentó las bases para las fu-

turas manifestaciones y desarrollos teóricos conceptuales como el feminismo o la teoría Queer.

En *Tres ensayos sobre teoría sexual*, Freud (1995) muestra un claro distanciamiento de los estudios que hasta ese entonces habían explicado situaciones como la histeria en las mujeres o la sodomía como desórdenes mentales que debían ser tratados de manera agresiva a fin de curarlos. Sus estudios adquieren gran relevancia en aspectos como sexualidad femenina, situando a las mujeres como sujetos de deseo; la homosexualidad, estudiada no como enfermedad mental *per se*; la sexualidad infantil como elemento innato, no desde la pubertad, catalogando al niño como “ser sexuado” (Grigoravicius, Regueiro, Maza & Abalde, 2016), etc., aspectos que muestran el sentido social y de desarrollo humano que tenían para Freud la sexualidad y la práctica sexual.

Además, Freud demostró que la sexualidad, como elemento distintivo de los humanos frente a los demás animales, no equivale necesariamente a genitalidad, dando sustento a su teoría de la libido o deseo del placer, que dirige toda forma de conducta y la separa de la procreación como único fin, considerando, además, que el coito sería sólo una de las soluciones a la “tensión sexual y a la extinción temporal del instinto sexual”. Fernández (2018) asegura que Freud, mediante el estudio de la sexualidad humana y el placer como elementos inherentes, inició una nueva etapa de interpretación y teorización de la sexualidad, ligada a

la conducta humana social y no a enfermedades mentales, como se entendía entonces.

Aunque los médicos y psiquiatras ya habían realizado estudios sobre diversos factores del comportamiento humano en el plano de la sexualidad, Freud desarrolló y puso en el contexto sociocultural conceptos como fetichismo, zoofilia, hermafroditismo, bisexualidad, aberración, degeneración, sadismo, masoquismo, instinto sexual, coprofagia, pudor, zona erógena y depresión sexual, entre otros, que dan sustento a gran parte del conocimiento que se asume como válido respecto de la sexualidad y que en la posmodernidad reforzaron las expresiones de movimientos sociales y culturales que dinamizaron el siglo XX y se mantienen en constante movimiento (Elliot, 2009).

Barriga (2013) asegura que con el origen de la sexología a finales del siglo XIX se inició una “perspectiva psicosocial de la sexualidad”, que permitirá que se vayan resignificando aspectos como las relaciones de pareja y entre los géneros, corroborando el carácter de la sexualidad como “producto cultural”. En coherencia con lo anterior y en relación con los avances del psicoanálisis (Freud, 1995), el siglo XX supuso un cambio discursivo caracterizado por el realce y reconocimiento de las mujeres dentro de una identidad femenina (Luque, 2008) y por la exaltación de las libertades y derechos, lo cual coadyuvó para que las orientaciones sexuales diversas fueran generando y consolidando espacios de reconocimiento y participación (Elliot, 2009).

Sin embargo, el recorrido hasta la revolución cultural que desencadenaría en la revolución sexual de los años sesenta del siglo XX, fue precedido por circunstancias como el ingreso de las mujeres al mercado laboral, determinado por factores como las guerras mundiales y que, en muchas ocasiones, procuraron una reorganización de los núcleos familiares, al ubicarlas como “cabezas de hogar”, lo cual también motivó a las mujeres a obtener títulos universitarios para adquirir mejores oportunidades laborales (Drago, 2016) y de inserción social, incrementando la participación laboral de las mujeres, incluso después de las guerras, en busca de independencia económica, lo cual constituyó para E. Hobsbawm (2001) “un fenómeno nuevo y revolucionario”.

La separación entre sexo y procreación fue otro gran logro social para las mujeres en el siglo XX, producto, en parte, del desarrollo de conocimientos en torno a la libido o placer como dimensión fundamental de la sexualidad que conectaba a las personas con la sociedad (Freud, 1995). Aunque los primeros anticonceptivos surgieron en los años sesenta del siglo XX, desde principios de siglo se publicaban libros como *Huelga de vientres* (1909), en el que el médico Avelino Luis Bulffi denunciaba la falta de educación sexual y recomendaba “medios prácticos para evitar las familias numerosas”, catalogando a la natalidad como objeto para “el enriquecimiento de los explotadores”.

Las fórmulas que propuso Bulffi (1909) para evitar las altas tasas de natalidad, como el uso

de condón, los químicos (uso de diferentes sustancias), la interrupción del coito y la “cópula cerrada” o vulvar (basado en la posición de la pareja durante el sexo), fueron sin duda una apuesta arriesgada para su época, que muestra que desde varios puntos de vista el problema de la natalidad fue de gran interés y terminó motivando nuevas dinámicas sociales, como el reconocimiento a las mujeres como miembros activos y públicos de la sociedad. Brener y Rojas (2013) señalan que a mediados del siglo XX la creciente urbanización y el avance de la educación formal, junto a la posibilidad de movilidad social y el desarrollo de patrones de consumo, “fueron significativos para reforzar la motivación de las parejas en la regulación de la fecundidad”. La “Edad de Oro” del siglo XX (1947-1973), que el historiador Eric Hobsbawm (2001) resalta como una época de gran hegemonía económica y militar para occidente, fue un periodo en el que se manifestaron con más fuerza los ideales de libertad, identidad e igualdad, y se reafirmaron los movimientos feministas y otras posturas ideológicas que pusieron en tensión a las estructuras paternalistas y permitieron que emergieran nuevos discursos frente a las masculinidades y la diversidad sexual, con base en las libertades individuales, lo que supuso una “crisis de la familia” clásica desde una óptica conservadora, pero un gran avance desde los derechos y las libertades.

No obstante, estas manifestaciones que escalaron hacia la revolución sexual de los años sesenta no se presentaron de forma espontá-

nea. Se fueron formando como producto de los avances descritos y de reivindicaciones de derechos civiles y políticos tan relevantes como el voto femenino, que fue un espacio ganado por las mujeres y gestionado desde los movimientos sufragistas de finales del siglo XIX en Europa y que ya se ejercían en gran parte del “mundo occidental” desde la primera mitad del XX, incluso en algunos países latinoamericanos (Campos, 2019).

Las guerras del siglo XX constituyeron una motivación adicional para las movilizaciones juveniles que propendían por el amor, la solidaridad y la libertad, a la vez que rechazaban la explotación humana que implicaban estas guerras, en comunión con el nuevo discurso de Derechos Humanos, por su carácter inherente a todas las personas y a los que todos podrían aspirar de manera inalienable para vivir en condiciones de igualdad y dignidad (Hobsbawm, 2001). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) buscaba promover el progreso social y la calidad de vida desde un concepto amplio de libertad, lo que afianzó la promoción de los derechos sexuales y reproductivos asociados al derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad como banderas de la “nueva cultura juvenil” y de la “nueva conciencia femenina” (Hobsbawm, 2001).

La explosión social de los años sesenta, liderada en gran parte por los movimientos feministas y sus diferentes “variantes”, exigió que la sociedad occidental se replanteara frente a principios que la habían legitimado

en un nuevo orden de libertades y el rompimiento de los “límites del comportamiento socialmente aceptable, incluida la vertiente sexual...” (Hobsbawm, 2001). Consignas de mayo del 68 como “hacer el amor y no la guerra” o “cuando pienso en la revolución, me entran ganas de hacer el amor”, son frases disidentes de una nueva conciencia identitaria en la que se empezó a hablar de la sexualidad como política y no como un tema meramente privado (De Miguel, 2015). En palabras de Hobsbawm (2001), la afirmación común de la época: “lo personal es político”, mostraba un compromiso colectivo por lo que “hacer el amor y hacer la revolución no podían separarse con claridad”.

De acuerdo con De Miguel (2015), a partir de los años sesenta se radicalizaron los discursos ciudadanos, en especial los feministas, con base en desligar el placer y el sexo de la reproducción, el impulso a la planificación familiar como una responsabilidad no exclusiva de las mujeres, el discurso a favor del aborto y contra la sexualidad “creada” sólo para varones y reflejada en la pornografía, que no era más que la expresión dominante de los hombres en el sexo. La autora resalta el papel del movimiento feminista por poner en primer plano de la discusión el derecho de las mujeres a sentir placer, la relación entre sexualidad y violencia, la atracción sexual entre mujeres y la invisibilidad y la estigmatización de las lesbianas, entre otros.

Este nuevo orden histórico de las relaciones humanas coadyuvó para que el mercado es-

tuviera relacionado con la “revolución”. Por ejemplo, el nacimiento y popularización de los métodos anticonceptivos, que generaron millones de dólares para las compañías farmacéuticas, se consideró como la expresión de la libertad de la mujer, de independencia sobre su propio cuerpo y de su “control absoluto sobre la procreación” (Barriga, 2013). Esto permitía reivindicar el sexo y el deseo a lugares de confianza y sin recurrir a antiguos y rústicos métodos de prevención, con lo que se empezaba a garantizar “el derecho a una sexualidad sana y satisfactoria”, lo que para Luque (2008) supuso la “primera revolución sexual”.

De igual forma, las reclamaciones feministas de la época respecto a las publicaciones pornográficas que mostraban violencia y discriminación contra las mujeres (que las ponía en un equivalente a prostitutas) y sugerían la exclusividad del placer para los hombres, propició que nuevas publicaciones para hombres como Play Boy construyeran imperios económicos mostrando una imagen “elegante” y exclusiva de las mujeres que salían en sus páginas, aunque el mensaje seguía mostrándolas como objetos sexuales pero en “otro nivel” (De Miguel, 2015), lo que muestra la reinención de la economía alrededor de las nuevas dinámicas sociales.

Junto a las mujeres, la nueva fuerza de los movimientos gay que estaban representados y conformados por personas con “identidades disidentes” se hizo sentir desde los años sesenta en Europa y Estados Unidos, motiva-

dos por eventos como mayo del 68 en Francia, que se mostraban contra los principios de la sociedad patriarcal (heterosexual), contra la exclusión y buscaban reivindicar derechos en un contexto de cambios sociales, políticos y económicos (Hobsbawm, 2001). En América Latina hubo también expresiones inspiradas en los eventos de los años sesenta, como el colectivo político Frente de Liberación Homosexual de Argentina (1971), cuyo “proyecto intentaba ligar el horizonte de una revolución social con el de una sexual” (Simonetto, 2014).

Tanto en Latinoamérica como en Europa el activismo sexual ayudó a impulsar el discurso y el debate de las relaciones homosexuales después de la guerra (1945) entorno al amor entre personas del mismo sexo. Esto representaba un avance para el enfoque social y humano de estas “minorías” estereotipadas y criminalizadas, y sería clave para la revolución social y sexual de los sesenta (Carranza, 2011), que implicó una serie de eventos, manifestaciones y confrontaciones violentas por la reivindicación de derechos en torno a la igualdad, el reconocimiento y el respeto a la diferencia (Hobsbawm, 2001).

La base de estos movimientos eran personas representativas localmente, anarquistas y de corrientes de izquierda que desde los años treinta “defendieron la legitimidad del placer sexual independiente de la reproducción” (Ledezma, 2017). Sin embargo, estas manifestaciones u organizaciones de “minorías” sexuales tuvieron más relevancia

política e impacto social a partir de los años sesenta, debido a las condiciones coyunturales e históricas expuestas, sin desconocer que el activismo gay data de finales del siglo XIX, principalmente en Alemania, donde se produjeron “demostraciones” a favor de despenalizar la homosexualidad e “incitar a otros homosexuales a la lucha por sus derechos” (Chaparro- Estefan, 2011).

Luego de esto se generaron más espacios en Europa, como la “comunidad de los propios” en 1903, cuyos avances y posturas a favor del reconocimiento gay constituyeron una primera etapa del “movimiento homosexual” a través del activismo contra las teorías médicas, que situaban la homosexualidad como enfermedad, hasta la etapa de represión impuesta por la consolidación de regímenes de ultraderecha como el nazismo, que persiguió y castigó con severidad a quienes expresaban la homosexualidad, hasta derogar su previa despenalización (Carranza, 2011). Esto sugiere un retroceso que se vio fortalecido por diversos eventos como las guerras, periodos en los que los movimientos sociales se invisibilizaron ante la dinámica del conflicto que sugería otras prioridades políticas y sociales.

Aunque las enfermedades “venéreas” son conocidas desde las culturas antiguas y eran relacionadas con factores de orden moral, racial e incluso de “higiene” (Potenziani & Potenziani, 2012), la liberación sexual, que supuso el movimiento social de los sesenta en el siglo XX, dio pie a una “nueva ampliación de los límites del comportamiento pública-

mente aceptable”, incluyendo las expresiones de la sexualidad (Hobsbawm, 2001) que visibilizaron las enfermedades de transmisión sexual como un problema de salud pública, destacándose el VIH/sida como la pandemia más importante, que marcaría la historia de la sexualidad por los imaginarios sociales que la determinaron.

Michael S Gottlieb, inmunólogo que atendió los primeros casos de VIH en Estados Unidos a principios de los años ochenta, señala cómo el mito de que el SIDA era una enfermedad de homosexuales contribuyó, inicialmente, a su encubrimiento desde el ámbito médico y político, y resalta que la “liberación sexual” de los setenta que promovió el sexo con muchos compañeros distintos hizo que el síndrome, que había llegado desde los sesenta, se convirtiera en el gran reto para la ciencia y que los casos crecieran rápidamente entre homosexuales y heterosexuales “por el clima cultural que se estaba viviendo” (Público, 2011). Restrepo (2016) asegura que el VIH/sida “ha sido uno de los temas más estudiados en relación con las personas homosexuales...” lo que generó una fuerte discriminación que se configuró de diversas maneras y fuentes.

Esto coincide con una nueva etapa en la que las expresiones de las “sexualidades disidentes”, desde finales de los años setenta, empezaron a ser redefinidas a partir de nuevos paradigmas que sobrepasarían la relación binaria histórica hombre-mujer, masculino-femenino, activo-pasivo, e incluso irán más allá de las lógicas discursivas feministas,

que se fraccionaron desde lo teórico, consolidando nuevas lecturas del sexo y la sexualidad en las relaciones de poder o de reciprocidad (De Miguel, 2015) y en la que son susceptibles de análisis todas las “perversiones” a que se refería Foucault, desde diferentes disciplinas, orientaciones filosóficas e incluso posturas políticas (Hobsbawm, 2001).

De acuerdo con Elliot (2009), la división teórica y discursiva de los movimientos feministas y la necesidad de repensar las nuevas expresiones de las sexualidades y su autonomía respecto del género dieron paso a una categoría que reúne las identidades sexuales y las interpreta desde sus propias complejidades, reconociendo su no homogeneidad y como una teoría inclusiva que va más allá de la etiqueta LGBTI (Q), que agrupa una serie de comportamientos y personajes excluidos y estigmatizados social e históricamente (gays, lesbianas, zoofílicos, sádicos, masoquistas, pederastas, entre otros), cuyo elemento característico es el placer (De Miguel, 2016).

A partir de los años ochenta la “Teoría Queer” impulsó una deconstrucción de las sexualidades con base en que el género, las identidades y las orientaciones sexuales son el resultado de una construcción social que varía en cada sociedad y que, al contrario de lo que proponían los enfoques teórico sociales de la época, no constituían expresiones minoritarias, como lo resalta Elliot (2009), quien hace referencia al inicio, cuando la homosexualidad, vista como minoría, era entendida como máxima expresión construida desde los referentes pa-

triarcales “masculinistas” y antepuesta a la heterosexualidad.

Que el punto de inflexión sea la homosexualidad no quiere decir que se desconozcan otras expresiones “disidentes” o que sea vista como más importante o relevante. Al contrario, hizo que se resaltara la importancia de “nuevos” conceptos como amor, pasión o deseo, entre otros, lo que permitió la reivindicación social y política de los nuevos movimientos de las llamadas “minorías” sexuales que habían estado ocultas y marginadas. Que se resalte la homosexualidad obedece a que su explicación y “construcción” se ha dado dentro del modelo histórico patriarcal e institucional en que las sociedades de occidente, desde la modernidad, han basado su saber sobre el sexo (Foucault, 2011).

La importancia de la teoría y los saberes Queer, aún en construcción, radica en que motivó a que se visibilizaran y “subvirtieran los estereotipos culturales” a partir de las complejidades que implican las diversas expresiones de la sexualidad en el marco de las identidades y las diferencias (Elliot, 2009), lo que ha logrado que se consoliden y se dinamicen conceptos como género, identidad u orientación sexual, que han sido objeto de análisis, no sólo desde la medicina o la psiquiatría sino desde las ciencias sociales, y que serían la base para entender las “sexualidades contemporáneas”.

Estos nuevos enfoques y posturas teóricas de la sexualidad han permitido un análisis profundo desde diversos referentes académicos,

políticos o económicos, que se ha visto reflejado en grandes transformaciones y cambios que propenden por la inclusión. Por ejemplo, en la 43a Asamblea Mundial de la Salud, la OMS (1990) excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud, luego de que por mucho tiempo fuera considerada una enfermedad mental susceptible de ser curada.

Desde los años ochenta ya se había logrado la despenalización del aborto en varios países del mundo y en otros el tema sería foco de debates que luego permitiría su regulación, en unos más pronto que en otros (Hobsbawm, 2001). Esta fue una de las banderas de los movimientos feministas de los años sesenta, considerada una reivindicación de las libertades de las mujeres, junto al desarrollo y comercialización de los anticonceptivos (píldoras), al poder disponer de su cuerpo y decidir sobre su sexualidad por encima de los sesgos machistas que históricamente la han representado dentro de un esquema jerárquico masculino (Barriga, 2013).

Elliot (2009) destaca que las dinámicas sociales y las manifestaciones populares del siglo XX tuvieron entre sus logros que la sexualidad fuera observada y analizada como dimensión personal y social, y señala que aunque se forjaron las bases conceptuales, filosóficas y teóricas para que las llamadas minorías sexuales se visibilizaran en la sociedad como agentes políticos y sociales a partir de principios de igualdad y reconocimiento

de la diferencia, aún se plantean retos y expectativas frente a la sexualidad, su constitución y su producción como elemento que es determinado a partir de “los contextos interpersonal, social, cultural, político y epistémico”, lo cual sitúa los nuevos discursos dentro de los principios posmodernos desde los cuales las próximas generaciones entenderán y asumirán la sexualidad.

La dinámica posmoderna, que para muchos investigadores ya hace parte de la sociedad y que se caracteriza por el principio del uso del placer como derecho, la reestructuración del concepto de familia y la nueva significación del amor, plantea nuevos discursos con base en la no discriminación y en el cuestionamiento de las nociones clásicas de la verdad, de la razón y de progreso (Eagleton, 1998, citado por Lampert 2008). Bauman (2014), quien denomina a la nueva realidad como “mundo líquido”, sugiere que el éxito de las nuevas relaciones humanas, incluyendo la sexualidad, se basa en la creación de un “sentimiento de solidaridad” como el principal desafío de convivencia que reafirmaría a la sexualidad como una dimensión transversal humana más que necesaria ante las nuevas dinámicas y discursos sociales que promueven la inclusión y el reconocimiento de la diversidad desde un enfoque de derechos humanos como base para el desarrollo humano y social.

## BIBLIOGRAFÍA

- A.I. (5 de junio de 2011). Es un mito que el sida comenzara en homosexuales. *Público*. En <https://www.publico.es/ciencias/mito-sida-empezara-homosexuales.html>.
- Angulo, J., Eguizábal, J., & García, M. (2008). Sexualidad y erotismo en la Prehistoria. *Revista Internacional de Andrología*, 6(2), 127-139.
- Barriga, S. (2013). La sexualidad como producto cultural. Perspectiva histórica y psicosocial. Anduli, *Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, 12, 91-111.
- Bauman, Z. (2014). Sobre la educación en un mundo líquido. Bogotá: Paidós.
- Bulffi, L. (1909). Huelga de vientres. Medios prácticos para evitar familias numerosas. Barcelona: Biblioteca Editorial Salud y Fuerza, en <http://www.filosofia.org/aut/001/1909>.
- Brener, M. & Rojas, M. (2013). Métodos anticonceptivos en el siglo XX: mujeres que se opusieron a maridos, familia y credo religioso. *Revista Costarricense de Salud Pública*, 169-178, en <https://www.scielo.sa.cr/>.
- Campos, A. (29 de junio de 2019). La Reina contra Óscar Wilde, a la cárcel por homosexual. *National Geographic*. En <https://historia.nationalgeographic.com.es/>.
- Campos, A. (11 de marzo de 2019). Suffragistas: la lucha por el voto femenino. *National Geographic*. En <https://historia.nationalgeographic.com.es/>.
- Carranza, R. (2011). Evolución histórica del colectivo LGTB: de las leyes represivas a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1.º de julio (tesis de maestría). Universidad de Salamanca, España, <https://gedos.usal.es/>.

- Carbonell, E. (2020). *El sexo social* (vol. 4, No. 9).
- Cardona, H. (2012). El tratamiento de la histeria a finales del siglo XIX y el agujero de la ciencia médica. *Desde el Jardín de Freud*, 12, 293-310.
- Chaparro, N. & Vargas, E. (2011). Imágenes de la diversidad. El movimiento de liberación LGTB tras el velo del cine. *Culturales*, vol. VII, 4, 57-86, [www.redalyc.org/](http://www.redalyc.org/).
- De Miguel, A. (2015). La revolución sexual de los sesenta: una reflexión crítica de su deriva patriarcal. *Investigaciones Feministas* 20, Vol. 6, 20-38. En [http://dx.doi.org/10.5209/rev\\_INFE.2015.v6.51377](http://dx.doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51377).
- Drago, E. (2016). La revolución silenciosa: mujeres, modernidad y arquitectura en la prensa mexicana. *Bitácora arquitectura*, 33, marzo- julio, 58-67.
- Elliot, A. (2009). Sexualidades: teoría social y la crisis de identidad. *Sociológica*, año 24, 69, 185-212.
- Fernández, L. (2018). Sigmund Freud. *Praxis filosófica*, (46), 11-41. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i46.6201>.
- Foucault, M. (2001). Los anormales. México: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2001). El nacimiento de la clínica, una arqueología de la mirada médica. México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2011). Historia de la sexualidad 1, "la voluntad del saber". México: Siglo XXI Editores.
- Freud, S. (1995). *Tres ensayos sobre teoría sexual*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Grigoravicius, M., Regueiro, P., Maza, V., & Abalde, M. F. (2016). El "niño" en la obra freudiana. *Revista Tesis Psicológica*, 11(2), 74-88. En <https://www.redalyc.org/>.
- Habermas, J. (1985). La modernidad, un proyecto incompleto. *La posmodernidad*, 7, 19-36.
- Hobsbawm, E. (2001). Historia del siglo XX, Barcelona: Crítica.
- Lampert, E. (2008). Posmodernidad y universidad: ¿una reflexión necesaria? *Perfiles educativos*, 30(120), 79-93.
- Ledesma, N. (2017). La revolución sexual antes de la revolución sexual. Discursos de los médicos libertarios sobre el placer (Argentina, 1930-1940) *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*, 26, 148-170, <https://www.redalyc.org/>.
- Luque, M. (2008). Mujer y sexualidad. Evolución desde el puritanismo del siglo XVIII a la medicina sexual del siglo XXI. *Revista Internacional de Andrología*, 6(2), 152-157
- Organización de las Naciones Unidas (2015). Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). New York.
- Organización Mundial de la Salud, OMS (1990). 43a Asamblea Mundial de la Salud (7 al 17 de mayo). Ginebra, Suiza.
- Potenziani, J. & Potenziani, S. (2012). Historia de las enfermedades venéreas. Caracas: Academia Nacional de Medicina. <https://www.researchgate.net/>.
- Restrepo, E. (2016). Análisis comparativo de las percepciones sobre el VIH/sida de varones homosexuales y bisexuales colombianos, con experiencia migratoria

- o sin la misma. *Revista de Salud Pública*, 18(1), 13-25. <https://www.scielosp.org/>.
- Rodríguez, C. (2004). Ausencia y presencia del cuerpo femenino en la cultura victoriana. En Flores, M. (Coord.). Sin carne: representaciones y simulacros del cuerpo femenino, tecnología, comunicación y poder, (321-336).
- Simonetto, P. (2014). Los fundamentos de la revolución sexual: teoría y política del Frente de Liberación Homosexual en la Argentina (1967-1976). *Anuario de la Escuela de Historia Virtual*, Año 5, No 6, 150-174. En <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariohistoria>.
- Schoijet, M. (2007). El control de la natalidad: un esbozo de historia. *Papeles de población*, 13(54), 115-161. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx>.
- Unesco (2011). Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural. Conferencia General, Ginebra, Suiza.
- Velásquez, Ó. (2002). *Platón: el banquete o siete discursos sobre el amor*. Editorial Universitaria.
- Zachmann, E. (1957). El pensamiento de S. Freud y su aporte a la psicología. 68-74. En [www.dialnet.unirioja.es](http://www.dialnet.unirioja.es).

# Epistemología en el Derecho

## Epistemology in Law

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9755>

### Resumen

Sin lugar a dudas, la epistemología constituye una de las áreas más fructíferas de la filosofía. De su considerable influencia, que penetra en diversos ámbitos del conocimiento humano, no parece escapar el derecho. En este artículo se pretende mostrar cómo en el ámbito jurídico existe un componente epistemológico que guarda íntima relación con los hechos en el derecho, esto es, con sus elementos fácticos. De igual manera, se relievra en la necesidad de verdad en el ámbito jurídico, así como en los estadios de la verdad y la manera cómo y dónde es posible alcanzarla a través de medios de prueba idóneos. La metodología empleada es descriptiva, con un enfoque cualitativo, haciendo uso del método hermenéutico, propio de la interpretación de textos jurídicos y filosóficos.

**Palabras clave:** Epistemología, derecho, hechos, verdad, prueba.

### Abstract

Epistemology is undoubtedly one of the most fruitful areas of philosophy. Law does not seem to escape from its considerable influence, which permeates various fields of human knowledge. Hence, in this paper, we intend to show how in the legal field there is an epistemological component, which is closely related to the facts in law, that is, to its factual elements. Likewise, the need for truth in the legal field is highlighted, indicating the different stages of truth and how and where it is possible to reach it through suitable means of proof. The methodology used is descriptive, with a qualitative approach, making use of the hermeneutic method proper to the interpretation of legal and philosophical texts.

**Keywords:** Epistemology, law, facts, truth, evidence.

### Luis Eduardo Cerra Jiménez

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Atlántico (Colombia). Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Magister en Filosofía de la Universidad del Atlántico (Colombia). Docente en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre de Colombia, seccional Barranquilla.  
[luise.cerraj@unilibre.edu.co](mailto:luise.cerraj@unilibre.edu.co)

### Cómo citar:

Cerra, L. E. (2022). *Epistemología en el Derecho*. *Advocatus*, 19(38), 207-224. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9755>



Open Access

### Recibido:

16 de diciembre de 2021

### Aceptado:

1 de abril de 2022

## EPISTEMOLOGÍA EN EL DERECHO

Este texto académico se erige sobre la base de la tesis del jusfilósofo Luis Recaséns Siches, para quien la realidad del derecho está integrada por normas, valores y justicia. Ahora bien, ¿esa realidad jurídica es una facultad o un título? En la antigua Roma se asumió que el sustrato básico del Derecho como realidad es la *res*, esto es, la cosa. A su vez, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice sobre *cosa*: «(Del lat. causa, motivo). f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). En otras palabras, *res* o *cosa* es la denominación genérica de realidad, vale decir de lo óntico. En el caso del derecho es la expresión de su realidad básica, es decir, lo óntico-jurídico.

Para el profesor Gabriel Mora Restrepo de la Universidad de La Sabana, la concepción o respuesta más comprensiva o completa sobre la realidad jurídica es la que afirma que «[...] la realidad jurídica estaría compuesta, además de cosas justas o cosas debidas, de otro conjunto de realidades tales como normas/leyes/reglas jurídicas, facultades y potestades en relación con cosas o frente a personas, principios y valores jurídicos, etc.» (Mora-Restrepo, 2005, p. 201).

Por otra parte, los derechos y deberes subjetivos tienen títulos que pueden emanar de diferentes fuentes: i) la norma jurídica positiva (derecho: todas las personas nacen libres

e iguales ante la ley; deber: obrar conforme al principio de solidaridad social); ii) la costumbre; iii) el acuerdo de voluntades (convenios o contratos que establecen prerrogativas y deberes mutuos); iv) la voluntad unilateral (el testamento en el cual el testador asigna a una persona una herencia sobre el porcentaje de libre disposición de sus bienes), y v) Derecho natural (el reconocimiento de la filiación natural, lo cual se constituye en deber del padre y correlativamente en derecho del hijo).

Así las cosas, el objeto de conocimiento debe ser la realidad, en este caso la realidad del derecho, que como parte de la sociedad es integrante de lo que Aristóteles ubica como *de las cosas*, vale decir, realidades que pueden ser de otra manera. De acuerdo con Aristóteles, existe una realidad que, en principio, no puede ser de distinta manera. Se dice en principio porque en la época aristotélica no era factible ni previsible que ciertas realidades pudieran ser transformadas, al menos no con facilidad y con la simple voluntad y querer humano. En cambio, hoy en día, en algunos casos, eso sí es posible bajo ciertas condiciones. Es decir, hoy muchas realidades no se pueden convertir o transformar a otro estado; sin embargo, a la postre, la naturaleza podría ser transformada, y de hecho lo está siendo, aunque en el mayor de los casos por la irracional e indiscriminada explotación de los recursos naturales por parte del ser humano o por el uso de armas de destrucción masiva (nucleares, biológicas y químicas). Por otra parte, existe otra realidad; por ejemplo, la realidad social e institucional, que la voluntad humana puede transformar

con mayor facilidad, esto es, puede ser de otra manera.

Ahora bien, la maleabilidad y flexibilidad de la segunda realidad no significa que no posea propiedades y leyes singulares, incluida la realidad del derecho, con el cual, al lado de las leyes sociales existen leyes naturales y leyes institucionales. Entre las leyes sociales están las relativas a la obtención de bienes y servicios, producción, distribución y consumo. En cuanto a las naturales se encuentran los derechos inherentes a la dignidad humana y deberes de solidaridad y ayuda mutua. En las leyes institucionales aparecen el matrimonio, la propiedad, el poder político, la familia, la herencia, los contratos, la condición de pensionado, entre otros.

El derecho, integrado tanto por las leyes naturales como por las institucionales, es un ente complejo de la realidad susceptible de conocimiento. Su conocimiento natural puede operar por vía de lo sentimental, lo emocional, lo racional y lo razonable. De manera que, si el ser humano no lo disfruta, lo reclama, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la expresión, a la independencia, a la autonomía de los pueblos para constituir su forma de gobierno, etc. Por su parte, el derecho institucional, unas veces puede llegar a ser la formalización del derecho natural, y otras, reglas prohibitivas, autoritativas, facultativas, regulatorias, permisivas. Así como se puede convertir en decisiones a través de las cuales se administra justicia, decretando a quién le asiste el derecho y a quién le corresponde un

deber (incluso, sanción), que decreta el Estado o se establecen por sectores privados en ejercicio de porciones de poder que han conquistado, como la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos.

El conocimiento de ese derecho (tanto el natural como el institucional) se logra por varios métodos o vías: en primera medida, mediante la prudencia. Hasta aquí se puede convenir con Recaséns Siches en que esa realidad del derecho está integrada por la norma, el valor y la justicia, y es vida humana objetivada. Por consiguiente, el conjunto de estos elementos constituye el objeto del conocimiento en el derecho.

Los componentes de la realidad jurídica se manifiestan de diferente manera, precisamente porque su constitución óptica es diversa y así mismo se manifiesta y es aprehensible por el conocimiento. La variada constitución de la realidad del derecho supone un abordaje gnoseológico diverso, esto es, a través de una combinación de métodos.

Un primer nivel de acercamiento metodológico al objeto de conocimiento podría ser a través del saber sofisticado, es decir, el conocimiento superficial y especulativo, que se basa simplemente en la elaboración y exposición de argumentos, eso sí, deliberadamente expuestos y cuidadosamente organizados, que dan la apariencia de conocimiento o saber profundo y producen convencimiento, pues con la ayuda de la retórica se caracterizan por un alto grado de persuasión que no deja de

ser superficial y no garantiza profundidad ni episteme.

Un segundo nivel de aproximación a la realidad del derecho implica el uso de metodologías de mayor calado, con las cuales se pueda examinar con mayor profundidad, como la razonabilidad, la ponderación y la proporcionalidad, entre otras.

Un tercer nivel de acceso al objeto de conocimiento del derecho es mediante una hermenéutica que tenga como norte y criterio la comprensión de los hechos bajo la óptica de un paradigma de equidad y justicia.

Ahora bien, quienes niegan el carácter científico de derecho, además de exigir de él calidades ontológicas, metodológicas y gnoseológicas, también reclaman un estatuto epistemológico. Lo cual resulta curioso, porque la palabra estatuto hace referencia, precisamente, a *reglamentación*. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española dice lo siguiente sobre la palabra estatuto: «(Del lat. *statútum*.) m. Establecimiento, regla que tienen fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). Inequívocamente, la semántica de esa palabra es relativa a las reglas. En el caso de lo epistemológico, a las reglas que deben gobernar ese conocimiento, las cuales pese a lo científico que pueda ser, es una regulación humana-convencional.

En otras palabras, precisamente las posiciones renuentes a aceptar el derecho como conoci-

miento con vocación y carácter científico, por tratarse de una disciplina de normas, valores y de justicia, irónicamente exigen parámetros reglados para contemplar la posibilidad de admitirlo como tal.

Para una completa práctica gnoseológica del derecho no es suficiente que se conozcan sus diversas manifestaciones y fuentes. Es necesario, como en toda teoría del conocimiento, que se complemente con una epistemología propia en relación con la verdad. Esto es, si en tratándose del derecho las instituciones jurídicas son el resultado de factores reales y si el conocimiento obtenido en el derecho garantiza niveles de verdad.

Para ello se debe dividir el derecho en sus principales fuentes o escenarios de producción, como el constituyente y el legislativo, la administración pública, la administración de justicia, e incluso, la costumbre. Las decisiones adoptadas por esas instituciones son normas constituyentes, normas legislativas, decisiones administrativas generales y particulares, y decisiones jurisdiccionales de carácter general y particular.

Generalmente, el camino hacia la verdad pasa por varios estados: la ignorancia y el desconocimiento, la duda, la probabilidad, la hipótesis, la verosimilitud, la certeza y, finalmente, la verdad. Uno de los primeros estados que suelen presentarse en la tarea de establecer la verdad de cualquier fenómeno es la ignorancia total o parcial sobre éstos. Ese estado se vuelve potencialmente más procli-

ve a establecer la verdad cuando se admite la ignorancia, situación que se presenta en la famosa expresión de Sócrates: *sólo sé que nada se*. Esta actitud permite la apertura del conocimiento y evita que se quede anclado en los preconceptos, las terquedades y los prejuicios.

Si bien esa actitud permite, por una parte, tener apertura, por la otra implica la aplicación de la duda, que consiste en la oscilación entre la creencia y la incredulidad acerca de una proposición o enunciado. Agustín de Hipona utilizó explícitamente la duda como método con su famosa expresión: *Si fallor, sum* (si no me equivoco). Así mismo, la duda metódica de Descartes (1999) con su *Cogito ergo sum*, quien reflexionando en boca de Eudoxio dice: «[...] Comprendéis ciertamente que podéis, con razón, dudar de todas las cosas cuyo conocimiento sólo os llega por medio de los sentidos, pero ¿podéis acaso dudar de vuestra duda? ¿Podéis tener alguna duda acerca de si dudáis o no?» (p. 119). Más adelante, añade:

Puesto que no podéis negar que dudáis, sino que, por el contrario, es cierto que dudáis, y tan cierto en verdad que no podéis dudar de ello; entonces también es verdad que vos, el que duda, existís; y tan verdadero es eso que no podéis dudar de ello. (p. 120)

La incredulidad y la duda constituyen métodos que permiten someter cada hipótesis a la verificación. De manera que despejadas o no las dudas provisionales sobre aspectos parciales del objeto de estudio, es posible contemplar una probabilidad. Este estado del

conocimiento ha tenido mayor valor desde los estudios de Laplace a principios del siglo XIX: *Teoría analítica de las probabilidades y Ensayo filosófico sobre las probabilidades*.

La mayor o menor probabilidad de un enunciado o proposición contribuye a dar mayor o menor verosimilitud, esto es, mayor grado de aceptabilidad o credibilidad a determinada hipótesis. Esto significa que la verosimilitud no necesariamente es equiparable a la verdad, pues no supera la probabilidad ni la subjetividad.

En el ámbito del derecho, la verosimilitud carece de rigor epistémico. Al respecto, Santiago Sentís Melendo (s.f., citado por Suárez-Ramírez, 2017), dice: «Al igual que la sospecha, la verosimilitud no constituye un elemento probatorio; acaso menos que aquella [...]. Por eso creo que tiene toda la razón Gorphe, para calificar a la noción de verosimilitud de “superficial, insuficiente y peligrosa» (p. 52). Agrega que: «¿quién fijará su nivel y quién su criterio? La verosimilitud no es sino un camino –poco seguro– hacia la certeza: lo verdadero no siempre es verosímil, ni lo verosímil verdadero» (p. 53).

En el proceso penal, por ejemplo, la simple probabilidad, referida a elementos subjetivos como la verosimilitud, no es suficiente para condenar a un procesado, especialmente si en el proceso penal existe una garantía que debe desvirtuarse de manera contundente y fehaciente, esto es, el principio de presunción de inocencia.

Sobre la verdad, cabe mencionar que Todor Pávlov, en sus *Obras Filosóficas Escogidas*, expone acerca de la teoría del reflejo que: «La verdad es la forma superior del reflejo subjetivo de la realidad objetiva en la conciencia humana» (Pávlov, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 278).

La afirmación en el sentido de que la verdad es la forma o expresión *superior del reflejo* en la conciencia humana, supone que ese nivel superior no sería otro que la fidelidad. Esa aseveración supondría que todo reflejo de la realidad en la conciencia que no alcance el nivel superior de la fidelidad del objeto de estudio en la conciencia, es decir, el efecto de espejo, no lograría la categoría de verdad. Por ejemplo, las sensaciones que se producen a través de los sentidos, como los olores, los sabores, las visiones y las percepciones auditivas y táctiles y son representaciones que, por cierto, no son exclusivamente humanas de la realidad, pueden producir representaciones imaginativas de la realidad.

No obstante, que estas últimas expresiones e impresiones de la realidad en lo sensorial no alcanzan, necesariamente, el grado de fidelidad absoluta en la conciencia, no por ello puede afirmarse que no contribuyan a construir el grado de verdad. Precisamente, con base en esta afirmación, el filósofo Vostrikov controvirtió la aseveración de Pávlov sobre su noción de verdad. Sobre el particular increpó:

Todas las formas del reflejo o conocimiento nos pueden dar y nos dan nociones que corres-

ponden a la naturaleza misma de las cosas y los fenómenos. O sea que pueden ser verdaderas no sólo las formas de conocimiento racional o teórico, sino también las sensaciones. Esto debe ser necesariamente subrayado, puesto que en lo concerniente a la verdad todavía se encuentran en la literatura marxista afirmaciones equivocadas en el sentido de que sólo una forma de defender esta falsa tesis, declara que “la veracidad, en el sentido exacto de la palabra, pertenece exclusivamente a los juicios...”. En lo que atañe a las sensaciones, percepciones, representaciones, incluso conceptos, según dicho autor, nada tienen que ver con la noción de verdad. (Vostrikov, 1970, pp. 278-279)

Vostrikov resalta cómo la posición de Schaff subestima el papel que desempeñan las sensaciones en la construcción del conocimiento y con ello el de la verdad. Hasta aquí, tanto una como otra noción de verdad se enmarcan dentro del criterio por correspondencia, la cual puede manifestarse como verdad objetiva, absoluta, relativa y concreta.

Una verdad es objetiva si las representaciones y conceptos corresponden al mundo objetivo, si lo reflejan de manera correcta con fidelidad. Este «correcto reflejo del mundo habrá de constituir el contenido objetivo del conocimiento, es decir, la verdad objetiva» (Vostrikov, 1970, p. 281). Agrega que la verdad objetiva no es la realidad objetiva en sí misma, es decir, la existente fuera de la conciencia sino «el reflejo veraz de la realidad objetiva en nuestra conciencia» (Vostrikov, 1970, p. 284). Así pues, en este marco, se concibe la verdad

objetiva como la correspondencia del conocimiento con la realidad objetiva.

Uno de los criterios de verdad es el pragmático o utilitarista, consistente en que un enunciado tiene la categoría de verdad en la medida en que sea útil, beneficioso o provechoso. Al respecto, William James en su libro *Pragmatismo*, dice: «Si resulta que las ideas religiosas tienen valor para la vida real, desde el punto de vista del pragmatismo, serán verdaderas en la medida en que sean aptas para ello» (James, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 285).

Otro criterio de verdad que se presenta es el convencional, en el que el criterio acerca de si una proposición es verdadera está determinada por el grado de convención, acuerdo o aceptación generalmente imperante. Ello ocurre en algunas disciplinas como la geometría, pero no es exclusiva de ésta, pues bien pueden presentarse en representaciones pseudocientíficas, como el modelo astronómico del universo de Tolomeo, quien partía de la base de que el centro del universo era la Tierra, y ésta era plana.

Por otra parte, la verdad objetiva presenta dos modalidades: la verdad absoluta y la verdad relativa. La primera se configura cuando la verdad se presenta de manera total, absoluta e incondicional. La segunda, cuando la verdad depende de factores que la hacen condicional, parcial o relativa.

Vostrikov (1970) entiende la verdad absoluta como:

[...] el conocimiento completo, exhaustivo, absolutamente veraz del mundo objetivo en su integridad. [...] La verdad absoluta en dicha comprensión se presenta como proceso y como objetivo del conocimiento al cual aspiran las gentes cuando se acercan constantemente a él. Pero sin lograrlo nunca plenamente. He aquí por qué la verdad absoluta en cada etapa histórica del desarrollo del conocimiento necesariamente se expresa en forma de verdades relativas. (p. 292)

Sobre verdad relativa, señala:

Se llaman verdades relativas todas aquellas (postulados científicos, conceptos, teorías) que reflejan la realidad de modo objetivo y veraz, pero no plena ni exhaustivamente, sino sólo de manera aproximada y que con el trascurso del tiempo se van puntualizando, se tornan cada vez más completas, más verídicas. Por eso, las verdades relativas siempre se hallan históricamente condicionadas; expresan el nivel de conocimiento de las gentes, la plenitud de éstos, logrados en una u otra fase del desarrollo histórico. La verdad relativa, al igual que la absoluta, es objetiva. (Vostrikov, 1970, p. 292)

Si se hace un breve recorrido en el tiempo acerca de lo que ha significado la verdad en el derecho, se encuentra lo siguiente. Si bien en el capítulo 3º, versículo 14 del Génesis existe una sentencia de Dios contra la serpiente, contra Adán, Eva y todas sus generaciones futuras, no aparece que se haya adelantado un proceso encaminado a determinar cuál fue la

verdad de lo que efectivamente aconteció y si realmente hubo responsabilidad de Adán y Eva en lo ocurrido, invocándose como única prueba la confesión ingenua de ellos de que efectivamente habían comido del fruto del árbol del bien y del mal y de que habían sido inducidos por la serpiente, sin que estas circunstancias sirvieran al menos de atenuante de la imposición de una pena desmedida y desproporcionada como su mortalidad y la de sus generaciones. A pesar de que en la Biblia se hace mención a la verdad, sólo es en cuanto a decir que hay un árbol que la contiene, pero sin decir, cuando menos, qué es y cuál es su valor.

En otra parte de la Biblia, concretamente, en Reyes, capítulo 3º, versículo 16, se observa que si bien en el famoso juicio del rey Salomón, en el que se buscaba establecer cuál de las dos mujeres que reclamaban ser la madre del niño sobreviviente, no se hizo mención explícita a la verdad, es evidente que ésta fue la que el sabio juez persiguió como presupuesto mínimo para adoptar una decisión que fuera correcta y justa de entregar el menor a la auténtica madre.

En el derecho existen varios escenarios o criterios de verdad. Un primer escenario se presenta en la creación de las normas más generales de una sociedad determinada, especialmente las autoritativas, permisivas, prohibitivas y sancionatorias. Tanto en los Estados nacionales modernos como en los Estados multinacionales, la adopción de esas normas a través de un estatuto normativo, llámese Constitución Política o tratado mul-

tinacional, generalmente se produce a través de un acuerdo, que ha debido trasegar los consensos, conciliaciones y transacciones correspondientes. En estos casos, el resultado normativo es la consecuencia no de lo que *Se Es*, sino de lo que *Se quiere Ser* o de lo que *Se Debe Ser*. Como esas normas tienen la potencialidad de transformar la realidad, para bien o para mal, se crean nuevas realidades ónticas, con una particularidad: son realidades institucionales. Esta nueva realidad, generalmente, es el resultado del querer, de los intereses, del poder, de la aspiración y de la voluntad. Es el resultado de la capacidad transformadora que tiene el ser humano para cambiar o modificar una realidad por otra. En síntesis, esa nueva realidad, que antes no era, ahora sí lo es.

Así como hay una manifestación de ese poder constituyente, en las modalidades de constituyente primario y directo, constituyente derivado e indirecto, ya sea por vía del propio Congreso, de una Asamblea Constituyente o de un referendo, la capacidad de transformar la realidad por vía coercitiva es inmensa. Esto se expresa, entre otros aspectos, en la ampliación o restricción de la libertad, de la igualdad, de la distribución de bienes, servicios y derechos, y, en general, en una mayor o menor cobertura de justicia social.

En ejercicio de ese poder de transformar una determinada sociedad, ampliando o restringiendo el bienestar social, no sólo se crea un nuevo *Ser Social*, sino que éste se produce, se repite por acuerdos, consensos y voluntades,

casi siempre en medio de un forcejeo, que es resultado de la correlación de fuerzas sociales.

En el escenario del proceso administrativo o judicial suelen tenerse como ciertos, salvo prueba en contrario, hechos que han sido afirmados por una parte y aceptados por la otra, o hechos que han sido afirmados por una de las partes, y que pudiendo ser controvertidos por la otra, no lo son. Lo mismo puede llegar a acontecer cuando sobre un hecho una de las partes presenta una prueba que no es controvertida por la otra parte en el proceso.

En la violación masiva de derechos humanos se impone la necesidad de verdad conforme lo ha establecido la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas desde el 10 de diciembre de 1948, así como la Resolución No. 9 de 2011, expedida por la ONU.

Cabe destacar que ese derecho a la verdad se ha concretado en varios conflictos, como en el Informe de la Comisión Nacional de la Verdad en Chile (1991) y Memoria del Silencio. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, Guatemala (1999). Así mismo, en los conflictos armados de Sierra Leona, Perú, El Salvador, Timor-Leste, Ghana y Colombia.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en una directriz contenida en un documento del año 2005, ha recomendado que los países que pretendan superar un conflicto armado en el cual se hayan cometido graves violacio-

nes a los derechos humanos deben constituir una Comisión de la Verdad que reciba las versiones de las víctimas. Además, que dicha comisión no debe tener carácter judicial y las versiones tendrán por finalidad la comprensión de las causas del conflicto.

En este contexto, si bien el objetivo de las comisiones de la verdad sería la comprensión e interpretación de las causas del conflicto, esta clase de verdad parece ser unilateral, pues sólo cuenta con una versión, de manera que ello no permitiría conocer otras versiones extrajudiciales, como las de los colaboradores y financiadores privados, las de las autoridades estatales que cooperaron y las de los propios victimarios.

La forma como están concebidas las comisiones de la verdad, bajo los parámetros de las Naciones Unidas, sólo garantiza la existencia de la versión de uno de los sujetos inmersos en el conflicto. Parecería más adecuado que todos los actores del conflicto hicieran parte del acervo de versiones, pues además de que en el primer caso no serían plurales e integrales, no estarían siendo contrastadas. Por consiguiente, sólo harían parte de una memoria histórica de las víctimas, pero no de versiones que necesariamente puedan ser calificadas de verdad sobre el conflicto.

En síntesis, con esas versiones unilaterales no habría un nivel medianamente razonable de que las mencionadas comisiones garanticen un grado aceptable de verdad de lo acontecido en el conflicto.

Sobre el criterio de verdad como eficacia cabe resaltar previamente que, de conformidad con el citado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, eficacia es la «Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar». Y eficaz significa «Activo, poderoso para obrar. Que logra hacer efectivo un intento o propósito» (Real Academia de la Lengua Española, 1992, p. 559).

En otras palabras, bajo ese criterio se tiene como verdad o verdadero aquello que logra un resultado, especialmente si es esperado, deseado o que se necesita. Por ejemplo, actualmente por la pandemia desatada por la Covid-19 se espera y se quiere una vacuna que inmunice contra ese virus. Pese a que los experimentos no dan una cobertura de seguridad del 100 %, sino máximo de 95 % de eficacia, ante la necesidad apremiante de detener el porcentaje de mortalidad producida por ese virus, los Estados, las instituciones de salud y las organizaciones científicas han depositado en ese último porcentaje de eficacia las esperanzas de control de la pandemia. Es decir, aunque no hay garantía total de que los vacunados no se enfermen, la esperanza de que sea un porcentaje menor hacen otorgar a esas vacunas las licencias oficiales (autorizaciones) para su aplicación, considerándolas como verdaderos remedios para restablecer la salud pública.

Sobre el criterio de verdad como eficiencia es pertinente sostener que se entiende por eficiencia la obtención de un logro o resultado con el menor costo posible. La masiva

experiencia del trabajo en casa, forzada por la pandemia, ha puesto en evidencia que en esa modalidad laboral las personas trabajan más, con mayor productividad y menores costos para el empresario. De modo que en casi todos los países de sistema económico capitalista los órganos legisladores se encuentran puliendo legislaciones que promueven esa modalidad de trabajo que, evidentemente, acentúa la explotación laboral porque el trabajador labora más tiempo, poniendo algunos elementos de trabajo (energía eléctrica, internet, locaciones, equipos y enseres, entre otros), costos que correlativamente ahorran los empleadores, llámense empresarios privados o entidades estatales. La legislación que al efecto se adopte estará estimulada por ese criterio, esto es, la corrección o veracidad de su adopción será la eficiencia.

Los tres criterios mencionados, más que normas de verdad, se asemejan a pautas de utilidad y pragmatismo, lo cual, las más de las veces, llevan ínsito intereses particulares y gremiales. Ahora bien, esos criterios justificantes para crear derecho por el constituyente (primario o delegado) o por el legislador ordinario o extraordinario, ciertamente no tienen como faro la verdad; sin embargo, en ámbitos más específicos, el derecho no sólo se edifica en la verdad, sino que tiene como requisito *sine qua non* adoptar una decisión correcta basada en la verdad.

Sobre el criterio de verdad en los procesos administrativos y judiciales cabe destacar la importancia de la verdad en el derecho, y es-

pecíficamente en la justicia. Hans Kelsen, en su opúsculo *¿Qué es la justicia?*, narra:

Quando Jesús de Nazaret en el interrogatorio ante el Gobernador romano admitió que era un Rey, dijo: “Yo he nacido y venido al mundo para dar testimonio de la verdad. Entonces Pilato preguntó: “¿Qué es la verdad?”. Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco dio ninguna. (Kelsen, 1991, p. 1)

Ese episodio bíblico, mencionado por el jurista Hans Kelsen, denota lo problemática que es la pregunta acerca de la verdad y, por supuesto, lo difícil de la respuesta. Lo es aún más en el ámbito del derecho, en el cual el objeto de conocimiento, casi siempre, no es un hecho bruto (desprovisto de voluntad humana) sino un hecho social e institucional.

En su *Epistemología Jurídica y Garantismo*, el jurista italiano Luigi Ferrajoli distingue la verdad factual y la verdad jurídica. Sobre el particular dice:

De hecho, mientras la verdad de las proposiciones de la sociología del derecho es una verdad factual, en sentido estricto, determinada como la de las proposiciones observacionales de cualquier otra ciencia empírica con aquello que de hecho sucede, es bien diferente la verdad empírica predicable de las proposiciones de la dogmática jurídica, que es determinada por su correspondencia con el discurso normativo dictado por el legislador. Para establecer este segundo tipo

de verdad, que convenimos en denominar verdad jurídica, lo que en realidad debe contemplarse no son los acontecimientos sino sólo las normas, o si se quiere los enunciados y los documentos normativos que en la dogmática ocupan el lugar no sólo de la base observacional sino también el criterio exclusivo de verificación empírica. (Ferrajoli, 2004, p. 24)

Bajo ese planteamiento se puede afirmar que en el ámbito jurídico existen dos niveles de verdad: la factual, es decir, tanto de los hechos como de las proposiciones de las ciencias, y la jurídica, relativa a las normas prohibitivas, autoritativas, facultativas o sancionatorias, así como de criterios de verificación de la legitimidad, validez y corrección, entre otros. El que en el derecho se pueda sostener la existencia verdades factuales y verdades jurídicas no significa que los sistemas jurídicos existentes estén libres de error y sean infalibles.

Vale indicar que la certeza, entendida como el máximo grado de convencimiento, no hace verdadera una proposición jurídica. La persuasión que una persona tenga de una proposición consistente en que un hecho existe o existió o de que un hecho no existe, no es suficiente, ni mucho menos es garantía de que sea verdadera. Como sostiene el profesor italiano Michele Taruffo:

Quando se afirma, por ejemplo, que la condena de un acusado se justifica cuando el juez tiene la certeza absoluta de su culpabilidad o se dice –como ocurre comúnmente– que el juez debe alcanzar la certeza moral sobre la

existencia de los hechos de la causa, se incurre en un doble error: por un lado, se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado, se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir. La posibilidad de que tal persuasión sea errónea no es ni siquiera considerada, como si por definición un grado adecuado de certeza subjetiva equivalente a la verdad o pudiera tomar su lugar. Es evidente que el recurso a adjetivos como <<absoluta>> o <<moral>> no evita el error en cuestión: el uso de estos adjetivos sugiere, a lo sumo, que se espera que el juez consiga un grado elevado de certeza, o bien que él debe estar <<moralmente>> convencido de que aquello que piensa (subsistiendo, obviamente, la incertidumbre respecto de qué sea una certeza <<moral>>). (Taruffo, 2010, pp. 103-104)

Más adelante complementa el profesor Taruffo (2010):

Muchas personas están intensamente persuadidas de muchas cosas respecto de ellas mismas, de los otros, de la edad del mundo, de la existencia del diablo y de mundos ultraterrenos, pero es claro que la fuerza de su persuasión no vuelve verdadero aquello en lo que creen. La profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad. Las consideraciones valen de manera general y, en particular, valen para el juez y para su convencimiento sobre los hechos: él puede

estar profundamente persuadido, *in interiore homine*, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sola a la verdad. Lo cierto es, en cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. (pp. 104-105)

Desde finales del siglo XIX el jurista italiano Nicola Framarino Dei Malatesta había expresado que, si bien la verdad es la conformidad ideológica con la realidad, y que la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza, advirtió que siendo esta última un estado del espíritu puede no corresponder a la verdad objetiva. Que por consiguiente verdad y certeza no necesariamente coinciden, pues «[...] algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero». (Framarino, 1995, p. 15)

En la legislación procesal colombiana, a diferencia de otros países, respecto de los hechos, al juez no se le exige fallar con base en la verdad sino en su convencimiento de aquéllos. En efecto, el artículo 165 del Código General del Proceso, al referirse a los medios de prueba de los hechos, no espera de ellos que reporten verdad, sino que sean «[...] útiles para la formación del convencimiento del juez».

A su vez, el inciso final del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal estatuye: «[...]

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda».

Según esas normas, bastaría que el juez tuviera el convencimiento y certeza de la *existencia de unos hechos para que quedara habilitado para decidir de manera definitiva* sobre una controversia civil, laboral, comercial, contencioso-administrativa, con efectos de cosa juzgada. Así mismo, en materia penal, sería suficiente que el juez estuviera convencido (aún con medios de prueba precarios e insuficientes) para que condenara a un inocente.

Si una sociedad y un Estado se precian de tener dentro de sus objetivos y valores el de la justicia es necesario que las decisiones que tome se hagan con base en la verdad, más tratándose del ámbito judicial que tiene como función dirimir las controversias con justicia y del cual se espera y se hacen necesarias providencias correctas.

Por ello, esa deficiencia del legislador ha sido corregida en Sentencia SU-768 de 2014 (Corte Constitucional, 2014), expresando que el Juez tiene dos tareas imperiosas: (i) la obtención del Derecho sustancial y (ii) *la búsqueda de la verdad*, aspectos que constituyen los fundamentos de la justicia material. La Corte Constitucional consideró que:

[...] una sentencia justa sólo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar

el equilibrio perfecto entre la *búsqueda del valor de la verdad* y la efectividad del derecho material. (Corte Constitucional, SU-768 de 2014)

En esa búsqueda de la verdad la Corte Constitucional no desconoce ni soslaya los problemas ontológicos del derecho. Por ello dice en esa misma sentencia: «[...] de esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si ésta es siquiera alcanzable, jurídicamente la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares». (Corte Constitucional, SU-768 de 2014, 2014).

Esto último impone a los servidores públicos y a los propios particulares deberes éticos y legales de tener la verdad de los hechos como presupuesto del debate procesal. De modo que cuando se presente una controversia jurídica de carácter particular y subjetiva que deba ser resuelta, los conjuntos de medios de prueba son necesarios para establecer la verdad, especialmente sobre los hechos. Pero, cuando la controversia es general y objetiva, esto es, si lo que está en juego es la juridicidad de normas generales e impersonales del sistema jurídico, si bien se disminuye, y en ocasiones desaparece, la carga probatoria de las partes respecto de hechos, no sucede necesariamente lo mismo respecto de la prueba del derecho objetivo, de la costumbre nacional e internacional y del derecho exterior, p. ej. el exequatur.

En el primer caso, en que la controversia no sea sobre hechos sino de pura constitucionalidad o de pura legalidad (plano hipotético), p. ej. establecer si una ley es o no constitucional o si un acto administrativo general e impersonal es legal o no, si bien pueden ser pocos o ninguno los hechos (lo fáctico) que haya que probar, habrá un mínimo de requerimiento epistémico en cuanto a:

- i) La verificación de la existencia de la norma demandada: acto administrativo, ley e incluso la norma constitucional a la cual se le acuse de sustituir la Constitución preexistente.
- ii) La verificación de la existencia de la norma que se dice vulnerada e infringida: la ley o la norma constitucional.

En ambos casos el juez o tribunal verifica la existencia de las normas respectivas, pues aunque las partes no tengan la carga de probarlas, el juez tiene la obligación de constatar la existencia del ente normativo, ya que no debe presuponer su existencia, esto podría conducir a que se pronunciara sobre normas que no existen o que no existieron. No resulta sensato suponer que un juez o tribunal decida la validez constitucional o legal de una norma jurídica sin constatar previamente la existencia de las normas que se acusan de ser contrarias, por lo cual la constatación entitativa de las mismas es imprescindible.

Ciertamente, la tarea final es pronunciarse sobre la validez o invalidez de las normas demandadas, pero se reitera que esa clase de

procesos no está exento de un mínimo requerimiento epistémico previo.

El derecho contempla la necesidad de que toda decisión administrativa y judicial esté fundada en pruebas allegadas a los procesos de esas índoles. Así, el artículo 165 del Código General del Proceso establece como medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles, como las presunciones.

Sobre la *Declaración de parte*, es pertinente resaltar que es aquella en que una de las partes declara bajo la gravedad del juramento sobre hechos u omisiones. Cuando reconoce hechos que le perjudican, se genera la figura de la confesión teniéndose como prueba en su contra. En esas circunstancias, sobre la base de las reglas de la experiencia, se tiene esa declaración como una confesión, sobre la base de que el hombre «[...] no se siente impulsado a reconocer como verdaderos aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material o moral. Si, pues, reconoce como ciertos, hechos que le perjudican, se le puede tomar la palabra y tenerlos por verdadero». (Rocha-Alvira, 2012, p. 189)

Referente a la *Declaración de tercero*, es adecuado sostener que se presenta cuando una persona que no es parte en el proceso declara bajo la gravedad del juramento, en la cual tes-

timonia sobre hechos u omisiones que no le afectan, pues están relacionados con terceros. Se asume que el declarante no tiene interés en ello. En *La verdad y otras formas jurídicas*, Michel Foucault resalta la importancia que tiene el pastor-testigo en la obra de Edipo Rey:

Oculto en su cabaña, a pesar de ser un hombre sin importancia, un esclavo pastor vio, porque tiene en sus manos ese pequeño fragmento de recuerdo; porque traça en su discurso el testimonio de lo que vio, puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. El testigo, el humilde testigo, puede por sí solo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos. Edipo Rey es una especie de resumen de la historia del derecho griego. Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo *Antígona* y *Electra*, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. Esta dramatización de la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban. (Foucault, 2011, pp. 65-66)

En cuanto al medio de prueba *documental*, según afirma el profesor Gustavo Humberto Rodríguez, a diferencia del testimonio, que es un acto declarativo, el documento es una cosa representativa. Agrega que el profesor italiano Carnelutti afirmaba que: «El documento no sólo es una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho» (s.f.,

citado por Rodríguez, 1977, pp. 185-186). El inciso primero del artículo 243 del Código General del Proceso dice:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

A través del medio de prueba de *inspección* el juez examina con su propia percepción sensorial los vestigios de los hechos y con ello reconstruye la realidad de lo acontecido en el pasado, e incluso, puede llegar a percibir directamente hechos que siguen produciéndose en el presente. Por su parte, el medio de prueba *indiciaria* tiene como base el indicio, consistente en una conclusión, que resulta de una inferencia lógica deductiva, inductiva o abductiva. Aunque dada su precariedad, por regla general, a los indicios no se les otorga carácter de plena prueba, sino cuando están acompañados de otros medios de prueba que complementan sus conclusiones, por sí sólo sí pueden llegar a alcanzar menores o mayores grados de probabilidad.

En cuanto a las *presunciones de prueba*, son conclusiones que se consolidan en el derecho como reglas que se originan como resultado de la experiencia, de manera que legalmente se presume su existencia sin necesidad de prue-

ba. Sin embargo, los hechos en que se funda o se erige esa presunción sí deben estar probados. Sobre el particular, el inciso primero del artículo 166 del Código General del Proceso establece: «Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados» Esto significa que los presupuestos fácticos que sirvan de base para erigir la presunción de que se trate deben estar probados. Las presunciones, más que pruebas en sí mismas, son relevo de pruebas.

Ahora bien, el hecho presumido se tiene por cierto, pero como quiera que se trata de una presunción, menciona el inciso segundo del citado artículo, «admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice». Es decir, son presunciones *iuris tantum*. Las presunciones pueden ser legales, llamadas también relativas, que no obstante ser producto de la experiencia y la admisión o consagración como tales por la ley, admiten prueba en contrario, p. ej. la presunción de buena fe, la presunción de inocencia y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Las presunciones de derecho son aquellas que no admiten prueba en contrario, es decir, *iuris et de iuris*, toda vez que son el resultado de la estricta y rigurosa verificación de las ciencias de la naturaleza. En efecto, el inciso final del artículo 66 del Código Civil colombiano preceptúa: «Si una cosa, según la expresión de ley, se presume de Derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias». Un ejemplo de esta clase de presunción es el inciso segundo del artículo

92 del Código Civil colombiano: «Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento» También, otro ejemplo de presunción de Derecho es el establecido por la ley en el sentido de presumir en derecho que los menores de 14 años no tienen madurez suficiente para decidir sobre su vida sexual.

A través del medio de prueba *pericial*, resulta pertinente sostener que consiste en la experticia que se rinde en un proceso, con fundamento en conocimientos técnicos, artísticos, tecnológicos y científicos sobre aspectos que son básicos y determinantes para establecer la existencia de hechos y consecuencias jurídicas. Como todos los otros medios de prueba, el dictamen pericial está sometido a contradicción tanto con la objeción al dictamen como con la presentación de un contradictamen. Por lo general, una pluralidad de medios de prueba, no necesariamente la totalidad de ellos, es suficiente para probar la existencia de los hechos relevantes en el derecho, con lo cual se garantiza la obtención de la verdad, y sólo la verdad, presupuesto necesario y suficiente para adoptar una decisión administrativa o jurisdiccional. Esta última, con fuerza de verdad legal y con el atributo de la cosa juzgada.

Los medios de prueba anotados son los instrumentos que tiene el derecho para encontrar la verdad y poner en evidencia la existencia

de una epistemología jurídica. Vale decir que en materia jurídica no existe la infalibilidad al error ni la garantía del acierto absoluto, como tampoco existe en los ámbitos del conocimiento de las llamadas ciencias exactas.

En el campo del derecho, existen dos grandes escenarios: el primero, contentivo de las proposiciones normativas, generalmente integradas en un cuerpo de disposiciones que facultan, permiten, prohíben, sancionan. Y, otra parte, normas procesales encaminadas a establecer dentro de un juicio si a una persona le asiste el derecho o si tiene el deber de soportar una carga.

Un primer nivel se presenta en un procedimiento administrativo, en el cual, a través de medios probatorios se establece si a una persona le corresponde asumir una obligación. Un ejemplo sencillo sería si un empleado violó la norma que prohíbe asistir al trabajo bajo los efectos de drogas prohibidas. En ese caso, luego de determinar si la persona además de ser empleado de esa entidad, efectivamente se encontraba o no drogado en el lugar de trabajo.

En ese caso hay que establecer, primero, que exista esa prohibición y, en segundo lugar, que la persona infringió esa norma. Todo ello requiere una actividad probatoria normativa y factual, a través de los diversos medios de prueba, especialmente de los hechos. Aunque habrá una decisión con la cual concluya el procedimiento administrativo no gozará del atributo de la cosa juzgada, porque esa actuación procesal puede ser objeto de cues-

tionamiento en sede judicial, esto es, ante un juez o tribunal.

Vale precisar que en el ámbito jurídico los hechos, esto es, los aspectos fácticos, son predominantemente objeto de examen en la perspectiva ontológica y epistemológica, mientras que el derecho (objetivo y subjetivo) que se ha de aplicar es objeto del examen prevalente, desde la perspectiva hermenéutica de su validez, puede ser susceptible de examinarse conforme a los métodos más pertinentes, según el caso, como son el histórico, el exegetico, el lógico, el analógico, teleológico, el hermenéutico-comprensivo, el de equidad, proporcional o el de ponderación, que se desprende de los estudios de Hans Georg Gadamer y Arthur Kaufmann.

## BIBLIOGRAFÍA

Código Civil (1873). *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html).

Congreso de la República de Colombia (2004, 31 de agosto). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial 45658*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html).

Congreso de la República de Colombia (2012, 12 de julio). Ley 1564. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48489*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html).

- Corte Constitucional (2014, 16 de octubre). Sentencia SU-768 de 2014 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>.
- Descartes, R. (1999). *Discurso del método y La búsqueda de la verdad natural*. Panamericana.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.
- Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas* (Enrique Linch, trad.). Gedisa.
- Framarino, N. (1995). *Lógica de las pruebas en materia criminal* (4.ª ed.). Temis.
- Kelsen, H. (1999). *¿Qué es la Justicia?* (13.ª ed.) (E. Garzón, trad.). Fontamara.
- La Biblia* (52.ª ed.) (2004). Sociedad Bíblica Católica Internacional. San Pablo; Verbo Divino.
- Mora-Restrepo, G. (2005). *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*. Universidad de la Sabana. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Suárez-Ramírez, J. (2017). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino). Marcial Pons.
- Real Academia de la Lengua Española (2020). Cosa. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario). Consultado el 20 de diciembre de 2020. <https://dle.rae.es/cosa>.
- Real Academia de la Lengua Española (1992). *Diccionario de la lengua española* (21.ª ed.).
- Rodríguez, G. (1977). *Derecho probatorio colombiano. Compendio*. Ediciones Librería del Profesional.
- Rocha-Alvira, A. (2012). *De la prueba en derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- Vostrikov, A. (1970). *Teoría del conocimiento del materialismo dialéctico*. Ediciones Suramericana Ltda.

## REQUISITOS PARA PUBLICAR EN *ADVOCATUS*

La Facultad de Derecho y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Universidad Libre Seccional Barranquilla con el ánimo de promover nuevos conocimientos tanto en las áreas Jurídicas como socio-jurídicas, convoca a la comunidad académica local, nacional e internacional a presentar sus artículos para su publicación de la revista *Advocatus*.

La revista *Advocatus*, ISSN 0124-0102, publicación semestral del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, Categoría B en el índice bibliográfico nacional Publindex de Colciencias Ebsco y Dialnet, publicamos artículos resultados de investigación, de reflexión, de revisión, de traducción y reseñas que cumplan los requisitos para publicar y que sean avalados por nuestros pares nacionales e internacionales.

El público al cual va dirigido son profesionales del Derecho, estudiantes e instituciones de orden nacional e internacional (públicas y privadas) relacionadas con las diferentes áreas del Derecho.

### REQUISITOS TÉCNICOS

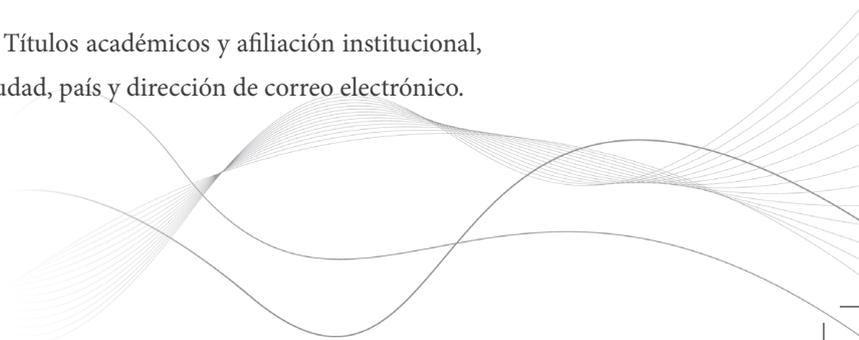
Los artículos enviados a la revista *Advocatus* deben ser inéditos y el archivo original en Word debe escribirse a espacio y medio (inclusive las referencias), en letra Arial, tamaño 12, con 3 cm de margen a cada lado y su extensión no debe ser superior a 30 páginas. Se recibirán artículos en español, inglés, francés, italiano y portugués.

La primera página del artículo debe contener:

Título del artículo, no mayor de 12 palabras (En español e inglés).

Nombre completo del autor o autores.

A pie de página del nombre del autor se debe especificar: Títulos académicos y afiliación institucional, cargo que actualmente desempeña, dirección principal, ciudad, país y dirección de correo electrónico.



A pie de página del título del artículo se debe señalar: origen de financiación del proyecto del cual resulta el artículo que se presenta (si aplica), subvenciones y apoyos recibidos para la elaboración de este.

La segunda página debe contener: Un resumen no mayor a doscientas (200) palabras, el cual debe hacer referencia a la naturaleza del documento, el objetivo general de la investigación, la metodología de investigación utilizada y la principal conclusión o evidencia del documento, en el idioma en que fue escrito el artículo y en inglés. Igualmente se deben indicar las palabras clave que facilitarán la indexación del artículo (máximo seis) en el idioma en que fue escrito y en inglés.

Debe enviarse el documento en versión definitiva al correo institucional del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co) o a [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

Los artículos pueden ser:

**Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación terminados. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

**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.

**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.

**Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.

**Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

**Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

**Reseña.** Escrito breve que informa y a la vez valora una obra o un producto cultural; su característica fundamental radica en describir y emitir un juicio valorativo a favor o en contra.

**Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

**Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.

**Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.

**Verificación de cumplimiento de los requisitos formales.** Si el artículo no corresponde a ninguna de las categorías establecidas por la revista o no se ajusta a los requisitos de presentación formal, será devuelto a su autor, quien podrá volver a remitirlo al editor(a) cuando llene los requisitos. El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos de investigación.

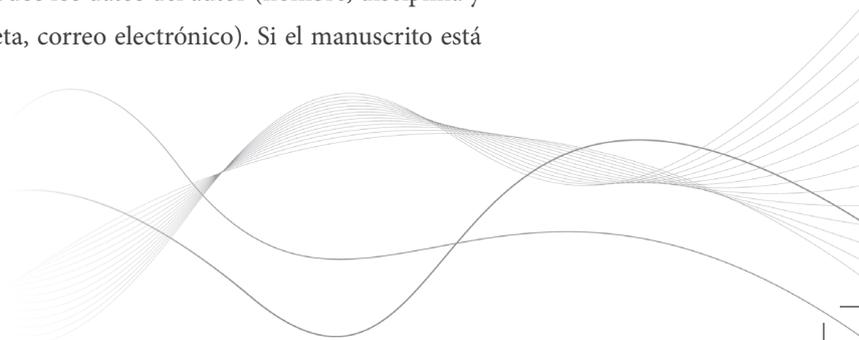
**Arbitraje de la publicación.** El Comité Editorial envía los artículos preseleccionados a evaluadores anónimos, nacionales e internacionales, quienes son seleccionados por sus altas calidades intelectuales y nivel académico, con estudios de maestría y doctorado.

La revista *Advocatus* utiliza la técnica de evaluación a ciegas, ni el articulista sabe a qué par evaluador ha sido enviado su artículo ni el evaluador sabe quién es el autor del artículo que va a calificar. Una vez emitido el concepto por parte del par, el Comité se reserva la facultad para, aceptar el artículo en la versión que se presenta o solicitar modificaciones al mismo y condicionar su publicación, el cual puede ser rechazado.

De la evaluación de los artículos se dará noticia por escrito, y en caso de ser aceptados, se informará a los autores en cuál número se publicarán, si ello fuere posible. La recepción de un artículo supone que este no ha sido publicado, aceptado o se encuentre en evaluación para su publicación en otra revista.

## RESPONSABILIDAD ÉTICA

Los manuscritos presentados a *Advocatus* deben incluir todos los datos del autor (nombre, disciplina y / o función, filiación profesional, dirección postal completa, correo electrónico). Si el manuscrito está



firmado por varios autores, se entiende el autor que presenta el texto ha estado de acuerdo con todos para actuar en su nombre.

Definición del autor: es considerado como el autor, cualquier persona que haya contribuido de manera significativa al diseño del artículo, la investigación que lo precedió y su redacción.

Envío de un manuscrito implica que sea aprobado por todos los coautores, y que no está sujeto a ninguna otra publicación en el estado, ni en otro idioma.

La recolección de datos o haber participado en alguna técnica no se consideran criterios para obtener el perfil de autor.

Para los artículos con coautoría, favor diligenciar el formato de remisión de autores.

Cada autor se compromete a ceder de manera expresa los derechos patrimoniales derivados de la publicación de su obra; para ello deberá diligenciar el formato de cesión de derechos patrimoniales de autor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán de acuerdo con las normas de la sexta edición de la American Psychological Association (APA).

### Artículos

Ramírez Nárdiz, A. (2008). Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos. *Advocatus*, 25, 17-29.

### Libros y cap. libros

*Formas básicas para libros completos*

Apellidos, A. A. (Año). Título. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). Título. Disponible en <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). Título. Ciudad: Editorial.

-Libro con autor

Villa Villa, S. I. (2014). *Costumbres mercantiles en el distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

-Libro con editor

Barros Cantillo, N. (Ed.). (2014). *¿Es el derecho una ciencia?* Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

-Formas básicas para un capítulo de un libro o entrada en una obra de referencia

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), Título del libro (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

### **Informe técnico**

*Forma básica*

Apellidos, A. A. (Año). Título. (Informe Núm. xxx). Ciudad: Editorial.

### **Referenciar una página web**

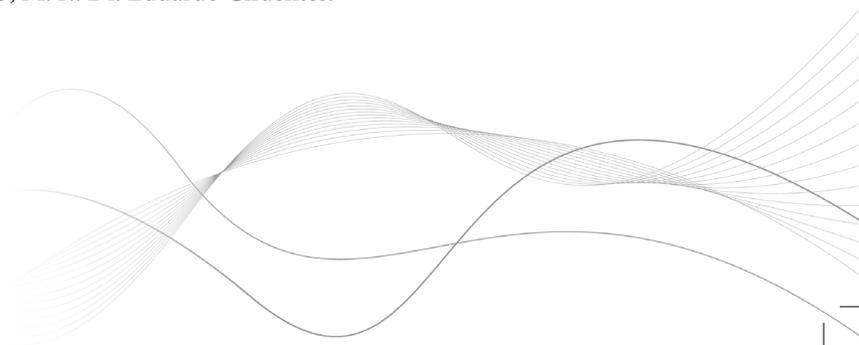
Apellido, A. A. (Fecha). Título de la página. Lugar de publicación: Casa publicadora. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).

### **Legislación y jurisprudencia**

República de Colombia (2012). Ley 1607, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República (2012). Decreto 0019, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-533, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes.



Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de junio de 2012, M. P: José Luis Barceló Camacho. Radicado 38.508.

### **Otros tribunales**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1989). Sentencia Soering c. Reino Unido n° 14038.

En la parte final del artículo se debe incluir la lista de referencias y demás fuentes utilizadas en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título, respetando en lo demás las pautas para las referencias a pie de página.

Es responsabilidad del autor conseguir los permisos y derechos para anexar materiales o ilustraciones provenientes de otras fuentes.

Las opiniones expresadas en los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de los autores.

## REQUIREMENTS TO PUBLISH IN *ADVOCATUS*

The Law School and the Center for Legal Research and Socio-Legal Universidad Libre Sectional Barranquilla, with the aim of promoting new knowledge both in legal areas as legal partner, calls to local, national and international academic community to submit their articles for publication of the magazine *Advocatus*.

The *Advocatus*, ISSN 0124-0102, semiannual publication of the Center for Legal Research and Socio-Legal, attached to the Faculty of Law and Social Sciences at the Universidad Libre Sectional Barranquilla, category B in the national bibliographic index of Colciencias Publindex, Ebsco and Dialnet, research results published items, reflection, revision, translation and reviews that meet the requirements to publish and which are guaranteed by our national and international peers.

The audience which is addressed are legal professionals, students and institutions of national and international (public and private) order related to the different areas of law.

### TECHNICAL REQUIREMENTS

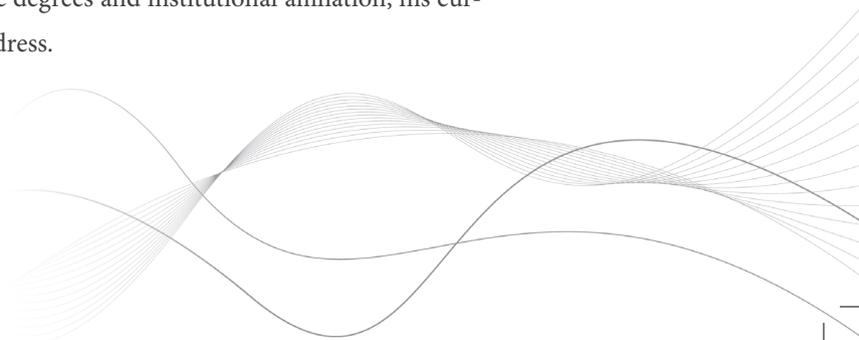
Items sent to the magazine *Advocatus* must be original and the original file in Word must be typed with double spacing (including references), Arial, size 12, with 3 cm margin on each side and its length should not exceed 30 pages. articles in Spanish, English, French, Italian and Portuguese will be received.

The first page of the article should contain:

Article Title, no more than 12 words (In Spanish and English).

Full name of the author or authors.

A footnote the author's name must be specified: Academic degrees and institutional affiliation, his current position, primary address, city, country and email address.



A footnote in the title of the article should indicate: source of project financing which is the article that appears (if applicable), grants and support received for the preparation thereof.

The second page should contain: A no more than two hundred (200) words, abstract which should refer to the nature of the document, the overall objective of the research, the research methodology used and the main conclusion or evidence of the document, the language in which it was written the article and in English. Also they should indicate keywords that facilitate the indexing of the article (maximum six) in the language in which it was written and in English.

The document must be submitted in final form to the institutional mail Legal Research Centre and Socio-Legal [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co) or [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

Items can be:

**Article of scientific and technological research.** Document presents, in detail, the original results of research projects completed. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, results and conclusions.

**Reflection article.** Document that presents finished research results from an analytical perspective, in-terpretative or critical of the author, on a specific subject, resorting to original sources.

**Review article.** Document result of a finished research where it is analyzed, systematized and integrated research results published or unpublished, on a field of science or technology, in order to account for the progress and development trends. It is characterized by presenting a careful bibliographic review of at least 50 references.

**Short article.** A brief text presenting the original or part of a scientific or technological research preliminary results, which usually require a quick diffusion.

**Case report.** Document that presents the results of a study on a particular situation in order to publicize the technical and methodological experiences considered in a specific case. It includes a systematic review of literature on similar cases.

**Topic Review.** A document resulting from a critical review of the literature on a particular topic.

**Review.** Written brief that informs and values while a work or a cultural product; its main characteristic is to describe and issue a value judgment for or against.

**Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative Documents published in the journal, which in the opinion of the Editorial Board constitute an important discussion of the subject by the scientific community of reference.

**Editorial.** Documento written by the editor, a member of the editorial committee or a guest researcher on orientations in the subject domain of the magazine.

**Translation.** Translations of classical texts or current or historical or transcripts of particular interest in the domain of magazine publishing documents.

**Verification of compliance with the formal requirements.** If the item does not fit any of the categories established by the journal or does not conform to the requirements of formal presentation, will be re-turned to the author, who may again refer to the editor(a) meets the requirements. The Editorial Com-mittee gives priority to the publication of research articles.

**Arbitration publication.** The Editorial Committee sends the items shortlisted anonymous, national and international evaluators, who are selected for their high intellectual qualities and academic level, with master's and doctoral studies.

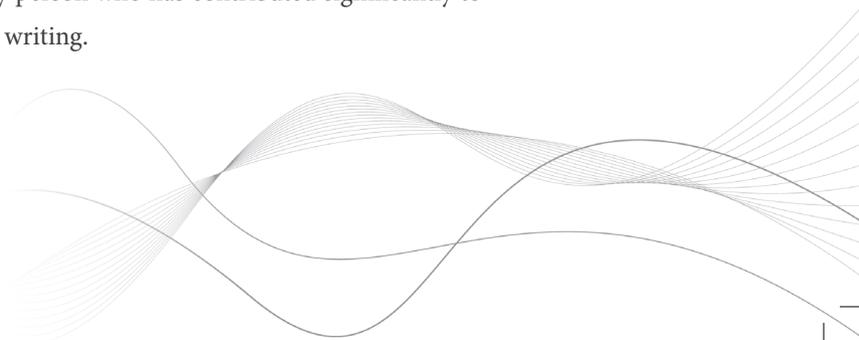
The magazine *Advocatus* uses the technique of blind assessment, or the writer knows what evaluator pair has been sent your article nor the evaluator know who the author of the article to qualify. Once issued the concept by the couple, the Committee reserves the right to accept the article in the version presented or request changes to it and determine its publication, which can be rejected.

Evaluation of articles written notice be given, and if accepted, authors will be informed on which number will be issued, if this is possible. Receipt of an article implies that it has not been published, accepted or is in evaluation for publication in another journal.

## ETHICAL RESPONSIBILITY

Manuscripts submitted to *Advocatus* must include all information about the author (name, discipline and / or function, professional affiliation, complete mailing address, email) If the manuscript is signed by several authors, it means the author presents the text has been according to all to act on their behalf.

Definition of the author: it is considered as the author, any person who has contributed significantly to the design of the article so, the research that preceded and writing.



Submission of a manuscript implies that it is approved by all coauthors, and is not subject to any other publication in the state or in another language.

Data collection or participating in any technique is not considered criteria for the author profile. For items with co-authorship, please fill out the submission form authors.

Each author undertakes to transfer expressly derivatives property rights of publication of his work; for it must fill the form of transfer of economic rights.

### **BIBLIOGRAPHIC REFERENCES**

Bibliographic and other types of references shall be entered in accordance with the rules of the sixth edition of the American Psychological Association (APA).

#### **Articles**

Ramírez Nárdiz, A. (2008). Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos. *Advocatus*, 25, 17-29.

#### **Books and cap. books**

*Basic forms to complete books*

Surname, A. A. (Year). Title. City: Publisher.

Surname, A. A. (Year). Title. Available in <http://www.xxxxxx.xxx>

Surname, A. A. (Ed.) (Year). Title. City: Publisher.

#### **-Book With author**

Villa Villa, S.I. (2014). *Costumbres mercantiles en el distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

**-Book With editor**

Barros Cantillo, N. (Ed.). (2014). ¿Es el derecho una ciencia?. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

*Basic-Forms for a chapter in a book or entry in a reference work*

Surname, A. A. & Surname, B. B. (Year). Chapter title or entry. In

Surname, A. A. (Ed.), Book title (pp. Xx-xx). City: Publisher.

**Technical Report**

*Basic form*

Surname, A. A. (Year). Title. (Report No. Xxx). City: Publisher.

**Referencing a website**

Last, A. A. (Date). Page title. Place of publication: publishing house. Where the document address (URL) is extracted.

**Legislation and jurisprudence**

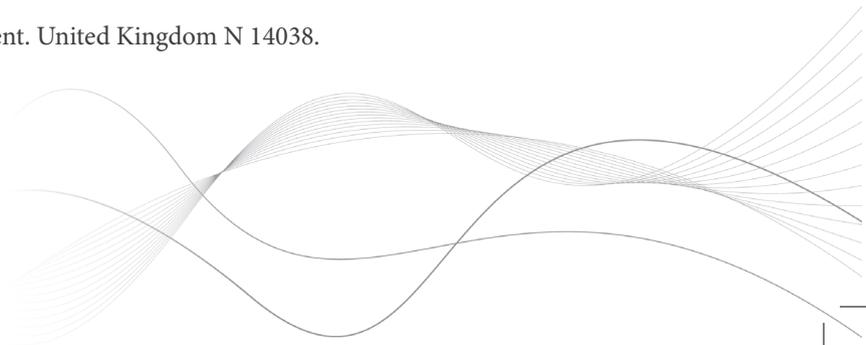
Republic of Colombia (2012). Act 1607, by which rules are issued in tax matters and other provisions are issued

Presidency of the Republic (2012). Decree 0019, by establishing rules to abolish or amend regulations, procedures and unnecessary procedures in Public Administration

Constitutional Court of Colombia (1992). Judgment T-533, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes. Supreme Court of Justice. Judgment of June 6, 2012, M. P: José Luis Barceló Camacho. Settled 38,508.

**Other courts**

European Court of Human Rights (1989). Soering judgment. United Kingdom N 14038.



- In the final part of the article should include the list of references and other sources used in alphabetical order by author or, failing that, by title, otherwise respecting the guidelines for references to footnotes.

It is the responsibility of the author get permits and rights to attach materials or illustrations from other sources.

The opinions expressed in articles published in this journal are the sole responsibility of the authors.

# ADVOCATUS

REMISIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA ADVOCATUS

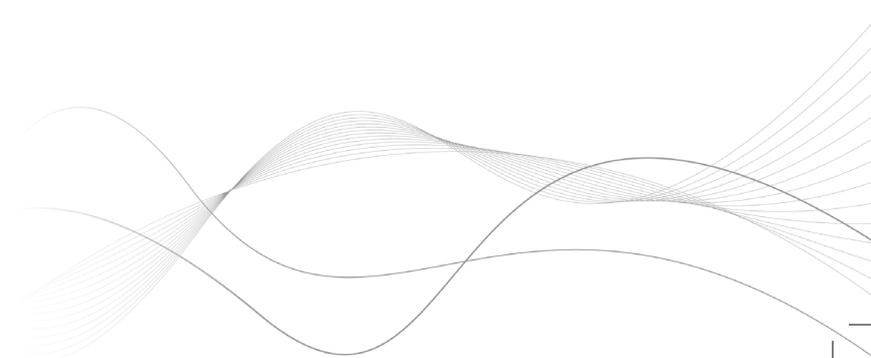
UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA

\_\_\_\_\_ ,  
autor principal del artículo: “ \_\_\_\_\_  
” \_\_\_\_\_ ”

Certifico que las personas que relaciono a continuación son coautores del mismo y están de acuerdo en aparecer como tales, son ellos:

Coautor \_\_\_\_\_ Firma: \_\_\_\_\_

Coautor \_\_\_\_\_ Firma: \_\_\_\_\_





## CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR A LA UNIVERSIDAD LIBRE

Nombre completo, mayor (es) de edad, identificado (s) con cédula de ciudadanía N° Número de cédula, domiciliado en Dirección de residencia, quien en adelante se denominará (s) EL (Los) CEDENTE(S), realiza la CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR, atendiendo a las siguientes,

### CONSIDERACIONES:

1. Que EL (Los) CEDENTE(S) es (son) autor(es) de Escriba el tipo de producto a ceder. Ejemplo (libro), denominado "Título del producto", incluido en Elija un elemento, denominado "Nombre del trabajo que dio origen a la obra", desarrollado por Nombre del autor (es) de la obra en el año año.
2. Que, respecto a la transmisión de derechos patrimoniales de autor, el Acuerdo N° 05 de julio 9 de 2021, por el cual se aprueba el Reglamento de propiedad intelectual (PI) y de Acceso Abierto, en sus artículos 7 y 18, establece la forma como el autor o investigador podrá ceder a la Universidad los derechos patrimoniales sobre la obra concluida o productos logrados en la investigación, cesión que se perfeccionará conforme a las normas legales pertinentes.
3. Que el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, establece que los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.
4. La presente cesión se realiza sin limitación territorial y por el termino de protección legal de la obra según la ley colombiana, teniendo en cuenta que la obra fue realizada con el apoyo de la Universidad Libre a nivel Haga clic aquí o pulse para elegir una opción..
5. Que la misma disposición legal establece que los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros, siendo, por tanto, inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.
6. Que consecuentemente, EL (Los) CEDENTE(S) a través del presente documento ratifica su deseo de transferir a la Universidad Libre, a título gratuito y por el termino de protección legal de la obra según la Ley colombiana, los derechos patrimoniales de autor Escriba el tipo de producto a ceder. Ejemplo (libro), titulado "Título del producto".
7. El (Los) CEDENTE(S) transfiere(n) de manera total y sin limitación alguna a la Universidad Libre, los derechos patrimoniales de autor conocidos o por conocer que ostenta por la creación Escriba el tipo de producto a ceder. Ejemplo (libro), denominado "Título del producto", incluido en el proyecto denominado "Nombre del trabajo que dio origen a la obra", efectuado en el año año.
8. La presente cesión se realiza a título gratuito.



## CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR A LA UNIVERSIDAD LIBRE

9. El (los) CEDENTE(S) declara(n) que es el único titular de los derechos patrimoniales que por este acto son cedidos y, en consecuencia, puede disponer de ellos sin ningún tipo de limitación o gravamen. Así mismo, declare(n) que para la creación objeto de la presente cesión, no ha vulnerado derechos de propiedad intelectual de terceros. En todo caso, el (los) CEDENTE(S) acepta(n) que responderá por cualquier reclamo que en materia de derechos de propiedad intelectual se pueda presentar, exonerando de cualquier responsabilidad a la Universidad Libre. Para todos los efectos, la Universidad Libre actúa como un tercero de buena fe, que lo sustituya.
10. El (los) CEDENTE(S) se obliga(n), a seguir los protocolos establecidos por calidad institucional que se refieren a la inscripción de Escriba el tipo de producto a ceder. Ejemplo (libro), denominado (a) "Título del producto", ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.
11. El (los) CEDENTE(S) autoriza(n) a la Universidad Libre, para que disponga de los derechos de reproducción, transformación, comercialización, importación, comunicación pública, puesta en disposición, divulgación, préstamo, consulta y demás derechos conocidos que le corresponden como autor Escriba el tipo de producto a ceder. Ejemplo (libro), en formato virtual, electrónico, digital, en red, Internet, intranet y en general por cualquier formato conocido o por conocer, por tal razón, la Universidad Libre garantiza: 1) El registro de la obra ante la Dirección Nacional de derechos de autor; 2) La conservación de la obra entregada a través del Repositorio Institucional, para los casos en los que aplique; 3) La reproducción y/o transformación a cualquier formato, que permite su legibilidad en las diferentes herramientas ofrecidas por las tecnologías de información y la comunicación; 4) La visibilidad en Internet a través de motores de búsqueda, directorios y demás medios de difusión del conocimiento interoperables con el Repositorio Institucional; 5) La inclusión en cualquier otro formato electrónico o físico para servir de base en cualquier otra obra derivada (citación) y, 6) Hacer uso adecuado de la obra sin afectar los derechos morales del autor.
12. En lo estipulado en el presente acto se aplicará la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995, Ley 1915 de 2018 y demás normas nacionales e internacionales sobre Derechos de Autor y Propiedad Intelectual; al igual que lo estipulado en el Acuerdo No. 05 de julio 9 de 2021, que aprueba el Reglamento de propiedad intelectual (PI) y de Acceso Abierto de la Universidad Libre o el que lo sustituya y demás normas que le modifiquen, edicionen o aclaren.

EL (Los) CEDENTE(S).

\_\_\_\_\_  
Nombre Completo  
Nº Documento

EL CESIONARIO.

\_\_\_\_\_  
REPRESENTANTE LEGAL O SU DELEGADO

DD/MM/AA

# ADVOCATUS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y  
SOCIO-JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD LIBRE  
SECCIONAL BARRANQUILLA

## FORMATO DE CANJES

Nombres: \_\_\_\_\_ Apellidos: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_ Ciudad: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_

Teléfono casa: \_\_\_\_\_ Teléfono oficina: \_\_\_\_\_ Teléfono móvil: \_\_\_\_\_

Fax: \_\_\_\_\_ Apartado Aéreo: \_\_\_\_\_ Documento de identidad: \_\_\_\_\_

Correo electrónico: \_\_\_\_\_

Ocupación: \_\_\_\_\_

Afiliación institucional: \_\_\_\_\_

Nombre de la revista y de la institución con la que se haría el canje: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Favor enviar este formato debidamente diligenciado a la Universidad Libre, Barranquilla, Colombia, Suramérica, en la siguiente dirección: kilómetro 7 Antigua Vía Puerto Colombia, Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas 3er. piso; oficina del editor: a la siguiente dirección de correo electrónico: [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co), con copia obligatoria a la siguiente dirección: [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

*Advocatus se publica semestralmente.*