

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Edgar Córdova Jaimes
Flor Ávila Hernández
Compiladores



Fundación Ediciones Clío



DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Compiladores

Edgar Córdova Jaimes

Investigador Asociado Colciencias <https://orcid.org/0000-0003-2450-6156>

Flor Ávila Hernández

Investigadora Asociada Colciencias <https://orcid.org/0000-0002-0509-7249>

Ediciones Clío

Maracaibo 2022

Venezuela

Este libro es producto de investigaciones realizadas por sus autores, ha sido sometido a evaluación de pares mediante el sistema de doble ciego.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

© Edgar Córdova Jaimes y Flor Ávila Hernández (Compiladores).

© Fundación Ediciones Clío

DOI 10.5281/zenodo.7245562



Director: Jorge F. Vidovic L.

Primera Edición: Año 2022

ISBN: 978-980-7984-42-3

Depósito legal: ZU2022000275

Diagramación y Montaje:

Ediciones Clío

<https://www.edicionesclio.com/>

Diseño de portada:

Julio César García Delgado

Esta obra está bajo licencia: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional



Las opiniones y criterios emitidos en el presente libro son exclusiva responsabilidad de los autores

Democracia y Derechos Humanos. / Edgar Córdova Jaimes y Flor Ávila Hernández (Compiladores).

—1era edición digital— Maracaibo (Venezuela): Ediciones Clío. 2022

310 p.; 22 cm

ISBN: 978-980-7984-42-3

1. Democracia 2. Derechos humanos. 3. Calidad de vida. 4. América Latina.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Compiladores

Edgar Córdova Jaimes

Investigador Asociado Colciencias <https://orcid.org/0000-0003-2450-6156>

Flor Ávila Hernández

Investigadora Asociada Colciencias <https://orcid.org/0000-0002-0509-7249>

Comité Científico del libro

Dra. Isabel Cristina Rincón (PhD)

Investigadora Senior Colciencias <https://orcid.org/0000-0002-7348-2341>. Universidad de Santander (Colombia) – Grupo Ciempies – Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables Categoría “A” Minciencias.

Dra. Judith Hernández de Velasco (PhD)

Investigadora Senior Colciencias <https://orcid.org/0000-0002-8539-2853> Corporación Universitaria de la Costa – Colombia Grupo Derecho, política y sociedad Categoría “A1” - Minciencias.

Dr. Alessandro Serpe (PhD)

Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara- Italia. Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali nella Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti e Pescara.

Dra. Jennifer Fuenmayor (PhD)

Universidad del Zulia-Venezuela. Instituto de Investigaciones Económicas “Econ. Dionisio Carruyo”. Facultad Cs. Econ. y Sociales. Profesora visitante Center for Latin American Studies. University of Florida – Gainesville – Estados Unidos. <https://orcid.org/0000-0003-0449>

Dr. Jorge Luis Barboza (PhD)

Investigador Asociado Colciencias <https://orcid.org/0000-0002-6743-428x>. Corporación Universitaria del Caribe-CECAR -Colombia Grupo de investigación IDEAD categoría “A” Minciencias

Msc. Jorge Chaparro Medina

Investigador Senior Colciencias-ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0916-8702> Fundación Universidad del área Andina- Colombia-Grupo Gestión de Conocimiento. Categoría B – Minciencias.

Índice general

Prólogo	9
Democracia y Estado Social de Derecho en Colombia	15
Edgar Córdova Jaimes, José Wilches, Kirly De León Villamil, Natalia Sofía Madera Calle, Valentin Sevilla Ramírez, Javier Ascencio, Luisa Orbegozo	
Las “caminantes” venezolanas: entre subjetividad migrante y derechos humanos	39
Flor María Ávila Hernández, Lucia Picarella	
Eficacia de acciones positivas como medida de protección para prevenir la violencia contra las mujeres en Argentina	74
Angélica María Ochoa Díaz	
Cultura de paz en el contexto del conflicto armado en Colombia	106
Ruth cristina García Otero	
El derecho penal del enemigo: Creación de nuevos delincuentes a través de la revolución molecular disipada	129
Edwin Rubio Medina	
Desafíos jurídicos en la protección de los derechos de comunidades indígenas en Colombia y Chile	153
Lina Marcela Martínez Durango, Guissepe D'Amato Castillo, John Campos Benavides	
La categoría de la no discriminación territorial en el Derecho Constitucional como factor garante del principio de igualdad de los derechos humanos	177
Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor	

Nationality and citizenship in the perspective of the trilemmatic debate	197
---	------------

Judith Josefina Hernández García de Velazco, John Eric Rhennals Turriago, Ana Cecilia Chumaceiro Hernández

Educación en los tiempos de la Covid-19: una mirada crítica	220
--	------------

Carlos Martínez, Nurys Martínez Guerra

Alcance del derecho de asociación sindical en Colombia y en Venezuela	247
--	------------

José Gregorio Noroño Sánchez, Juan Javier Humanez Posada, Ángela Patricia Petro Hernández

Eficacia en fallos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre garantía de productos.....	281
---	------------

Giancarlo Leal Orozco

Prólogo

El contexto en el cual se presenta este libro producto de investigación ocurre en un ambiente extendido de los cambios transformaciones que se venían forjando en desde hace más de veinte años a partir de las crisis de las ciencias sociales que parecían no tener capacidad para explicar los temas presentes en la realidad política, social, jurídica de nuestras sociedades, interrogantes cuyas respuestas son desafíos para la ciencia y la sociedad: ¿Por qué no hemos alcanzado el desarrollo, luego de aplicar tantos planes económicos?, ¿Por qué a pesar de los ciclos de reformas del Estado desde los años 80 y nuevas constituciones el modelo democrático no ha podido garantizar la inclusión y trato igualitario a todas las poblaciones?, ¿Por qué tiene cabida hoy modelos autoritarios a pesar de los ciclos históricos vividos globalmente, y una mayor extensión y generación de movimientos sociales a escala universal?, ¿Cómo ha modificado la internet y la conectividad las relaciones políticas? ¿Estamos en presencia de nuevas categorías de análisis en la creciente generación de expectativas por reclamos de nuevos derechos?, ¿a partir de la pandemia por la Covid-19, se han resentido o expuestos aún más las falencias del modelo organizativo político, jurídico y social, económico propio de la modernidad?

9

El desafío presente para la sociedad es de dimensiones históricas, pero también es el resultado de la crisis de ciencia instalada desde hace más de dos décadas, y sobre la cual han discurrido los procesos de búsqueda de explicaciones diversas a la contra corriente de la evolución de la ciencia y la tecnología, el derecho, las libertades modernas instaladas desde la iluminación, los cambios en los mercados y sus tensiones con el poder y el desarrollo, estarían

reclamando una mirada, y enfoques a partir de estas realidades más contundentes llenas de imágenes, comunicación e inmediatez.

A la par de lo acotado resulta interesante evidenciar la (re) aparición de fenómenos que parecían superados, los autoritarismos latinoamericanos, y su manifiesta forma pendular, el tema de las migraciones, la fragilidad y dependencia de nuestras economías y sistemas de libertades puestos a prueba por la excepcionalidad impuesta por el poder constituido en las democracias modernas a propósito de la interrupción de la vida cotidiana, producto de la declaratoria de pandemia en marzo de 2020, la pérdida de la capacidad de inclusión social y política de la educación y el empleo, las nuevas exclusiones como la posibilidad de conexión a la *internet*, y la gravitación del poder en su renovada forma de Bio-poder, son algunas de las urgencias a las que tenemos que dar respuesta frente al logro de los objetivos de Desarrollo sustentable, determinado por las Naciones Unidas.

10 Hemos pensado esta discusión, larga y no exenta de dificultades metodológicas y prácticas, mediante tres elementos que atraviesan los esfuerzos de investigación de los proponentes, el tema de la Democracia como marco y su referente definitorio como lo es la Dignidad Humana, en esa interrelación se desprendería las condiciones materiales para hacer posible la finalidad de la democracia y la estricta garantía de los derechos humanos y fundamentales, el arreglo de la Economía y su objetivo coadyuvante al desarrollo con dignidad humana por lo que su estructura material no está desprovista de compromiso políticos ni ideológicos.

El presente libro aporta a la discusión de los problemas antes señalados, además de constituir una producción efectuada por colegas y estudiantes de diversas universidades colombianas que partiendo de diferentes enfoques metodológicos y premisas teóricas han desarrollado líneas de trabajo tendientes a logra explicaciones y conocimiento que atiende a las preocupaciones expresadas en este libro, llevados a cabo por los autores en los centros, institutos y grupos de investigación donde abordamos estas problemáticas. El libro consta de once capítulos que alimentan al árbol temático del mismo

El primer capítulo denominado Democracia y Estado Social de Derecho en Colombia, se analiza las posturas teóricas respecto a la

democracia y su referente filosófico- jurídico de dignidad humana como marcos referenciales del Estado social de Derecho, para establecer una relación entre las concepciones de la democracia y sus realizaciones políticas, en un esfuerzo por contribuir a una reflexión más compleja más allá de las prescripciones normativas, sobre todo para estudiantes y profesores que deben lidiar con estos temas en la formación de pregrado.

El segundo capítulo aborda un tema presente hoy día en la agenda política e intelectual destinado al análisis de la migración forzada de mujeres desde Venezuela, derivada de la emergencia humanitaria mediante la contextualización y explicación del fenómeno de esta migración con el tópico y los aportes prospectivos de los derechos humanos, la sociología jurídica, la politología, que es un enfoque metodológico que atraviesa toda la estructura de este libro colectivo, el trabajo tiene como conclusión el necesario reforzamiento de una más fuerte convergencia de esfuerzos para diseñar modalidades de integración y convivencia nuevas, cada vez más ancladas a la plena afirmación y total armonía con los derechos humanos y la expresión de identidad y subjetividades.

11

En tercer lugar, se presenta un tema destinado al estudio de la desigualdad que enfrentan las mujeres, dicho tema se desarrolla desde la realidad argentina, país que ha sancionado diferentes leyes de acciones positiva destinada a establecer la igualdad de las mujeres como un principio de la democracia. Hemos querido abordar este tema de investigación con el objeto de determinar si estas acciones positivas o afirmativas constituye una medida eficaz de protección para prevenir la violencia contra las mujeres, se desarrolló un abordaje cualitativo y cuantitativo, las disponibles estadísticas demuestran la existencia de leyes de acciones positivas como medidas de protección para la no discriminación de las mujeres no han sido eficaces ya que desde la sanción de la ley 26.485 en 2009 la violencia contra las mujeres no ha disminuido, esta ha ido en ascenso lo que ha arrojado en la última década un total de 2.995 mujeres muertas por femicidio.

El cuarto capítulo se dedica al tema de la cultura de paz en el contexto del conflicto armado en Colombia, se aborda mediante un análisis a la luz del concepto de “cultura de paz” expuesto por

Johan Galtung (1998), confrontando las consecuencias del “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia, firmado en 2016 por el gobierno y la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo- FARC- EP, a la luz del concepto de “cultura de paz” expuesto por Johan Galtung (1998) se analizó el contexto de estos últimos seis años en Colombia, a pesar de todos los esfuerzos del Estado colombiano en la construcción de una cultura de paz existen factores inmersos en las instituciones estatales y en la sociedad colombiana que no permiten la garantía de la paz duradera y estable, lo cual pone en la agenda de tanto de la ciencia social como de los operadores políticos este tema para fortalecer el Estado social de derecho y la paz como bien jurídico, lo cual afecta la democracia y el Estado social de derecho

12

Dentro de los temas que integrar la aparte de derechos humanos se desarrolla en el capítulo quinto, un tramo dedicado a las nuevas dinámicas de la criminalidad global, una de ellas es el derecho penal del enemigo. Dicho enfoque en su versión contemporánea resulta de posiciones teóricas sociológicas y legales tendientes a un entender la sociedad como sistema cerrado. Este capítulo tiene como objetivo desarrollar una reflexión teórica de las consecuencias socio-jurídicas que implica la implementación del lenguaje del enemigo, tomando como énfasis el caso colombiano, se propone dos tipos de versiones del concepto, la primera, a través de la política gubernamental de la seguridad democrática (2002-2010) y la segunda versión por medio de la denominada revolución molecular disipada como una forma contemporánea de perseguir el crimen. El capítulo concluye presentando los riesgos del adelantamiento punitivo y la paranoia social que puede provocar la incorporación del enemigo en los dispositivos político-criminales, minando la institucionalidad del Estado Social de Derecho colombiano, y por otro lado imposibilitando la expresividad, diversidad y la multiplicidad de la sociedad nacional.

En el capítulo sexto se exponen los desafíos jurídicos en la protección de los derechos de las comunidades indígenas de Colombia y de Chile dentro de sus ordenamientos jurídicos y sus formas de vida autóctonas, así como algunos fallos relevantes a

la hora de proteger los intereses de las comunidades. Se hace un análisis comparado de las legislaciones indígenas de ambos países, y los desafíos que tienen en esta materia, se resalta la evolución jurisprudencial y legal del derecho, encontrándose que se observan la existencia de factores que afectan la calidad de vida, y la subsistencia de las minorías étnicas, su estudio y resolución mejoraría la calidad de nuestras democracias y proyección de la dignidad humana.

Seguidamente se presenta un interesante tema relativo al beneficio sobre la igualdad, la democracia y estado social de derecho de incluir taxativamente en el derecho constitucional la prohibición de las formas de desigualdades en que se expresa el principio de igualdad y no discriminación que garantiza los derechos humanos de los estados democráticos como Colombia, para garantizar la no exclusión genera por diferencias en el acceso a las nuevas tecnologías y los desequilibrios sociales y económicos; es así como la ubicación territorial de los individuos y grupos de personas puede constituir un factor de exclusión que fomenta restricciones en el disfrute y acceso a los derechos humanos en virtud del lugar en que habitan, cuestión muchas veces ignorada en las constituciones.

13

En octavo lugar se presenta un trabajo en idioma inglés sobre la nacionalidad y la relación con la ciudadanía desde la perspectiva de los sistemas de libertad y seguridad como indicadores superiores de los Derechos, ello en un contexto diferente a los latinoamericanos que aporta una visión problematizadora en la construcción de la protección de estos a partir del vínculo de la ciudadanía como referente para los sistemas de garantías propios de las democracias protectoras.

La temática que aborda un análisis crítico de la educación en medio de las circunstancias impuestas por la declaratoria de pandemia en marzo del año 2020 se desarrolla en noveno lugar, partiendo de la premisa que la pandemia obligó una pausa que sirvió de momento propicio para reevaluar las acciones conducentes a la apropiación social de nuevas estrategias para seguir los procesos educativos que condujo a un renovado interés por la incorporación de la virtualidad, y la educación a distancia de manera más decidida, caracterizando una experiencia que ha dejado un conocimiento en los procesos

de implementación de estas modalidades concretamente en la formación de trabajadores sociales.

Completando los aportes en este libro de casos comparados se presenta un texto que analiza Alcance del derecho de asociación sindical en Colombia y en Venezuela la génesis y evolución de las organizaciones sindicales desde la perspectiva del derecho comparado de Colombia y Venezuela; se analiza y caracteriza las organizaciones sindicales desde el derecho positivo de cada legislación, se presenta un recorrido por los antecedentes de las organizaciones sindicales; así como de las normas que rigen el derecho de asociación sindical en ambos países. Se constata a partir de los análisis un desarrollo moderado y limitado por la participación del Estado en sus diferentes formas a pesar de brindarle protección a las organizaciones sindicales, es poco el apoyo que reciben por parte de los gobiernos y menos aún de los empleadores.

14 Finalmente se concluye con un trabajo que discurre sobre la eficacia jurídica en fallos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, sobre garantía de productos: Análisis comparativo con la justicia civil en Colombia, se presenta la argumentación en teorías constitucionales, legales, prácticas profesionales y en una actividad holística e investigativa sobre derecho al consumo.

Este cuerpo temático abordan indicadores presentes en las definiciones de la democracia el estado social de derecho, la vida republicana, y las sociedad liberal que hemos tratado construir desde hace más de doscientos años, este esfuerzo histórico y político, no ha estado libre de las crisis y desencantos que su realización ha significado, asistimos hay como ya lo hemos señalado a un estado de cosas que parecieran atentar contra nuestra paz ciudadana, moral y republicana que ameritan dirigir esfuerzos políticos, morales y académicos para coadyuvar a encontrar las explicaciones y soluciones en procura de la rehabilitación de nuestras democracias hacerlas más permeables a los Derecho Humanos como fundamento de la modernidad necesaria.

Dr. Edgar Córdova Jaimes

Democracia y Estado Social de Derecho en Colombia

Edgar Córdova Jaimes*, José Wilches, Kirlay De León Villamil**, Natalia Sofía Madera Calle**, Valentin Sevilla Ramírez**, Javier Ascencio**, Luisa Orbegozo**

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las posturas teóricas respecto a la democracia y su referente filosófico- jurídico de dignidad humana como marcos referenciales del Estado social de Derecho, para establecer una relación entre las concepciones y las realizaciones de las mismas en un esfuerzo por una definición más compleja más allá de las prescripciones normativas. Metodológicamente este trabajo se soporta en la revisión documentos, análisis crítico, textos y de datos de datos especializadas. Se concluye que a pesar de las posiciones teóricas de la democracia involucran además de aspectos relacionados con las prescripciones constitucionales, estas han de complementarse con las vías existentes para la toma de decisiones que conduzcan a la realización efectiva para la protección de los derechos de las personas, la creación de oportunidades que haga posible el proyecto de vida

15

Palabras clave: Democracia, Derecho público, ciencia política, sociología jurídica, Colombia.

* Doctor en Ciencia Política (Universidad del Zulia- Maracaibo- Venezuela), Licenciado en Ciencia Política de la Universidad Rafael Urdaneta (Maracaibo- Venezuela), Magíster en Gerencia de Empresa (Universidad del Zulia-Maracaibo-Venezuela) Magister Scientiarum en Docencia para la Educación Superior (Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt (Venezuela), Post doctor en Estado, Políticas públicas, y Paz Social, investigador Senior Colciencias 2019, edgar_cordova38@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0003-2450-6156> .El presente trabajo es producto de proyecto de investigación titulado "Estado constitucional de Derecho y la protección del proyecto de vida en Colombia" Semillero de investigación *Politeia* – Programa Derecho. - Universidad del Sinú Elías Bechara -Colombia

** Estudiante de Derecho Universidad del Sinú – Elías Bechara Zainum- Colombia

Democracy and Social Rule of Law in Colombia

Abstract

The present work aims to analyze the theoretical positions regarding democracy and its philosophical-legal reference of human dignity as referential frameworks of the Social State of Law, to establish a relationship between the conceptions and the realizations of the same in an effort for a more complex definition beyond the normative prescriptions. Methodologically, this work is supported by the review of documents, critical analysis, texts and specialized data data. It is concluded that despite the theoretical positions of democracy involve, in addition to aspects related to constitutional prescriptions, these must be complemented with the existing ways for decision-making that lead to the effective realization for the protection of the rights of the people. , the creation of opportunities that make the life project possible.

Keywords: Democracy, public law, political science, legal sociology, Colombia.

Introducción

16 El presente trabajo constituye una revisión guiada la relación entre la democracia la protección de los derechos humanos, fundamentales, y la protección del proyecto de vida, como tres elementos requisitorios para configurar un concepto amplio más allá de las prescripciones sobre el tema democracia, derecho y ciudadanía.

Se han seleccionado un conjunto de autores para la discusión del tema democracia, desde la visión compleja y superposición de finalidades políticas, sociales y económicas. Destacando la posición que confronta la visión prescriptiva normativa del arreglo democrático desde las constituciones, con aquella sobre la necesidad de establecer logros políticamente verdaderos tendientes a la participación de los ciudadanos para su inclusión en el Estado social de derecho, es decir apreciar la democracia más allá de la teoría de gobierno y entender su complejidad desde la función del derecho, ¿cómo se hacen las normas?, ¿cómo se aplican?, ¿cómo afectan a los ciudadanos?

Seguimos además esta línea de análisis, en virtud de la complejidad que tiene el tema de la democracia como marco para que

el Estado cumpla los fines de protección de los derechos humanos y fundamentales, construya capacidad de absorción de los reclamos y demandas de la ciudadanía, inclusión de garantías para los derechos de cuarta generación, es decir la observancia e incorporación a la acciones concretas del poder gubernamental respecto a las necesidades participación ciudadana facilitando sistemas abiertos, transparentes, como problema humano, jurídico y político (Douglas Price, Jorge E.; Vergara, Luis F.; Zornosa Prieto, Hilda E.; 2021).

Colombia es un país que por más de cincuenta años cruzó una violencia que ha dejado al país con heridas significativas, brechas sociales, exclusión y violación de Derechos Humanos y Fundamentales, el país asiste a un cambio en el marco del Estado político democrático establecido desde 1991 con la promulgación de la vigente constitución, a partir de los resultados de las elecciones presidenciales llevadas a cabo en segunda vuelta el 19 de junio de 2022. Sin embargo y a pesar de ello se observa un país dividido en dos frentes definidos por las propuestas de dos modelos, que de entrada e históricamente han parecido contradictorios y mutuamente excluyentes, lo que introducirá nuevas dinámicas en la discusión del proceso de cambio que el país ameritaría a partir de los resultados de las elecciones mencionadas.

17

Por mucho tiempo el desarrollo del proyecto de vida de muchos ciudadanos colombianos se ha visto limitado; Observándose en la realidad dificultades muy importantes para ejecutar la prescripción (democrática- dignidad humana igualdad) del Estado Social derecho en la constitución política de Colombia de 1991, como ejemplo de ello la realidad muestra una estratificación de la población, cuya base la más extendida ha sido excluida, o marginada del disfrute de derechos anhelados para una vida ciudadana plena, educación, salud, seguridad, son derechos sobre los cuales los ciudadanos largamente han manifestado descontento y hoy son una asignatura pendiente del pueblo del Estado colombiano.

La capacidad de absorción de demandas sociales por más y mejores derechos del pueblo colombiano está nuevamente a prueba, desde el derecho se requiere el desarrollo de análisis críticos más envolventes, acercados a la sociología jurídica para comprender la

direccionalidad, compleja y profundidad de los reajustes que se requiere para fortalecer un estado de derecho maltrecho, no podemos entender la democracia desde un concepto prescriptivo solamente, requerimos estudiar la realidad política, por lo que la investigación desde el derecho y la ciencia política se encuentran para dar forma a la comprensión de estos temas trascendentales

La democracia como problema jurídico: La visión de la democracia sartoriana

De manera tradicional se ha tratado a la democracia como un problema que atañe a la ciencia política, relativo al estudio de la identificación de los factores para ejercer el poder (relación pueblo-poder). Desde su acepción clásica hasta nuestros días la filosofía política se ha encargado de las reflexiones que ha dado lugar a esas relaciones como parte del estudio de régimen políticos, establecidos desde la antigüedad por los griegos y desarrollada en sus versiones más modernas desde las ideas que soportaron a la revolución francesa (Touchard, Jean, 1976).

18 Es así entonces que la democracia se ha entendido como el gobierno del pueblo, tal y como fue concebido a por los griegos, pero en términos más modernos, y siguiendo el planteamiento de Sartori (2007) quien cuestiona, si existe una teoría de la democracia o varias teorías sobre tipos de democracia.

Para Sartori el problema estriba en que desde el principio se asoció a la democracia con el concepto de “pueblo” (gobierno del pueblo) un concepto bastante amplio y ambiguo que ha sufrido diversas interpretaciones de carácter ideológicas, que pudiera ser construido desde varias ideologías, como por ejemplo desde el comunismo (el pueblo para el comunismo), o desde el reciente socialismo del siglo XXI, encapsulado en su versión bolivariana y castrista.

De tal manera que para Sartori el término implica una visión construida desde el género, es decir entiende la democracia como una teoría general, para lograr hacer una diferenciación de las múltiples definiciones construidas desde ideologías donde precisamente se limitan las libertades de las personas, caracterizando al “ pueblo ” con adjetivos y símbolos muchas veces ajenos a la naturaleza

del hombre como individuo y parte de un conglomerado, Sartori aboga por una teoría unitaria de la Democracia (alejada de lo que él califica como teorías falsas, democracia comunista, o subespecies de la misma). Una anotación de Sartori en la tarea para definir la Democracia sería el factor Prescriptivo (el ideal) y la Democracia descriptiva (o del paradigma del ser-real) y la verdadera democracia era aquella representativa de la Democracia-liberal.¹

De tal modo que Sartori dibuja tres dimensiones, (que pudiéramos catalogar como sub- división satoriana) para su concepto de Democracia; la de democracia política, democracia social y democracia económica. Evidentemente, traza la relación entre éstas, arguyendo que las dos últimas son prolongaciones y complementos de la primera. Sartori (2007, 50) señala que:

“Hay democracia cuando existe una sociedad abierta en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, en la cual el gobierno existe para el pueblo y no viceversa”.

Es así entonces que la democracia social cuyo nacimiento está, de acuerdo a Sartori, en los escritos de Alexis de Tocqueville, cuando definió a la sociedad Norteamérica de 1778 como una sociedad de oportunidades, es decir que la democracia debe brindar oportunidades materiales a l apersona de integrarse y ejercer un bienestar que lo lleva a realizarse individualmente y como persona, no es un concepto abstracto, es algo que existe en la realidad y es constatable. El valor objetivo de la Democracia más allá de lo prescrito. Ello contrasta con Bryce (1888)² que hizo referencia a la democracia a partir de “configuración de un voluntariado”, que se “reconocían como iguales”, de manera más horizontal, como una especie de *Ethos*, que denota una convivencia integral, un concepto más abstracto.

La democracia económica, que se expresaría en una condición de la redistribución igualitaria entre los ciudadanos acercando los extremos

1 Para ampliar véase Dhal Robert (1991). *La Democracia y sus Críticos*. Buenos Aires: Paidós

2 Para ampliar véase Capellán de Miguel, Gonzalo (2018). *El concepto democracia: momentos, significados e imágenes en la “larga duración” (una propuesta para repensar la historia conceptual en el mundo iberoamericano)*, en *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 7 (2018), pp. 101-146 ISSN: 2255-0968 <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Ariadna/index>

pobreza-riqueza, en todo caso los tres tipos la democracia política que hace énfasis en la igualdad jurídico político, la democracia social, igualdad de estatus y la democracia económica, se complementan para definir a la democracia como fenómenos (Sartori, 2007).

La democracia en Bobbio

Respecto a las definiciones de la democracia las ideas de Bobbio (2022) se inscriben en la teoría que aquella es una “forma de gobierno”, por lo que las preguntas: ¿quién gobierna?, y ¿cómo se gobierna?, son importantes para dilucidar el entramado de su concepto, lo cual hace claramente referencia al papel de las normas como factores propios del ejercicio del poder.

Las teorías sobre las formas de gobierno, es decir de la clasificación y evaluación de las maneras en las cuales se puede ejercerse el poder político, tienen su origen en la observación de la existencia de varios modos de “organizar la vida colectiva” según los lugares y el tiempo, lo cual conduce a responder la pregunta “¿cuáles y cuántas son estas maneras?”, por lo que la realización conduce a establecer tipologías de democracias, de las mismas formas históricas y circunstanciales. Podría decirse que las principales teorías de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político occidental son tres: la de Aristóteles, la de Maquiavelo, Montesquieu, y la de Kelsen, que corresponde más al pensamiento de Bobbio (2022).

Las formas de gobierno adoptados en la tipología clásica (desde los griegos) corresponden a la interpretación “¿quién gobierna?”, entendido como “¿cuántos gobiernan?”, partiendo del hecho de las capacidades para ejercer el poder de los individuos en los diferentes estadios históricos (Antigüedad, Edad Media, y Modernidad).

Otro aspecto estaría definido por “¿cómo gobierna?”, en el sentido de “¿bien o mal?”, “¿de manera recta o corrupta?”. Así, esta teoría clásica de las formas de gobierno descrita en la “Política de Aristóteles”, encontramos la tripartición clásica que resulta del primer criterio: Monarquía, donde el poder es ejercido por uno; aristocracia, donde es ejercido por pocos, y democracia, donde el poder es ejercido por el mayor número o por muchos, duplicada con base en el segundo criterio. Por eso las formas de gobierno resultan ser fundamentalmente

seis, debiéndose distinguir el gobierno de uno bueno (monarquía) del gobierno de uno malo (tiranía), el gobierno de pocos bueno (aristocracia) del gobierno de pocos malo (oligarquía), el gobierno de muchos bueno (que más propiamente Aristóteles llama *politéia*, es decir, constitución por excelencia) del gobierno de muchos malo (para el que Aristóteles reserva en la mayoría de los casos el nombre de democracia, según el uso prevaleciente de los filósofos griegos, para quienes el término “democracia” tiene una connotación de valor negativo.³

La democracia en Kelsen

Uno de los representantes del dogmatismo jurídico por excelencia pone el énfasis en el sentido del control y las posibilidades de los que participan, o no, dentro de la ejecución del poder y/o definición de los mecanismos para ejercer este poder (normas- leyes), tal y como lo expresa Sartori (2007):

“La tipología elaborada por Kelsen consiste en la distinción de dos formas fundamentales, están construidas con base en un criterio diferente bajo el que subyace una interpretación distinta de las dos preguntas que presiden toda teoría de las formas de gobierno, este criterio de Kelsen ya no es estático, estructural, como “el número de los titulares del poder”, sino dinámico y funcional: tiene que ver con los”, esto es, con las formas alternativas que puede tomar el proceso de toma de decisiones colectivas. En esta perspectiva, la pregunta tradicional “¿quién gobierna?”, se entiende como “¿quién tiene derecho de participar en el proceso que conduce a la toma de decisiones colectivas, es decir, políticas?”; la otra pregunta tradicional, “¿cómo se gobierna?”, se interpreta como “¿qué dirección asume el proceso de decisiones colectivas, esto es, el flujo del poder?” (Yturbe, Corina, 2007;58).

21

De tal manera que desde esta óptica kelsiana establece la distinción entre esas dos formas extremas de gobierno con base en el criterio de si las decisiones colectivas son autónomas, en el sentido de que son los ciudadanos los que se dan leyes a sí mismos, en tanto que participan, directa o indirectamente, en su formulación, que sería el caso de las democracias; y los gobiernos fundados en el principio de la heteronomía, según el cual las leyes vienen de lo alto, en tanto que los ciudadanos no intervienen en su creación, es decir como ocurre en las autocracias de diverso índole ideológico.

3 Para ampliar véase Historia de las ideas política Jean Touchard 1976 *Historia de las Ideas Políticas*

La democracia deliberativa de Habermas

Otro enfoque, en un intento por comprender los elementos basales de la interpretación de la Democracia, más allá de los procedimientos establecidos en el derecho constitucional estará en Habermas (2010-a) en este sentido desde este trabajo hemos puntualizado los elementos que este filósofo representante de positivismo del círculo de Viena, ha dejado como postulados para su conceptualización de la democracia deliberativa que produce no solo la elaboración de las normas como Kelsen, y va más allá de la relación poder, pueblo y se sitúa en lo siguiente, siguiendo a (Rivera Erika, 2017; 5-6) cuando señala las bases sobre las cuales Habermas inicia su producción sobre la democracia:

“Habermas ha construido su teoría de la acción deliberativa aprovechando los dilatados trabajos preparatorios de otros miembros de la Escuela de Frankfurt, como *Erich fromm* y *Ludwig von Friedebur*. Este último estudió empíricamente el comportamiento político de jóvenes en general y universitarios en particular, llegando a la conclusión de que el comportamiento juvenil en estos círculos está también determinado por los valores del consumismo masivo. Habermas se basó también en los estudios previos del único politólogo de la Escuela de Frankfurt, *Franz Neumann* nos muestra la mentalidad consumista, apolítica, obediente y manipulable de las masas alemanas y especialmente de los sectores juveniles, situación que dificultó enormemente la construcción de una sociedad democrática en Alemania” (Rivera Erika, 2017; 5).

Habermas distingue para su definición de democracia tres elementos indispensables para la democracia deliberativa:

Primero: *el mercado abierto* (libre intercambio de mercancías sin restricciones estatales y a nivel internacional), en el ámbito económico, Segundo: *Un foro institucionalizado* (libertad permanente de conocer todo lo posible de informarse sin restricciones, de discutir sin límites sobre ideas e intereses), en el ámbito político, y

Segundo: El teatro consolidado (ejercicio de una opinión pública de carácter crítico en los terrenos cultural y político de una conciliación de ideas e intereses) en el ámbito cultural.

Tercero: la autonomía privada de los ciudadanos (el derecho de llevar una vida determinada por los propios intereses y gustos de los ciudadanos). Segundo: la ciudadanía democrática (la inclusión equitativa de ciudadanos libres e iguales en la elección o designación de los principales órganos estatales) y finalmente en tercer lugar: la conformación de un espacio independiente de opinión pública efectiva (existencia de medios públicos, privados y comunitarios de difusión de ideas y programas políticos, cuya función es además la de servir de puente abierto entre el Estado y la sociedad civil. (Rivera Erika, 2017; 6).

La utilidad de Habermas estaría facilitar la identificación de las reglas que debe seguir el Estado frente a la tarea de garantizar la inclusión del otro, así como ofrecer un canon de derechos subjetivos de acción que faciliten la participación ciudadana, como símbolo, Domínguez, H. (2013). Resulta interesante este enfoque para comprender la acción de la democracia como instrumento facilitador destinado a la protección de los derechos humanos y fundamentales, prescritos en la constitución, podríamos decir que la mera existencia de una arquitectura constitucional, legal sin la efectividad de una acción administrativa de la administración pública, lo cual ha inaugurado una de trabajo interesante como esfuerzo por recopilar data empírica para la explicación de la calidad de las democracias.

23

De tal manera que, para la comprensión de la democracia en nuestros contextos, habría que estudiarla desde sus realizaciones, siguiendo la preocupación manifestada por Sartori y Bobbio que estudiar la Democracia desde su carácter prescriptivo resultaría infructuosa, y esta debe estar inmersa en las coordenadas de las realidades políticas económicas y sociales concretas, la generación de oportunidades para realizar el proyecto de vida y la ciudadanía plena.

Tal y como se señala (O'Donnell, Guillermo, 2001) al referirse a las democracias, pudiéramos observar en un determinado país que se realizan elecciones competitivas programadas cada cierto tiempo, los individuos pueden libremente crear o unirse a organizaciones, incluyendo partidos políticos, existe libertad de expresión, existiendo una prensa razonablemente libre, libertad de tránsito y

similares, pero sin embargo, está país está inmerso en una situación generalizada de pobreza y una desigualdad profunda, vista esta situación, resultaría razonable preguntarnos, ¿existe democracia un país con estas características?.

La idea de la democracia concebida mediante la sola existencia de mecanismos para la toma de decisiones, como las elecciones concuerdan con la definición Schumpeteriana, cuando este la vincula con procesos de decisión y sus mecanismos “el método democrático es el instrumento institucional para llegar a decisiones políticas, en virtud del cual cada individuo logra el poder de decidir mediante una competencia que tiene por objeto el voto popular estrictamente política”, de tal manera que a pesar de que las características socioeconómicas de un determinado país ser deplorables, este país pertenece al grupo de las democracias. Esta es una visión de la democracia como un tipo de régimen político, independiente de las características del estado y de la sociedad. (O'Donnell, Guillermo, 2001, Larraín, 2004). Por lo que desde nuestra construcción teórica para el análisis es una visión limitada, o en el menor de los casos son llega a explicar la realidad de países en desarrollo como el colombiano.

El Estado constitucional democrático se solidifica sobre libertades, siendo estas individuales y colectivas. “Lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas de un Estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social. En este orden de ideas el Estado democrático constitucional trata de ser imparcial, jugando un papel mediador entre la moral y el derecho Como lo dice Alexy, Robert” (Bechara Llanos, Abraham Zamir; 2011, 64)

Uno de los temas centrales es el carácter subjetivo del modelo democrático que tiene inconvenientes como las desigualdades sociales, las diferencias de poder de unos y otros, haciendo que unos sean más libres que otros, o quizás más dignos que otros, de ahí las falencias que llevan a la necesaria protección de estos derechos humanos por los estados, en medio de los condicionantes, procesos históricos y aspiraciones materiales de las personas.⁴.

4 Para Ampliar véase Mercado García. (2010) *Constitucionalismo y democracia en Colombia* - Cartagena: Universidad Libre, 2010. 124 p. ISBN: 978-958-8621-21-0 Grupo de investigación Justicia Constitucional. Editorial Universidad Libre Sede Cartagena. - Colombia

En síntesis desde este trabajo argumentamos a favor de una definición de democracia que además de la observación de los elementos prescriptivos, diseños institucionales (separación de poderes, procesos institucionales para toma de decisiones, principios legal) sea del mismo modo consideradas los aspectos para el desarrollo de las condiciones que favorezcan el ejercicio de la ciudadanía plena, las condiciones de una democracia centrada en la dignidad humana, como marco de un verdadero Estado social de derecho.

La visión de la Democracia en Colombia: desde su realidad

Colombia ha construido de manera formal desde su texto constitucional una democracia representativa - participativa centrada en el persona como sujeto y objeto de derecho, mediante garantías muy firmes, siguiendo la tradición latinoamericana observable en la ola de reformas constitucionales de la década de los años ochenta y noventa impulsadas por las presiones provenientes de la reestructuración económica de aquellas décadas (Córdova Jaimes, 2016), las condiciones imperantes han contribuido para la definición del derecho constitucional y marco de las relaciones de poder democráticas en tanto en Colombia como en el resto de los países de la región latinoamericana. A propósito de ello señalan Mejía Quintana, Oscar y Carolina Jiménez, Carolina (2006, 20):

“Tenemos entonces que el proyecto político del neoliberalismo que configura la democracia como una democracia capitalista, expropiada de sus dimensiones utópicas y normativas en nombre del mercado y de la eficiencia. Se configura así una democracia de corte neoconservador que despolitiza el concepto de ciudadanía, deslegitima la intervención del Estado, acota el terreno de la política, libera a la economía de las intervenciones políticas, deteriora lo público y en últimas destruye el sentido normativo y emancipatorio de la democracia “

Una de las críticas sobre las cuales se ha fundado el debilitamiento de los democracias de la región y de Colombia en particular, es, sin duda, su versión tecnocrática que se expresaría en el contenido de la anterior cita, que a pesar de ser un trabajo de 2006 sintetizaría inclusive el discurso que llevó recientemente a Colombia a decidir un cambio, de rumbo político y económico a propósito del resultado de las elecciones del 19 de junio de 2022, un giro hacia la izquierda

y un cambio de elites gubernamentales parecen cónsonas con el desencanto de la democracia plasmadas en la utopía constitucional y las realizaciones políticas llevadas a cabo desde 1991 a la fecha bajo el manto de la última y vigente constitución colombiana.

En general podríamos resumir que buena parte de los estudiosos sobre el tema han calificado a las democracias latinoamericanas como “Democracias Autoritarias” (Duque Daza, Javier, 2014), Sartori las calificó de confusas y otros desarrollaron líneas de trabajo destinadas a vincularlas con temas (democracia- poder), como el impacto de los mercados y la economía en el desarrollo, las funciones de la sociedad civil, el neo-institucionalismo (reformas y creación de normas), y otros aspectos pudiendo identificar planteamientos destinados a definir una “democracias múltiples”, como lo señalaba ya Bobbio en sus posturas referidas y comentadas en este trabajo en párrafos anteriores.

De tal manera que todas estas líneas apuntan a pensar, crear y recrear en todas sus dimensiones la problemática democrática en América Latina, por lo que resulta complejo el tema, no desprovisto de la necesaria visión compleja de la realidad a la cual dirigen su atención los autores señalados en esta revisión teórica.

El interés por el estudio de la democracia en Colombia

En Colombia, durante la década de los años 50, el interés por estudiar la democracia estuvo ligado al tema de las situaciones prevenientes del exterior, al igual que en otros países de la región, ejemplo de ello lo constituyó la revolución cubana que marcó a finales de esa década una mirada singular debido a los postulados y fase de exportación de la misma en sus primeros 20 años⁵, ello en sentido general pero de manera particular a continuación se podrían identificar un conjunto de direccionalidades por el estudio y abordaje de la democracia como problema socio- jurídico y político.

1. Encontramos en una primera fase un interés en investigar sobre las consecuencias autoritarias y antidemocráticas que habría generado el “Frente Nacional” y el pacto político del bipartidismo (Liberales y Conservadores), en la configurado un “régimen

5 Para ampliar véase Romero Antonio (2015). *Cuba, su política exterior y la nueva arquitectura de gobernanza regional en América Latina y el Caribe*. Disponible en <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2015/12/010-romero.pdf> fecha de consulta 6 de julio de 2022

elitista, clientelista y excluyente”, sobre todo desde la izquierda se argumentó a favor de un análisis que colocara el pacto por la democracia de los grandes partidos como un factor es sí mismo, como interés de elites olvidando en esa ecuación a las mayorías diversas de la población, en Venezuela este fenómeno ocurre más tardíamente cuando desde la misma plataforma ideológica se argumentó en estudiar al Pacto de Punto Fijo, como excluyente del pensamiento progresista, a pesar de la presencia del Partido Acción Democrática (Social Democracia), de amplia base y de centro izquierda. (Vásquez 1989; Hoskin 1989; Murillo 1989; Chernik 1989; Dávila 1991; Ayala 1996). Hartlyn, Jonathan, 1993).

2. En los años ochenta se el interés por la democracia y su estudio se desarrolla a partir de la revisión de sobre la “construcción de la democracia teniendo como operadores fundamentales a los actores sociales *vs* los grandes partidos producto de los pactos de conciliación mencionados”. Se desarrolla un enfoque sociología política y jurídica destinada a comprender la democracia y las libertades, en Colombia los trabajos de Fals Borda frente a estas realidades, a finales de los ochenta invitaban a construir una auténtica democracia en Colombia (Fals Borda, 1990).
3. A la par de lo anterior (años 80 y 90) y producto de las crisis en el mundo industrializado (centros productores de la ciencia y la tecnología, Europa y Estados Unidos) las democracias periféricas de los países dependientes de la tecnología subdesarrollados resintieron la crisis económica global y debieron impulsar un proceso de reforma del estado y del derecho constitucional siguiendo un modelo neoliberal fundado en la tecnocracia, en procura busca de la eficiencia. El argumento consistió en que las crisis políticas-económicas que atravesaba el mundo subdesarrollado y las economías emergentes se debían al mal funcionamiento del Estado, por lo que habría que reformarlo para logra un funcionamiento eficiente y ello redundaría en más y mejor democracia⁶ lo que marco una perfusión de estudios

6 Este periodo es conocido por la crisis ocasionada de la deuda latinoamericana también conocida como la “década perdida de América Latina”, fue una crisis financiera que se desarrolló a inicios de los años 1980, cuando los países latinoamericanos alcanzaron un punto en donde su deuda externa excedió su poder adquisitivo y no eran capaces de

destinados análisis de la democracia desde estas perspectivas (Cárdenas, M; 2000).

4. Con la aprobación de la constitución de 1991 en Colombia, se inician una serie de estudios sobre el problema de la “Democracia y el nuevo régimen constitucional”, la constitucionalización del derecho ha ocupado el interés de vastos sectores académicos, muchos autores entendieron que la promulgación de la nueva constitución de 1991, como el mejor escenario para la consolidación de una auténtica democracia en Colombia luego de agotado el modelo de la anterior 1886, y en la que se recogió tanto las directrices para un modelo liberal, y la incorporación del estado social de derecho concebido desde la dignidad humana como marco filosófico (Valencia 1990; Pizarro 1992; Cepeda 1993; Dugas 1993; Moncayo 2002). Esto sobre todo desde las escuelas de derecho compartiendo la visión de democracia múltiples y deslizando el estudio de derecho a un a construcción de su objeto más complejo, ir más allá de la visión dogmática jurídica.

28

A pesar de la prescripción constitucional se instaló una grave crisis política y social que ha caracterizado el desarrollo de los últimos 10 años de la vigencia del Estado fundado en la constitución de 1991 ⁷ surge así una línea de trabajo para el estudio sobre la democracia y la constitución, que cuestiona las posibilidades de democratizar el régimen a partir de la vigencia del estado de derecho instalado en 1991.

5. A partir del siglo XXI supuso que para entender la relación Democracia- Constitución, requirió incorporar a esa línea de trabajo a los nuevos actores políticos y sociales, la diversificación de las acciones, motivaciones y auto percepción de los sujetos, más socializados y sometidos a la globalización comunicacional que desarrollo además de mecanismos de comunicación pautas de

hacer frente a los compromisos interno derivados del modelo de bienestar o democracia protectora, y externos. Cárdenas, Miguel (2000) *La Reforma del Estado y la Social*. En **Revista Estudios Socio Jurídicos**, Vol. 2 nro. 2-Universidad del Rosario. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/182>

7 Para ampliar véase Galán, Luis Carlos (1989) *Colombia y los años noventa*. En https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/2416/Co_Eco_Octubre_1989_Galan.pdf?sequence=2&isAllowed=y Fecha de consulta 16 de enero de 2022.

organización social y creación de opinión pública, que ha operado en abrir barreras sobre la diversidad de opiniones y derechos de cuarta generación (Carbajal López, Raúl; Barrio Alonso, Cipriano, 2019; Treré, Emiliano, 2016; Arias Maldonado, M. 2016)⁸

Esto se suma al esfuerzo por vincular el tema de democracia a la protección de los Derechos Humanos y toda la violencia sufrida en Colombia por la guerrilla interna llevada a cabo por fuerzas irregulares, el tema de la justicia transicional como acción generadora de reparación y no repetición (Zuleta, Estanislao, 1998).

Colombia ha avanzado en el reconocimiento de demandas, que le sistema político democrático y jurídico ha tenido la capacidad de absorber y constitucionalizar (formalmente), temas controversiales como el derecho al aborto, las uniones igualitarias, y la Eutanasia son tres ejemplos que demuestran los giros de la sociedad democrática, que pueden interpretarse desde los que señalan que se trataría de pragmatismo político para lograr legitimidad en procesos de elecciones por parte de las elites que gobiernan.

29

6. Finalmente y a partir del inicio del estudio de las democracias en transición típicas al final de la caída del muro de Berlín en Europa del Este, la ciencia social, política y jurídica ha colocado su interés en el estudio de nuevas formas de gobiernos no democráticos, la más destacable de ellas es el “Autoritarismo Competitivo”, tales regímenes de pensamiento no democrático, realizan elecciones en las cuales las fuerzas de la oposición pueden retar e incluso derrocar a los dirigentes del autoritarismo, como son los casos de Venezuela, Nicaragua, inaugurados en el fragor del Socialismo del Siglo XXI, y del Foro de Sao Paulo, situación de vulneración de derechos políticos y civiles que atañen a un modelo integral de democracia en su estructura para la toma de decisiones, en los casos mencionados son evidentes la violación de derechos fundamentales como un deterioro de las condiciones sociales y

8 Carbajal López, Raúl; Barrio Alonso, Cipriano (2019). *Del ágora pública a las redes sociales: por una ciencia y una democracia sin exclusión*. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, vol. 14, núm. 41, 2019, marzo-junio, pp. 233-250 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina.

de acceso a servicios básicos para el desarrollo humano. Por lo que se están desarrollando importantes esfuerzos para el estudio de este problema para la democracia desde estas perspectivas particulares.⁹

La democracia y el derecho constitucional: La dignidad humana como principio rector

La Constitución de Colombia en su artículo 1 declara que Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, democrática y fundada en el respeto la dignidad humana. En el sistema normativo colombiano, a diferencia del alemán, la dignidad humana no es un derecho fundamental, sino que es la fuente de todos los derechos, pues “en todos y en cada uno de los derechos, con distintos niveles de intensidad, se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la dignidad” (Fernández, 2003; 1). Al respecto, Habermas (2010-a, 3) opina que “el concepto de dignidad humana no es una expresión clasificatoria vacía, sino que, por el contrario, es la fuente de la que derivan todos los derechos básicos [...], además de ser la clave para sustentar la indivisibilidad de todas las categorías, o generaciones de los derechos humanos”. Mendieta, David, (2020, 279).

Con respecto a la dignidad humana como marco del Estado social de derecho y del tipo de democracia colombiana establecida en la constitución, y en el entendido que el Estado de derecho hace parte del régimen político democrático, podríamos señalar en el caso de Colombia podría resumirse que, “ En resumen, a partir de esta serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional, concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida

9 Para ampliar sobre el tema del deterioro de las condiciones en regímenes autoritarios véase a Cabreja, J (2021) *Repensar la democracia en tiempos de crisis*. En **La democracia latinoamericana en una encrucijada: crisis y desafío** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. ISBN 978-9930-514-31-3, San José Costa Rica https://www.researchgate.net/profile/Salvador-Romero-Ballivian/publication/360069488_Rumbo_al_medio_siglo_de_la_transicion_los_claroscuros_de_la_democracia_en_America_Latina/links/62601844bca601538b5a2b6e/Rumbo-al-medio-siglo-de-la-transicion-los-claroscuros-de-la-democracia-en-America-Latina.pdf#page=333

cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Por otro lado, la dignidad humana puede ser asumida como un valor ligado al Estado social de derecho, como un principio, o como un derecho fundamental autónomo” (Mendieta, David, 20202; 283).

Como se dijo antes, el fundamento jurídico del principio de la dignidad humana se vincula con el de igualdad y la prohibición de discriminación, con el consecuente rechazo de una visión formalmente igualitaria y homogénea de la sociedad, y que la prohibición de que las diferencias sean el presupuesto de actos de discriminación, que impidan la formación de oportunidades iguales a la persona. Por tanto, la protección de la dignidad humana a partir del reconocimiento del otro, en sociedades diversas y pluralistas como las latinoamericanas, constituye la otra cara de la moneda del Estado social y Democrático de derecho. (Toma, V. G. 2018; Habermas, J.; 2010- b).

De tal manera que el Estado democrático debe construir las oportunidades que garanticen el ejercicio de los derechos y las libertades en condiciones de igualdad. Por tal motivo, el Estado social y Democrático de derecho se encuentra limitado por el respeto a la dignidad humana, y otros principios que se derivan de ella, como son, la libertad, la igualdad, y la prohibición de discriminación lo que en su conjunto apuntará a la democracia como marco de desempeño del régimen político, así que el derecho constitucional (Carta Política de Colombia 1991, y todo el desarrollo de la constitución por vía legislativa, (así como por compromisos de la República de carácter internacional ¹⁰) de igual modo la acción administrativa (políticas públicas) en todos los niveles territoriales, nación, departamentos y poder local, y la misma admonición de justicia son los medios de la democracia, en la que se funda el Estado Social de Derecho.

31

10 Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 1969, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23 de marzo de 1976 (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- 3 de enero de 1976, Carta Democrática Interamericana 11 de septiembre de 2001. Estos instrumentos le imponen a los Estados la obligación de adaptar el ordenamiento interno a la normatividad internacional, desde una perspectiva inclusiva e incluyente para proteger a las poblaciones.

Conclusiones

La Democracia constituye el marco donde ese desenvuelven las libertades, y además de ello define el papel que además tiene los ciudadanos, los actores sociales, representa además las realizaciones políticas en el sentido de facilitar oportunidades para la realización de la ciudadanía y del proyecto de vida,

La dignidad humana se constituye en un valor fundamental de la democracia y del Estado social de derecho, además es un principio y objetivo de la democracia social en la que se funda el Estado colombiano, como está pautado en la Constitución política en su artículo número 1, derivado de lo anterior estaría que se encuentra también relacionado con el respeto del pluralismo jurídico y la diversidad que debe ser reconocida y respetada por todos, sin que pueda haber ningún tipo de discriminación.

32 Con respecto a la relación entre la democracia, más allá de régimen político el contenido de la democracia y el de la dignidad humana debe ser ampliado a partir del reconocimiento de las necesidades históricas de libertad, y de justicia material, lo que significa que esa dignidad humana y derechos prescritos se vean realizados en la realidad teniendo en cuenta las necesidades concretas, la dignidad humana, la igualdad material y la no discriminación son pilares sobre los que se debe construir cualquier democracia moderna.

Pese a las posturas de las diversas teorizaciones que hemos abordado en esta revisión teórica , podemos sintetizar que resultaría u trabajo infructuoso intentar comprender explicar o realizar la democracia si solo la entendemos desde las estructuras prescriptivas, o de los diseños constitucionales, o dese los procedentes para la toma de decisiones y obtener el poder y mando , la realidad nos exige dese el derecho y la Ciencia Política de realiza no puede estudiarse fuera del contexto real y fáctico de los países, En el caso de Colombia a partir de sus múltiples y complejas facetas, signadas por la violencia, donde Estado constitución y violencia han estado en tensión por más de 50 años, dibujando un esquema de las inequidades y desigualdades que han imperado durante largo tiempo, sin dejar de observar del mismo modo, las fortalezas que en materia constitucional y los avances que han llevado a poner a prueba un sistema de acuerdos democrático

como el sistema electoral, que si bien es importante no exclusivo y que se puso a prueba en las últimas elecciones presidenciales celebradas en el país en junio de 2022.

Referencias bibliográficas

- Arbeláez, M. M. O., Ayala, A. O. (2014). *Deliberación: actividad política en internet y redes sociales en Colombia*. **Panorama**, 8(15), 91-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5051590>
- Arias Maldonado, M. (2016). *La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia*. **Revista de Estudios Políticos**, 173, 27-54. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.01> Fecha de consulta 6 de julio de 2022.
- Bechara Llanos, Abraham Zamir (2011). *Estado constitucional de derecho, principios Y derechos fundamentales en Robert Alexy*, en **Revista Saber, Ciencia y Libertad**- Universidad Libre de Colombia . <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber> . Fecha de consulta 13 de febrero de 2022.
- Bobbio, Norberto (2022). *El futuro de la Democracia*. en **Estudios Políticos**, año XLVII, novena época, número 56 (mayo-agosto, 2022), Universidad Autónoma de México DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1985.1.60131> Fecha de consulta el día 13 de junio de 2022.
- Capellán de Miguel, Gonzalo (2018). *El concepto democracia: momentos, significados e imágenes en la “larga duración” (una propuesta para repensar la historia conceptual en el mundo iberoamericano)*, en **Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas**, 7 (2018), pp. 101-146 ISSN: 2255-0968 <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Ariadna/index>. Fecha de consulta 16 de enero de 2022.
- Cabreja, J (2021). *Repensar la democracia en tiempos de crisis*. En **La democracia latinoamericana en una encrucijada: crisis y desafío**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. ISBN 978-9930-514-31-3, San José Costa Rica https://www.researchgate.net/profile/Salvador-Romero-Ballivian/publication/360069488_Rumbo_al_medio_siglo_de_la_transicion_los_claroscuros_de_la_democ

racia_en_America_Latina/links/62601844bca601538b5a2b6e/Rumbo-al-medio-siglo-de-la-transicion-los-claroscuros-de-la-democracia-en-America-Latina.pdf#page=333 – Fecha de consulta 11 de junio de 2022)

Cárdenas, Miguel (2000). *La Reforma del Estado y la Social*. En **Revista Estudios Socio Jurídicos**, Vol. 2 nro.2-Universidad del Rosario. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/182> Fecha de Consulta 20 de abril de 2022.

Carbajal López, Raúl; Barrio Alonso, Cipriano (2019). *Del ágora pública a las redes sociales: por una ciencia y una democracia sin exclusión* **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad** - CTS, vol. 14, núm. 41, 2019, marzo-junio, pp. 233-250 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina.

Constitución Política de 1991. Julio 7 de 1991, Colombia.

Córdova Jaimes, Edgar (2016). *Estado, Administración Pública y Democracia*. 1ra. ed. – Montería (Colombia): Editorial Unisinú- Universidad del Sinú- Elías Bechara Zainúm. (UNISINU), Grupo de investigaciones jurídicas unisinuanas - CINJUN, 2017.VIII, Il., 120 p.; 24 x 17 cm-ISBN: 978-958-8553-63-4 (Colombia) <https://www.unisinu.edu.co/wp-content/uploads/Libro-Estado-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-y-Democracia-05b-Edgar-C%C3%B3rdova.pdf> Fecha de consulta 13 de enero de 2022

Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Analecta Política*, 4(5), 301-326. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/analecta/article/view/2939> Fecha de consulta 22 de febrero de 2022

Dugas, John (1993). *La Constitución de 1991: ¿Un Pacto Político Viable?* Bogotá: Departamento De Ciencia Política, Universidad De Los Andes

Duque Daza, Javier (2014). *Guillermo O'Donnell y la democracia*. En **Revista de Estudios Latinoamericanos**. México. www.scielo.org.mx/pdf/latinoam/n58/n58a6.pdf Fecha de consulta 14 de febrero de 2022.

Douglas Price, Jorge E.; Vergara, Luis F.; Zornosa Prieto, Hilda E. (2021). *Derecho y política en la deconstrucción de la complejidad-Estudios sobre el presente como diferencia en homenaje a Raffaele De Giorgi*. Universidad de Externado ISBN-13: 9789587905755 <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-derecho-y-politica-en-la-deconstrucion-de-la-complejidad-9789587905755.htm> Fecha de consulta 26 de enero de 2022

Duverger, Maurice (1961). *La democracia del siglo XX*. **Revista de estudios políticos**, 120 (1961): 79-94. https://scholar.google.com/scholar?q=related:9sZUa_b3o_IJ:scholar.google.com/&scioq=democracia+duverger&hl=es&as_sdt=0,5#d=gs_cit&t=1661611510570&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3A9sZUa_b3o_IJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Des%26scioq%3Ddemocracia%2Bduverger Fecha de consulta 12 de junio de 2022.

Fals Borda, Orlando (1990). *Democracia Participativa y Constituyente*. En: **Revista Cien Días Vistos Por Cinep**. No13. Bogotá: Octubre Ferry, Luc y Renault, Alain. 1990. Filosofía Política (T. III). México: F.C.E.

35

Fernández Segado, F. (2003). *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. **Jus**, 2:1000-1033. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v4i18.615> Fecha de consulta 15 de abril de 2022.

Galán, Luis Carlos (1989). *Colombia y los años noventa*. En https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/2416/Co_Eco_Octubre_1989_Galan.pdf?sequence=2&isAllowed=y Fecha de consulta 16 de enero de 2022.

Habermas, J. (2010-b). *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. *Diánoia*, 55(64), 3-25.

Habermas, J. (2010-a). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta.

Hartlyn, Jonathan (1993). *La política del régimen de coalición*, Tercer Mundo Editores, CEI, Bogotá, 1993. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/75243-Texto%20del%20art%C3%ADculo-399984-1-10-20181001.pdf> Fecha de consulta 20 diciembre de 2021)

- Hurtado, Mónica (2006). *Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: El Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991*. En **Revista Estudios Sociales**. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/22476> . Fecha de consulta 16 de marzo de 2022.
- Larraín, Horacio (2004). *Sobre el concepto de Democracia en el fin de Siglo*. Santiago de Chile.: Universidad de Chile, Grupo Propolco.
- Levitsky, Steven y Way, Lucan (2004). *Elecciones sin democracia El surgimiento del autoritarismo competitivo*. En **Estudios Políticos** No. 24. Medellín, enero-junio 2004 Estudios Políticos No. 24. Medellín, enero-junio 2004 159-176 Fecha de consulta 12 de enero de 2022.
- Mejía Quintana, Oscar y Jiménez, Carolina (2006). *Nuevas Teorías de democracia de la democracia formal a la democracia deliberativa*. En **NUEVAS TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA De la democracia formal a la democracia deliberativa** Oscar Mejía Quintana y Carolina Jiménez. Recibido 31/01/06, aprobado 28/02/06 Colombia Internacional 62, jul - dic 2005, 12-31 <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/epdf/10.7440/colombiaint62.2005.01> fecha de consulta 11 de enero de 2022 <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep> -DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.1985.1.60131> Fecha de consulta 13 de junio de 2022.
- Mendieta, David (2020). *La dignidad Humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: El Caso Colombiano*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 10(3):278-289, setembro-dezembro 2018, <https://ssrn.com/abstract=3686920> fecha de consulta 18 de junio de 2022-
- Mercado García. (2010). *Constitucionalismo y democracia en Colombia –* Cartagena: Universidad Libre, 2010. 124 p. ISBN: 978-958-8621-21-0 Grupo de investigación Justicia Constitucional. Editorial Universidad Libre Sede Cartagena- Colombia. <https://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/CONSTITUCIONALISMO%20Y%20DEMOCRACIA.pdf> Fecha de Consulta 26 de enero de 2022
- Moncayo, Víctor Manuel (2004). *El leviatán derrotado*, Bogotá: Norma
- O'Donnell, Guillermo, (2001). *La irrenunciabilidad del Estado de Derecho*.

- Universidad de Notre Dame, Departamento de Gobierno. Instituto Kellogg de Estudios Internacionales. en **Revista Instituciones y Desarrollo** N° 8 y 9 (2001) págs. 43-82. Institut Internacional de Governabilitat- de Catalunya, Còrsega 255, 5º 1ª 08036 Barcelona, Espanya <https://corteidh.or.cr/tablas/19745a.pdf> fecha de consulta 14 de febrero de 2022.
- Pizarro, Eduardo (2003). *Una democracia asediada: Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Ed. Norma
- Rivera, Erika J. (2017) *La democracia deliberativa según Jürgen Habermas*. **Rev. Jur. Der.** [online]. 2017, vol.5, n.6, pp.89-108. ISSN 2413-2810. <http://www.scielo.org.bo/scieloOrg/php/reference.php?pid=S2413-28102017000100007&caller=www.scielo.org.bo&lang=es> Fecha de consulta 24 de julio de 2022
- Romero Antonio (2015). *Cuba, su política exterior y la nueva arquitectura de gobernanza regional en América Latina y el Caribe*. Disponible en <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2015/12/010-romero.pdf> . Fecha de consulta 6 de julio de 2022
- Sartori Giovanni (2007) *¿Qué es la democracia?* Published by Penguin Random House Grupo Editorial México. https://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=UioLszhRD0gC&oi=fnd&pg=PT2&dq=democracia+por+sartori&ots=x_zzLj6z-Tk&sig=XDosPPWD0874u9m0p2PK3_DSZoU&redir_esc=y#v=onepage&q=democracia%20por%20sartori&f=false. Fecha de consulta 6 de junio de 2022
- Treré, Emiliano (2016). *Redes sociales, participación ciudadana y democracia: una perspectiva realista sobre las oportunidades del digi-activismo*. En **Revista Comunicación y Sociedad** - Universidad de Guanajuato- México <https://www.scielo.org.mx/pdf/comso/n26/0188-252X-comso-26-00255.pdf>. Fecha de consulta 5 de julio de 2022.
- Toma, V. G. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. **Derecho & Sociedad**, (51), 13-31. Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), 3-25.

- Touchard, Jean (1976). *Historia de las Ideas Políticas*. Editorial Tecnos- Madrid España
- Valencia, Hernando. 1990. "El constituyente de 1990 y la constituyente de 1991", Bogotá: **Revista análisis político** No 11 septiembre - Diciembre
- Yturbe, Corina. (2007). *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, — México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas. https://www.filosoficas.unam.mx/docs/431/files/Pensar_la_democracia.pdf fecha de consulta 27 de julio de 2022.

Las “caminantes” venezolanas: entre subjetividad migrante y derechos humanos*

Flor María Ávila Hernández**, Lucia Picarella***

Resumen

El presente trabajo analiza el estudio de caso de las caminantes venezolanas hacia Colombia, intentando visibilizar la inmigración forzada de mujeres derivada de la emergencia humanitaria mediante la contextualización y explicación del fenómeno mediante aportes prospectivos de los derechos humanos, la sociología jurídica, la politología. En particular, estas correlaciones interdisciplinarias permitirán bridar una lectura enfocada sobre la complejidad del fenómeno de las caminantes, ya que la metodología cualitativa fundada sobre la narración de unos testimonios favorece instaurar un diálogo entre cuerpos y memorias, y así escribir historias de sensibilidades y abusos, que desde la singularidad de la vivencia subjetiva de estas mujeres. Se concluye sobre la necesidad de una más fuerte convergencia de esfuerzos para diseñar modalidades de integración y convivencia nuevas, cada vez más ancladas a la plena afirmación y total armonía con los derechos humanos y la expresión de identidad y subjetividades.

39

Palabras clave: caminantes, migración, derechos humanos, Venezuela, Colombia

* El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación adscrito al Grupo Aldo Moro (Maestría Internacional en Ciencia Política, Universidad Católica de Colombia /Università degli Studi di Salerno) y al grupo Phronesis de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

** Jurista y catedrática venezolana. Abogada y Doctora en Filosofía de los Derechos Humanos en la Universidad Federico II de Nápoles, Italia. Post doctora en Derechos Humanos de la Universidad del Zulia (Venezuela). Magister Scientiarum *en Derecho Público y Ciencias Políticas de la Universidad del Zulia (Venezuela)*. Profesora de la Universidad Católica de Colombia. Docente e Investigadora del Grupo de Investigación: “Pedagogía y Derecho”, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca - Colombia. fmavilahernandez@gmail.com Orcid <https://orcid.org/0000-0002-0509-7249>

*** Doctora en Teoría e Historia de las Instituciones Políticas Comparadas por la Universidad de Salerno (Italia). profesora titular de Ciencia Política e Instituciones Políticas Comparadas en la Universidad Católica de Colombia (convenio internacional con la Universidad de Salerno). Profesora invitada y conferencista en congresos nacionales e internacionales, es autora de varios artículos científicos y monografías, y editor en jefe de revistas y colecciones de libros indexadas internacionalmente. lpicarella@ucatolica.edu.co Orcid <https://orcid.org/0000-0003-1823-2814>

The Venezuelan “walkers”: between migrant Subjectivity and Human Rights

Abstract

This article analyzes the case study of Venezuelan walkers (caminantes) to Colombia, trying to make visible the female universe part of the forced immigration derived from the Complex Humanitarian Emergency by contextualizing and explaining the phenomenon of this migration with the topic and prospective contributions of human rights, legal sociology, political science. In particular, these interdisciplinary correlations will allow us to provide a focused reading on the complexity of the phenomenon of walkers, since the qualitative methodology based on the narration of some testimonies establishing a dialogue between bodies and memories, and thus writing stories of sensitivities and abuse, that from the singularity of the subjective experience of these women corroborates the hypothesis of this article regarding the need for a stronger convergence of efforts to design new forms of integration and coexistence, increasingly anchored to full affirmation and total harmony with the human rights and the expression of identity and subjectivities

40 **Keywords:** walkers, migration, human rights, Venezuela, Colombia

Planteamiento introductorio: descripción del problema e hipótesis.

Hasta hace un año con el surgimiento de la pandemia del Covid-19 y luego declarada Pandemia en el mundo por la Organización Mundial de la Salud, se dieron procesos de regresión en las migraciones que normalmente se producían en América Latina y otras regiones, con lo cual se registró un fenómeno atípico en determinados departamentos, pasos o cruces fronterizos.

La precaria frontera colombo-venezolanas no fueron la excepción de este intrincado proceso que solo ha afectado a ciertas geografías locales o nacionales. Es central digitar los antecedentes de las migraciones venezolanas, las cuales desde la fecha del 2017 son monitoreadas por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), mediante encuestas en 16 países registra la acogida de los movimientos de la población de Venezuela en éxodo, la que se desarrolla tanto en los cruces fronterizos como en las rutas migratorias y en aquellas localidades o regiones con

alta concentración venezolana.

“Hasta el 5 de noviembre de 2020 hay 5. 448,440 personas refugiadas y migrantes de Venezuela que viven en Latinoamérica y el Caribe”¹. Aun cuando esta data no es representativa para un análisis cabal y adecuado del género de movilidad de las mujeres provenientes de Venezuela es viable para determinar la escala de la problemática. Por supuesto, primariamente, he de advertir que a partir del año 2020 la pandemia de COVID-19 ha agravado las condiciones de acceso a servicios y garantía de derechos de mujeres.

Como bien se sabe, Venezuela debido a su crisis generalizada ha visto afectadas sus venas poblacionales y migratorias en lo vinculante a la capacidad de movilidades humanas que se han originado desde la misma. Su fenómeno ha sido particular desde de todo sentido académico y societal. Evidenciado entre julio y agosto del año 2020 ya habían regresado más de 100 mil migrantes caminantes por los efectos descritos de acuerdo a la ONG Fundaredes y su director Javier Tarazona quien lo monitorea declaro: “...en los primeros 15 días de septiembre, enumeramos la presencia de entre unos 40 y 100 migrantes por estado, un cálculo diario. La segunda quincena del mes de septiembre se incrementó entre unos 100 y 180 migrantes y la primera semana de octubre, comenzó a marcar un número superior a 200 o 250 migrantes al día saliendo a Colombia por vías en Zulia, Táchira y Apure”.

41

Pese a haber estado las fronteras cerradas oficialmente, esos trayectos no los detuvieron, las trochas diariamente eran cruzadas sin reparos, exponiéndose a toda clase de vejámenes, violaciones y estados de hostilidad inhumanos. El estado de indefensión de los caminantes, salvando los estados de Guerras, fue acentuado si se le adiciona “por la actuación de grupos armados irregulares, guerrillas, y por las actividades ilícitas que por ahí se desarrollan”.

Estas causas y la presencia de estos grupos ilegales provistos de principios y antiéticos encendieron las alarmas de cuan amenazante era la exposición peligrosa de lo máspreciado que es la vida humana de todos, incluso niños y niñas.

Su estado de indefensión conlleva riesgos por las trochas que

1 International Organization for Migration.

esporádicamente se habían disipado, pero que la epidemia del Covid-19 en su momento había reeditado un pasado de apenas 100 años con la gripe española de la Primera Guerra Mundial.

El sector social de los caminantes migrantes venezolanos - especialmente en el caso de las mujeres, el cual se explanará posteriormente- ha experimentado una situación de zozobra quizá nunca antes vista. Si a ello se le suman otros factores de riesgo que involucran las movilidades por calidad de vida emprendidas por los venezolanos en un ir y venir perseverante por sobrevivir.

Uno de ellos se refiere a que llegados a las trochas colindantes con Venezuela en su retorno involuntario notan amenazadas sus vidas o pertenecías en nómada, ya que “las Fuerzas Armadas venezolanas y los cuerpos policiales, vienen extorsionándolos en las alcabalas móviles y puntos de control ordinarios que hay en todas las carreteras nacionales de Venezuela”², denunciado por el funcionario gubernamental Tarazona. En Capacho, Estado Táchira, en canchas deportivas arribaban muchos caminantes de todas partes del país, con una frecuencia inusitada, duermen a la intemperie a menudo. Y “desde la primera semana de octubre recibimos más de 800 migrantes al día en Capacho”, contó en 2020 el canal DW. Si se hace la sumatoria diaria es notable que hasta las Iglesias cristianas y católicas junto a los comerciantes y familias tuvieran que colaborar donando para quienes apenas llegaban con sus enseres mínimos en un tránsito para algunos de seis a diez días caminando a través de 7 departamentos del caso colombiano.

Este rápido planteamiento introductorio, representa una primera base de apoyo para poder enfocar la atención sobre nuestro estudio de caso, es decir las caminantes, y corroborar la hipótesis del presente trabajo, es decir la urgencia de impulsar hacia acciones y esfuerzos más contundentes en términos de respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos, ya que, justamente las condiciones extremas de los fenómenos migratorios, evidencian violaciones cada vez más fuertes. Para este fin, después de unas más puntuales precisiones sobre el fenómeno de las caminantes (par. 1.1.), se hará

2 Surge una nueva ola de migrantes venezolanos. Tarazona, Javier. <https://learngerman.dw.com/es/de-vuelta-los-caminantes-surge-una-nueva-ola-de-migrantes-venezolanos/a-55423069> Consultado: 01 enero 2022.

énfasis sobre las conceptualizaciones relativas a la problematización de la subjetividad migrante (par. 2.) y sobre la narración de la experiencia migrante por parte de unas caminantes (par. 2.1.), un enfoque que nos permitirá en los apartados finales (par. 3 y 3.1.) dialogar con la ‘cuestión abierta’ de los derechos humanos.

Las caminantes: descripciones particulares

Sería bueno ilustrar la tragedia de los migrantes, así como lo hace Antonia Cortesía: “Hemos recibido ayuda, comida, medicinas, ropa y muchas bendiciones de muchas personas”. Quien emigró por segunda vez como caminante, puesto que lo había hecho hasta Ecuador en 2016. “Ella regresó a Venezuela para cuidar de su padre enfermo cuando quedó varado por la pandemia”³. Ella aspira poder ayudar más a su familia, junto con su hermano, mediante algún trabajo en Colombia. Cuando era más joven pertenecía al partido político del chavismo en la división para la juventud, se denominaba JPSUV e hizo una vida política activa luchando por sus ideales, aun cuando el proceso de crisis “estaba apretando” como se expresan ellos en su forma dialectal.

43

La crisis generalizada en Venezuela ya se acentuaba con: 1. la intensa escasez de productos y artículos personales que se vivenciaba y padecían los venezolanos ahora en todos los rincones del país desde el 2013 en adelante. 2. La escasez de combustible como gasolina y gasoil afectaría de sobremanera las cadenas de suministros y distribución tanto de alimentos como tantos otros. 3. Las divisas en dólares escaseaban gracias a la caída de los precios del barril de petróleo. 4. Y el sistema de salud como los servicios básicos de agua y electricidad entraban en declive a partir del mismo año. Así que su “decepción fue creciendo cada vez, más tanto en lo político como espiritual, y por razones de esta situación de peso crítico, me llevo a la decisión de emigrar en 2016”, relata la pugnante e incansable mujer.

Es cuando decide emigrar a pie de la nación que la vio nacer, a raíz de las necesidades básicas no satisfechas como el hambre y la carencia de medicamentos (crisis hospitalaria) para sus padres la

3 Surge una nueva ola de migrantes venezolanos. Tarazona, Javier. <https://learnerman.dw.com/es/de-vuelta-los-caminantes-surge-una-nueva-ola-de-migrantes-venezolanos/a-55423069> Consultado: 01 enero 2022.

obligaron a salir de su tierra con la decepción que me embargaba.

Las familias venezolanas, muchas veces, lideradas por las mujeres salen caminando de Venezuela, la mayoría de ellas como Antonia caminan frecuentemente solas días y semanas enteras con el propósito de arribar a sus destinos personales, a menudo los destinos de sus viajes se dilatan en temporalidades extensas e interminables.

Otro caso que procura escenificar esa tragedia de los caminantes es el de Isleydi Urdaneta, quien ha sido una de las tantas mujeres que ha emigrado por esta vía con una decisión tomada tan dura. A lo que dice: “Hay familias, niños, mujeres embarazadas, caminando como yo”, anuncia esta tenaz fémina a DW; quien junto a sus dos pequeños hijos. “Los tres llevan más de una semana atravesando el país a pie desde el oriente de Venezuela en Anzoátegui, hasta Táchira en el occidente del país” con la finalidad de inmigrar a Colombia y se puede Ecuador dentro de poco tiempo.

44 En tal sentido, la variable del problema en el género femenino está plenamente representado en una madre soltera y desvalida que se ve coaccionada a dejar atrás a su país de origen. Porque “En cualquier trabajo que haga en Ecuador alcanza para darse una buena alimentación y que su familia en Venezuela también pueda comer bien con la ayuda que uno manda”, señala. Luego indica: Venezuela ha llegado a un estado deplorable en cuanto a los sacrificios para poder comer y mantener a su familia cercana, “...a los niños hay que alimentarlos y comprarles ropa, ellos no saben de política y en Venezuela es difícil darle una alegría a los niños, eso es lo más doloroso”, lamenta la señora Urdaneta victimizada entre lágrimas en la entrevista.

Ahora las caminatas se dilatan cada día más, porque sus hijos exhaustos de dormitar alledaños a las carreteras diseminadas en Colombia, estos trayectos la retrasan; el frío o el calor extremo le hacen padecer a sus niños y a todos quienes “...se acompañan en caravana para sentirse *más seguras y apoyadas!*”, el hambre arrecia con cada hora de nuestras vidas comentaba; y es que también la sensación de la incertidumbre o la zozobra se adueñaba de la humanidad sentimental de casi todas las realidades quejumbrosas de cada una

de ellas daba a entender el periodista del canal extranjero.

Enseguida a nuestras mentes vienen las imágenes de Yasmeli Colmenares, quien es la primera vez que emigra. Artes estuvo dedicada a la política parroquial en el estado de Carabobo. Estuvo en el Partido Socialista Unido de Venezuela. Sin embargo, resolvió emigrar porque "...estando dentro de las filas del chavismo uno se da cuenta de muchas realidades y vemos el desastre que está ocurriendo más de cerca y no me pude permitir seguir apoyando estos crímenes sociales", declara Colmenares a DW. En su travesía de camino de 6 días paso a paso -caminando- ha conocido muchos venezolanos con el similar objetivo el de: "poder trabajar, para podernos desarrollar, para poder crecer, para buscar ese futuro que lamentablemente en nuestro país no tenemos", exacerbada en sus ánimos indica.

La joven Colmenares ha vivido en carne propia y sufrible las 2 oportunidades de migración con tan corta edad que le corresponde, aseverando contundentemente: "Para los que emigran por primera vez, una mejor perspectiva fuera de Venezuela es una esperanza, pero los que emigran por segunda vez saben que es una realidad."

45

En la medida que la crisis venezolana se ha acrecentado los migrantes serán más, pero lo que destaca son los indetenibles caminantes, porque se ven tanto embarazadas, menores de edad, discapacitadas hasta de sus extremidades -superiores o inferiores, dan fe de un escenario decretado por Dante.

A la situación lamentablemente planteada se le agrega lo que Tarazona, de Fundaredes, confirma además que: "La situación de pandemia ha acrecentado la emergencia humanitaria, el acceso alimentos, el acceso a bienes básicos como el agua potable, como la energía eléctrica, como el gas doméstico, y deciden irse a otros países a desarrollar cualquier actividad, en algunos casos tienen familia, otros no, pero lo que buscan es desarrollar cualquier actividad que les permita encontrar lo básico que no consiguen en Venezuela".

Y las mujeres venezolanas no son ajenas a esta terrible situación fronteriza e inter-nacional que las aqueja, miles de ellas son notorias por las carreteras, poblados, recodos y trochas de países como Colombia, Brasil, Perú, Ecuador y Chile y en menor medida en

Argentina y otros.

Ella misma (Colmenares) con su niño en brazos relata su tragedia en esta circunstancia, “...tuve que caminar embarazada cuando la pandemia empezó desde los pasos fronterizos de Tumbes en Perú...y atravesar territorio ecuatoriano –*quedándome varada en el paso principal entre Ecuador y Colombia...en la medida que avanzaba mi barriga me pegaba aún más!*”⁴-. Opina en una segunda entrevista por el Canal. A lo cual también señala la presencia de ancianas durante los recorridos que hizo “partiéndole el corazón ver eso”.

Puede anotarse que esta llamada segunda ola de migrantes es menor en cuantía de quienes integran en sus caravanas de caminos estos migrantes, solo que ahora es más horrendo el panorama que les ha tocado soportar a las innumerables caminantes que ahora “se llevan” a sus hijos, sobrinos a lo largo de los pasajes y trochas peligrosas de Sudamérica que, ocasionalmente, ha cobrado las vidas humanas de unos pocos; quienes han trascurrido gran parte de sus vidas en las orillas de las carreteras que en una estadía cualquiera donde resguardan la bendición anhelada de su alojamiento. Si se consideran las 2 olas.

Es denotativa la carencia de los Derechos Humanos y cómo su ausencia deambula principalmente por las regiones de Sur América, mucho de ello se ha percibido en imágenes televisadas o grabadas mediante móviles de la sensibilidad de personas por esta angustiante situación. Así como otros pocos las han percibido con sus propios ojos y la estrechez de corazón que los embarga en ese momento conmovedor.

Migraciones y subjetividad: una problematización sociopolítica e institucional

Las dimensiones globales que caracterizan las migraciones contemporáneas de principios del siglo XXI, enriquecen el fenómeno migratorio de elementos e implicaciones institucionales, sociopolíticas, económicas y culturales. Ya podríamos plantear que el aumento de estos movimientos migratorios en el mundo y sobre todo en los países latinoamericanos desde finales del siglo XX es un efecto esperado de la globalización y las nuevas tendencias

4 Expresiones del dialecto venezolano.

modernas.

En la segunda mitad del siglo XX tres grandes patrones migratorios marcaron el mapa regional de América Latina, la inmigración de ultramar muestra la acostumbrada afinidad ejercida por la región sobre la población de otras superficies del mundo, consolidando el primero de estos patrones. El segundo, cuya permanencia está hondamente anclada en la historia, resulta del intercambio recíproco de población entre los propios países de la región. El tercero, es el de la emigración hacia el exterior de América Latina y el Caribe, cuya progresiva intensidad parece mostrar señales de expulsión (Villa *et al.*, 2001: 1-28).

En esta perspectiva, se destaca la importancia de analizar las migraciones a través de una visión dinámica y multidimensional, considerándolas como un hecho social y político, como un constante dialogo entre teoría y praxis. Es decir, como un ejercicio interpretativo de un fenómeno que necesariamente debe ser enmarcado en los “procesos de formación y cambio de la organización política de la sociedad” (Sayad, 2002: 11).

Se trata evidentemente de procesos protagonizados por el baumaniano ‘enigma multicultural’ (Bauman, 1999), que cada vez más subraya la inmutabilidad de la correlación entre cultura y la identidad, sino a la inversa que de su reconstrucción dinámica y en movimiento se vislumbra la imposibilidad de estructurar las variables de análisis del fenómeno migratorio de manera univoca y unidimensional. La más recién literatura en materia presenta de hecho metodologías enfocadas sobre la multidimensionalidad del fenómeno migratorio expresada mediante el encuentro entre el marco teórico y la subjetividad migrante. Como evidenciado por Mangone y Russo, la cultura y la identidad se transforman cuando entran en relación con el Otro, porque cada relación oscila entre “intercambio de información y acción simbólica sobre el otro” (Mangone *et al.*, 2020:243), y, si bien es cierto que la falta de reconocimiento recíproco lleva a conflictos, las acciones de los individuos son influenciadas por variables multiculturales – por ejemplo, la cultura y las experiencias biográficas – que orientan perspectivas de investigación con énfasis relacional, o sea basados sobre las interacciones entre elementos

sociales, ambientales, individuales.

Esta ‘cultura relacional’ (Donati, 2016) permite conectar tradiciones e individuos, y preservar las diferencias, sin reproducir separación y conflicto. Empujar entonces la integración preservando las diferencias, una palabra esta última que nos remite a las conceptualizaciones teóricas que relacionaban la alteridad con la condición de extranjero (Simmel, 1908), alteridad hoy en día extendida también a todos (no solo extranjeros) los que no se pueden ‘categorizar’, o sea, sobre la base de las diferencias culturales, identificar en un grupo y diferenciarlo de otros (Cucho, 1996). Una palabra que, además, si por un lado sigue confirmando que nuestra actitud procede de la percepción y opinión que tenemos del Otro (Cfr. Hewstone, 1983) (Berger *et al.*, 1969), también destaca la importancia de la incidencia de la combinación entre diferenciación/integración para los fines de construcción de la identidad y de transformaciones.

48 En este sentido, nos parece interesante recordar la hermenéutica ricoeuriana de las migraciones como una cuestión espejo (Ricoeur, 2013), cuyo entendimiento procede del acercarse a la misma mediante un simultaneo reconocimiento de la diferencia del otro y también de su parecido con nosotros, ya que, si hay unas diferencias que no se pueden eliminar, también hay un cómo que nos pone en conexión dialéctica con el otro, y sin el cual las diferencias se vuelven indiferencia. La acción de construcción identitaria impulsada por el elemento diferenciación/integración, fascina de manera indudable los estudios sociológicos que tienden a centrarse sobre sus efectos, sobre las prácticas de subsistencia, sobre las motivaciones, los recursos y las expectativas. Sin embargo, las peculiaridades que caracterizan los flujos migratorios de la actualidad impulsan en reorientar el énfasis y la atención, ya que durante el camino hay una de-estructuración de la identidad, una discontinuidad (Jedlowski, 2002) entre el antes y el después marcada como una grieta durante el paso – físico y mental – del confino, de la frontera.

Un camino que se puede imaginar como un momento de suspensión, en el cual el cuerpo adquiere una importancia crucial, tanto en un sentido material y físico, cuanto profundamente simbólico, ya que el cuerpo migrante ‘materializa’ las heridas y

las profundas contradicciones de nuestra contemporaneidad, lleva los rasgos del pasado, exhibe memorias. En este sentido, el cuerpo se convierte en una variable de estudio privilegiada en términos de subjetividad migrante, ya que permite brindar enfoques de tipo biopolítico, así como visiones sociopolíticas en las cuales el cuerpo identifica una voz subjetiva y de resistencia, que conlleva determinadas instancias históricas, económicas, socioculturales.

En este sentido, al incluir el cuerpo esta carga de subjetividad da cada migrante, se debe entender como el *turning point*, en oposición a las praxis de ausencia de reconocimiento de la subjetividad jurídico-económica del migrante. Evidentemente, las especulaciones sobre biopoder son fundamentales para entender la correlación entre cuerpos y poder (Foucault, 1978), un entendimiento básico además para escuchar esta voz de subjetividad y de resistencia, y así reconocer la dimensión política del cuerpo, producto de poder y plasmado por el poder (Cfr. Grosz, 1994; Alcoff, 2006), y, a su vez, productor de poder. Lo mencionado, se vuelve una ‘representación’ mucho más fuerte en consideración de la componente femenina de la migración, ya que la mujer migrante está sometida a una doble discriminación, en su ser mujer, y en su condición de migrante, y, a menudo, su cuerpo es un silenciado botín, que graba en sus carnes incomodas narraciones. La de-construcción y la subjetivación de la mujer migrante permiten sin dudas enmarcar esta dimensión política, ya que los cuerpos y las voces de esta subjetivación contribuyen en la construcción de nuevas perspectivas democráticas, desde una mirada de mujeres en condición de extrema vulnerabilidad.

49

Además, el concepto de vulnerabilidad permite entrelazar la dimensión política con la dimensión sociológica, englobando todos los efectos -normativo, simbólico e institucional- del sistema social que expone a las mujeres a diferentes formas de violencia durante la migración. La presencia de esta que se define como una condición de “vulnerabilidad estructural” (Quesada, 2012), se registra fuertemente en América Latina, caracterizada por amplias brechas sistémicas en términos de desigualdades y de violencia, elementos que han empujado los estudios de género a analizar la migración mediante la intersección de las categorías de desigualdad

(Crenshaw, 1991) y de violencia simbólica (Bourdieu, 1990a, 2004b).

Generalmente, se atribuye a la migración femenina un carácter poliédrico, ya que sobre todo en los países de antiguas tradiciones migratorias, las migrantes logran construir puentes entre emancipación y tradición, entre el lugar de origen y el de destino, favoreciendo en este último integración y estabilización sociofamiliar /económico y cultural (Tognetti Bordogna, 2007). Justamente el elemento multifacético y el fuerte crecimiento de los flujos migratorios femeninos han empujado hacia debates y reflexiones transdisciplinarias que brindan nuevas visiones e interesantes ítems de análisis tendientes en dar voz a los sujetos al margen (Cfr. Mangone y otros., 2018), que históricamente han sido excluidos de las narraciones dominantes. El margen no debe ser entendido como un límite, ya que, retomando a Balibar, es imposible definir y ceñir los límites de manera unívoca, ellos se “extiende y se doblan” (Balibar, 2015:215) cortando de manera transversal la experiencia de vida de cada uno. El margen se puede entender como un cambio de perspectiva para producir una narración alternativa, o sea como un “lugar de radical posibilidad de un espacio de resistencia (...) potencialmente estratégico para la producción de un discurso contra- hegemónico visible no solo en las palabras sino también en la manera de ser y de vivir” (Hooks, 1998:68). En este sentido, la contra-narración deja ver – en las historias de caminos, de viajes, de desarraigo y heridas – las implicaciones sociopolíticas de un pasado y de un presente que no pueden ser separadas del trauma vivido (Jedlowski, 2010) y que queda en los ensordecedores silencios. En el margen por lo tanto se juegan las tensiones entre cuerpo y poder, porque todo lo que acontece a lo largo del ‘límite’, y por ende las mismas migraciones, no son acciones políticamente neutrales, porque justamente entre las peculiaridades del mismo margen se encuentra el conflicto entre visiones y voluntades subjetivas. El *borderscape* es evidentemente un espacio en transformación, que mezcla poder y disenso, y es justamente en esta dimensión que germinan posibilidades de acción y de narración.

El indisoluble ligamen entre cuerpos, emociones y poder – sufrido o producido- reluce a través de los testimonios presentados en el

siguiente apartado, desde los cuales se vislumbra el reconocimiento por parte de las caminantes entrevistadas de ser 'sujetos en el mundo'. Sin dudas, el encuentro con un lugar desconocido (aunque parecido como en nuestro estudio de caso) lleva complejos procesos de adaptación del cuerpo y de las emociones, ya que del shock que implica la migración (aún más si hay choques culturales fuertes) procede a menudo un proceso de reelaboración de las subjetividades, que se diluye entre lo personal (el yo) y lo social (lo que no soy). La observación participante (Fals Borda, 1981) permite crear un puente dialógico entre la autorreflexión y la intersubjetividad, una autorreflexión continua (Melucci, 1998), y de intentar trazar así una trayectoria en la cual las identidades se generan en la práctica social, además evitando una homologación de problemáticas y perspectivas para a la inversa destacar la complejidad y variedad de experiencias vividas por las caminantes. En las reflexiones sobre las migraciones, por lo tanto, la narración se convierte en un relevante instrumento analítico, dada la posibilidad de observar la subjetividad migrante como una 'narración actuada', como una pasión que busca ser narrada (Ricoeur, 2009).

51

El inmigrante puede ser un elemento fundamental en la articulación social de su país, al cual puede trasladar valores democráticos y sociales y canalizar relaciones directas de sociedad civil a sociedad civil, Venezuela por lo tanto se uniría a la ola migratoria de una forma clara a partir de mediados de los años noventa, coincidiendo con una época caracterizada por alta inestabilidad económica, política y social.

Las postrimerías del siglo XX contienen entre sus múltiples expresiones, la emigración de muchos venezolanos de la clase media, que al comparar las alternativas que ofrece su país con las de otros países, por ello optan por arriesgarse en la aventura migratoria de muchos países latinoamericanos con especialidad el país colombiano (Mateo *et al.*, 2006).

Las caminantes: testimonios y memorias de la experiencia migratoria

Las emociones y la significación de la vivencia personal son profundamente marcadas por la experiencia migratoria, y, en

particular, por las numerosas y diferentes situaciones que comprende. Situaciones de marginalización, de violencia, de estereotipación racial, de género y cultural, de violación de los derechos humanos, de vulnerabilidad que, a menudo, corresponden a un proceso de deshumanización que se declina en todas las etapas que caracterizan el camino, en el medio de una indiferencia que adelgaza responsabilidades y valores éticos (Bauman, 2016). En este apartado, las diferentes etapas de este camino serán reconstruidas a través de las memorias de sus protagonistas, cuya narración performativa favorece la creación de un colectivo social hilado por la memoria individual (porque evidentemente no se puede desligar del recuerdo personal) y también colectiva del pasado común, recompuesto en función del presente (Cfr. Bartoletti, 2007; Halbwachs, 1950; Assmam *et al.*, 1955). Una memoria que, simultáneamente, construye y desconstruye las subjetividades que cruzan las fronteras, y, como mencionado, nuestra elección metodológica permite centrar el núcleo de la dimensión subjetiva del camino, diferido entre pasado y presente. Evidentemente, memoria personal y memoria pública (Jedlowski, 2016) se mezclan en la narrativa de las caminantes, permitiéndonos insertar la cuestión de la migración de las mujeres en una dimensión sociopolítica e institucional, porque el cruce de la frontera representa, simultáneamente, una oportunidad, pero también una pérdida de “poder sobre la propia vida” (Pinelli, 2011:11).

Desde la mirada y las palabras de las caminantes, es posible trincar sensaciones y estados anímicos que acompañan la descripción de los pasos fundamentales – salida, tránsito, llegada- del camino. La importancia de registrar las palabras de los migrantes radica evidentemente en el énfasis de Lévi Strauss (Lévi Strauss, 1952) de examinar las migraciones en términos de modelos de integración, y superar el etnocentrismo sociológico, así favoreciendo una ampliación analítica y metodológica que apuesta a la multidimensionalidad. Indudablemente, en el fenómeno migratorio se entrelazan muchos aspectos ya que, si asumimos que la migración es un hecho social, que involucra la totalidad de la práctica humana (Karsenti, 1997), la complejidad se convierte en multidimensionalidad, poniendo bajo la lupa las categorías conceptuales relativas en particular a las

causas de las migraciones. Llegar al corazón de estas historias de vida, quiere decir entender, antes que todo, las razones que motivan estas mujeres a migrar, ya que, si dejamos de lado la vida precedente, estamos negando la subjetividad y el bagaje cultural que se insertará en el país de acogida. En el caso de las caminantes venezolanas, los testimonios convergen en destacar la búsqueda de un futuro mejor, después del colapso e implosión del sistema político y exacerbación de la crisis socioeconómica.

“en Maracaibo hice mi vida, estudié, me gradué, tuve dos excelentes trabajos, me casé y tuve a mis dos hijas. Tenía una buena vida hasta que la situación del país decayó. Decidimos emigrar para buscar un mejor futuro para mi hija menor, escogimos Colombia ya que nací en el país y podía legalizar más fácilmente a mi hija y esposo (...) mis expectativas eran poder conseguir un trabajo para poder subsistir” (Yaneth, 52 años, Maracaibo)

Una situación que resuena en las palabras de Paula, quien comenta

“Desde que nací viví las consecuencias del gobierno chavista: escases de comida, mal funcionamiento de servicios básicos, ausencia de efectivo, no teníamos casa (vivíamos con mis abuelos por no poder comprar o alquilar una vivienda). Comíamos lo que podíamos y no podíamos gastar dinero más de lo necesario. Vine con mis padres. Creí que iba a vivir una vida distinta a la que había vivido durante 15 años. Esperaba poder salir a cualquier sitio, estudiar, tener amigos, poder comprar lo que quisiera, aprender, tener libertad de pensamiento” (Paula, 17 años, Maracaibo)

53

E igualmente sigue Rosalba

“En Venezuela, antes de 2013, tenía trabajo, una familia completa, comodidades como carro, casa en construcción, apartamento, entre otras cosas (...) En los años venideros a continuación de la descomposición política-económica y social de Venezuela, y en paralelo, mi situación de familia, hacia una crisis de insostenibilidad, decido vender la casa en construcción, con lo cual pudimos cambiar de carro, y comer un poco mejor, ya que lo que recibía como sueldo, solo alcanzaba para comprar huevos, queso y harina, una vez al mes (...) Cuando partí, lo hice con el sueño de dar educación a mis hijos, disfrutar de servicios públicos tales como agua, electricidad, internet, transporte público, accesibilidad a la comida y sobre todo, poder enviar ayuda a mi familia y posteriormente traerlos conmigo. Ya voy para 2 años aquí, y no he logrado ayudarlos” (Rosalba,

52 años, Maracaibo)

Si enfocamos la atención en las causas estructurales, y retomamos las conceptualizaciones propias de las ciencias sociales, en general se hace una diferencia entre *push factor* y *pull factor* (Lee, 1966) o sea entre factores que empujan a partir y factores que empujan a elegir y quedarse en un determinado país. Pero, si centramos la atención sobre los testimonios de los protagonistas de la migración, se evidencia una convergencia entre los dos factores, en la cual se entrelazan diferentes motivaciones, ya que, si es importante tener en cuenta las variables estructurales, bien es cierto que en la objetividad cae también la representación y narración del sujeto migrante. La reflexión socio jurídica ha destacado que las relaciones de poderes inciden y condicionan profundamente las vidas de las personas y, por ende, esto empujaría a considerar como una ‘migración forzada’ tanto el proceso de los solicitantes de asilo político, así como al proceso migratorio económico, causado por pobreza y bajos salarios. Para entender la dinámica estructural de los fenómenos migratorios, es necesario entonces dejar de lado algunas categorías previsivas que, de hecho, esconden lecturas estereotipadas y lejanas de la complejidad de todo el proceso. En consideración del estudio de caso presentado, es muy interesante enfocar la atención en el momento del ‘transito’, que ya el cruce de la frontera representa a nivel físico y emocional uno de los momentos más fuertes, a partir del cual se empieza a escribir el nuevo ‘capítulo’ de la vida de estas mujeres.

Se trata de un cruce en el cual estos cuerpos oscilan entre la inestabilidad sociopolítica y económica de su país, y los nuevos riesgos que – sobre todo los indocumentados- deben esquivar, sin alternativas entre rutas aún más peligrosas y nuevas formas de abusos y violaciones a sus derechos humanos. Dentro de las migraciones contemporáneas, el transito representa un fenómeno importante, ya que, debido probablemente a las dificultades conceptuales, puede conllevar graves repercusiones en materia de derechos humanos⁵. Por ejemplo, en la experiencia del tránsito, la

5 Consejo de Europa, asamblea parlamentaria, “countries of transit: meeting new migration and asylum challenges”, informe (doc. 13867), 11 de septiembre de 2015.

corrupción de funcionarios públicos y de policías de fronteras es un elemento fundamental, porque se repercute de manera relevante y empeora de manera crítica los riesgos de abusos y de las otras problemáticas como el acceso a servicios básicos y, para las mujeres, también a las discriminaciones ligadas al género. En consideración de este momento clave del camino, las memorias recogidas son muy interesantes, y hacen reflexionar tanto sobre lo que se acaba de mencionar, así como sobre la reglamentación en materia de política y legislación migratoria, y en particular sobre la presencia de barreras que infringen las cuestiones éticas propiamente ligadas al respeto de la dignidad y de los derechos humanos. En particular, de las narraciones de las caminantes se vislumbran las dificultades relativas a los aspectos ligados a la corrupción

“Mi obstáculo fue no tener pasaporte venezolano para poder atravesar la frontera. El personal del SAREN nos extorsionaron con 30 dólares americanos para dejarnos pasar a mi madre y a mí (...) los peligros de la carretera y que no nos dejaran pasar por la frontera ha sido el momento más duro, he tenido miedo de perder a mis padres, al cruzar la frontera he sentido mucho estrés (...)” (Paula, 17 años, Maracaibo).

55

“En el Río Limón, fui víctima del cobro por parte de un oficial de migración, quien me dijo que no podrían pasar mis hijos, ya que el permiso de sacar a los hijos del país era para el día 11 de septiembre y yo estaba pasando con ellos una semana después. Le explique la razón, que tenía relación con la empresa de envíos, la cual se había ido del país, y por eso el permiso llegó con retraso (...) Por todo el camino, siempre hubo el cobro por locales y efectivos de la Guardia Nacional y la Policía Nacional” (Rosalba, 52 años, Maracaibo).

Y al género

“Físicamente me ha tocado realizar trabajos a los que nunca hubiera pensado realizar, pero no me avergüenzan” (Yaneth, 52 años, Maracaibo)

El migrante cruza espacios, confines y emociones, y, por ende, el cruce físico, corresponde a un cruce emocional también. En la sensación de ‘nudo en la garganta’ se diluyen sentimientos de nostalgias, miedos, separación, esperanzas, resiliencia e incógnitas. La ruptura del equilibrio con el pasado llega de manera inmediata, apenas se empieza el camino, y evidentemente durante el tránsito

se verifica una especie de renegociación de su propia existencia. Una adecuada valoración del pasado y de la experiencia vivida, debería considerarse como una variable fundamental – tanto a nivel sociopolítico como legal – para evitar la cicatrización de una fractura emocional.

“No he pensado devolverme durante el camino, no tenemos nada en Venezuela para volver, me ha empujado seguir caminando el vivir en otra sociedad donde se puede tener muchas cosas...Siento nostalgia por mi abuela, mis tíos y mi prima que quedaron allá y no podemos ayudarlos” (Paula, 17 años, Maracaibo).

“Si, he pensado devolverme durante el camino (...) Lo mejor de todo sería abrazar a mi familia, pero regresar, sin haber logrado el objetivo de ayudarlos me produce una enorme tristeza (...) He tenido miedo de no poder pagar servicios y arriendo. No tener trabajo, no poder comprar comida, que mis hijos se desanimen, que mi hijo mayor no pueda entrar a la universidad (...) Al cruzar la frontera, tenía la esperanza de una mejor vida y avance para mis hijos en todos los aspectos de su vida. Darles aquí, lo que en mi país ya no podría hacer (...) me ha empujado en seguir caminando la esperanza, la recompensa a esta lucha, por supuesto que siento nostalgia si miro atrás, pero este es un reto muy grande, el futuro para mis hijos” (Rosalba, 52 años, Maracaibo).

“No he pensado devolverme durante el camino, mi único miedo ha sido tener que dejar a mi hija mayor (...) Al cruzar la frontera, he sentido el temor que no permitieran que sacara a mi hija del país y tener que vivir muchas de las historias de terror que había escuchado (...) Siempre es difícil dejar algo atrás sobre todo cuando se trata de casi una vida entera, pero mi meta es que mis hijas tengan la oportunidad de crecer y tener oportunidades de prosperar, la verdad sí, siento nostalgia por mi Maracaibo y todas las cosas maravillosas que allí vivimos (...) Cuando pienso en Venezuela me da tristeza” (Yaneth, 52 años, Maracaibo).

El tránsito es evidentemente un momento complicado, en el cual se prolongan miedos y abusos, que se mezclan con esperanzas y realidad, y que por ende transforman este cruce en un camino multidireccional, temporal o definitivo, de todas formas, nunca unisensorial. Justamente la multisensorialidad acompaña el encuentro intercultural que se desarrolla con la llegada. El proceso de migración femenina se puede observar como un fenómeno que ocurre entre polos opuestos, enfrentando riesgos procedentes

de condiciones de violencias estructurales y políticas (Bourgois, 2001), de un vivir en vilo entre obstáculos y metas. Sin dudas, las mujeres que viven la experiencia de la migración entran en un espiral en el cual la identidad y las relaciones sociales y familiares, están envueltos entre el pasado y el resultado – exitoso o meno – del camino. En el caso de las caminantes venezolanas, la cercanía cultural entre los dos países ha evitado choques en el momento de la llegada, y para algunas las redes de apoyo familiar han sido importantes para lograr comenzar una nueva vida, y así evitar volver a migrar. Sin embargo, a la búsqueda y esperanza de una vida digna se superponen en la llegada las obligaciones de una integración que pasa por la adaptación y la reorganización. Si hacemos más énfasis sobre los problemas que se conectan a la integración intercultural y situaciones de xenofobia, evidentemente la difidencia y los prejuicios que a menudo se transforman en hostilidad, destaca una retórica de la integración que todavía es incapaz de enfrentar y solucionar los problemas de manera contundente y sistémica y no solo de emergencia. Sigue siendo entonces necesario un esfuerzo para profundizar las peculiaridades de las migraciones actuales y diseñar modalidades de integración y convivencia nuevas, cada vez más ancladas a la plena afirmación y total armonía con los derechos humanos y la expresión de identidad y subjetividades. La llegada evidencia la importancia de leer la integración en los términos de interacción recíproca entre migrantes y sociedad de acogida (Marra, 2012), ya que por un lado es el mismo tejido social que se reorganiza en consideración de la inserción de otros seres humanos y, por el otro, los mismos migrantes al involucrarse en procesos de re-socialización en la medida en que empiezan a relacionarse con el país de llegada.

“por ser hija de colombianos, el choque cultural no ha sido tan fuerte ya que conocía la comida, costumbre, como era la vida en la ciudad, etc. (...) aunque mi esposo no tiene un trabajo fijo, gracias a Dios tenemos un techo y nunca nos ha faltado la comida y contamos con un sistema de salud. He recibido apoyo de mi familia que ya residía aquí, su apoyo ha sido fundamental y por ellos tengo trabajo. Afortunadamente en mi entorno laboral y con quienes he compartido no he sufrido de ningún ataque xenofóbico, de hecho, en muchas conversaciones trato de que la

gente entienda al venezolano y por qué han tenido que salir de su tierra en búsqueda de mejores oportunidades. Mi vida en Colombia no ha sido fácil, pero estoy muy agradecida: los pocos amigos que viven aún en Venezuela siguen sufriendo de toda la situación precaria... No viven... sobreviven” (Yaneth, 52 años, Maracaibo).

“El clima de Bogotá fue lo primero que me gustó. De igual forma, me adapté a las comidas, las cuales no son muy distintas a las de Venezuela. Lo más complicado ha sido que mi padre no consiguió trabajo desde que llegó y eso nos ha limitado a tener todo lo que aspirábamos tener (tranquilidad económica). Ninguna organización nos ha apoyado ni ayudado. Las relaciones con los colombianos no han sido perfectas, pues no todos han sido receptivos. Al comienzo en mi colegio sufrí ataques de xenofobia por parte de algunos compañeros de clases. La coordinadora del colegio me indicó, desde el principio, que si esto ocurría, debía denunciarlo de inmediato. Cuando ocurrió, el alumno que lo ocasionó fue cambiado de sección. Luego, seguí escuchando comentarios xenofóbicos, pero no dirigidos directamente a mí, sino a todos los venezolanos. Afortunadamente, el resto de mis compañeros se adaptaron a mí y me adoptaron como una más del grupo” (Paula, 17 años, Maracaibo).

58

“He caminado sola con mis hijos, he recibido la ayuda de una gran amiga. Escogí Colombia por la cercanía a Venezuela, porque tenía poco dinero, porque mi amiga me alentó y me abrió sus puertas, y porque ya tenía mi ciudadanía colombiana y a futuro podrían tenerla mis hijos (...) Mis expectativas eran muy buenas, entre otras, un trabajo profesional de manera que podría pagar arriendo en un apartamento cómodo y buen ubicado, pero la realidad ha sido otra, vivo con mis tres hijos en un espacio muy reducido, si apenas cabemos (...) La adaptación al clima de Bogotá ha sido positiva, aunque aún no he podido acondicionar mi cuerpo para trotar, solo caminar, sobre las costumbres, las respeto y me acoplo a ellas (...) he trabajado en dos colegios privados, donde no ha sido fácil ingresar, ya que dudan de mis documentos, incluso de la convalidación del título de licenciada (...) A los padres o representantes de los colegios privados en los que he estado, no les ha parecido que yo sea profesora de sus hijos, en parte considero un choque cultural. En una ocasión llamé la atención a los estudiantes por su vocabulario, a lo que manifestaron ser normal su uso aquí. Los estudiantes al escuchar mi acento me han preguntado que si tengo el permiso para trabajar” (Rosalba, 52 años, Maracaibo).

El evento físico/emocional del camino, agudiza la percepción de si mismo, y desencadena complejas dinámicas identitarias,

caracterizadas evidentemente por la imposibilidad de reconocerse y por un persistente sentido de inestabilidad y de no pertenencia. En el estudio de caso de las caminantes, el 'sufrimiento de la migración' se identifica, en la llegada, con sentimientos de difidencia e indiferencia, soledad y sentimientos contrastantes relativos a sentirse aceptadas, pero, de todas formas, las caminantes evitan la palabra 'felicidad', y la narración enfoca más sobre la prospectiva futura, que evidentemente se vuelve anclaje para seguir reconstruyendo una nueva vida.

"En este momento puedo decir que estoy un poco tranquila, me imagino un futuro donde mis hijos tengan prosperidad" (Yaneth, 52 años, Maracaibo).

"Me siento tranquila, pero no feliz. Nos faltan muchas cosas. En Venezuela no tenía casi nada, y a pesar de que en Colombia no he tenido lo que quisiera, me encuentro mejor. En futuro quisiera entrar en la universidad y estudiar una carrera, me imagino un futuro para mis hijos viviendo en un país libre, donde tengan acceso a educación, leyes justas, justicia (...) Mi vida en Colombia se reduce al espacio que comparto con mis padres: cuando podemos comer comemos, cuando podemos salir salimos. Formamos un equipo de tres donde compartimos nuestras vivencias diarias" (Paula, 17 años, Maracaibo).

59

"A pesar de todo, me siento aceptada en Colombia. Me imagino consiguiendo las convalidaciones, ingresando a trabajar a nivel superior, y viviendo aquí en Bogotá. Ayudando a mi familia en Venezuela e incluso ir a visitarlos (...) mi balance de vida en Colombia no es positivo, pero va encaminado al logro con éxito. Mi familia pasa hasta un mes sin que llegue una gota de agua por tubería, no pueden comprar comida, por los excesivos precios en dólares y recibiendo salarios en bolívares. En fin, mi familia está sufriendo al igual que yo acá, pero aquí siento esperanza de mejorar. Allá, mientras no salga ese gobierno corrupto no veo la salida hacia una mejora social" (Rosalba, 52 años, Maracaibo).

Los testimonios de las caminantes venezolanas contribuyen en interpretar la complejidad del fenómeno de las mujeres migrantes desde la singularidad de la vivencia subjetiva. Para pensar la subjetividad, probablemente se necesita retomar la relación entre interpelación (Althusser, 2003), performatividad (Butler, 2001) e identidades saturadas (García *et al.*, 2003), ya que evidentemente las mujeres migrantes representan el entrecruzamiento de múltiples

categorías. El camino migratorio, y la consiguiente inserción -más o menos transitorias- en una sociedad diferente, impulsan a reelaborar su visión del mundo en términos de discontinuidad, ambivalencias e innovación (Basteiner *et al.*, 1990). Las palabras y actitud de las caminantes no dejan espacio para el miserabilismo, a la inversa, lo que se vislumbra de ellos es la firme voluntad de seguir ‘caminando’ para construir y alcanzar una promesa de vida más justa y libre. El camino es sin dudas un movimiento salida/transito/llegada, pero también una meta a alcanzar entre desarraigo e ilusiones.

“Ha sido un mar de emociones encontradas, me gusta estar aquí pero me duele cuando quizás escucho gente hablando mal del venezolano, soy afortunada porque he hecho nuevas amistades muy sinceras y que han sido mi apoyo en muchas circunstancias (...) migrar no es fácil en ningún momento de tu vida, hay que hacerlo con conciencia, optimismo, con la mente abierta, con respeto y sobre todo con mucha esperanza y ganas de seguir para adelante” (Yaneth, 52 años, Maracaibo).

“Dejar al país, no es una opción, es una obligación de vida” (Rosalba, 52 años, Maracaibo).

“Desearía poder vivir en un país como la Venezuela donde crecieron mis padres en los años 80s, donde se podía trabajar, estudiar, disfrutar, viajar, tener amigos, pasear, conocer. Con cambios como la aceptación, que no se discrimine a nadie por su género, orientación sexual y gustos” (Paula, 17 años, Maracaibo).

A través del testimonio de las caminantes, hemos intentado subrayar la importancia de integrar las dimensiones estructurales del fenómeno migratorio con la dimensión ética, individual y emocional; esa integración, llevaría hacia enfoques metodológicos tendientes en analizar la experiencia migratoria como un ámbito de relaciones institucionales y sociales (Di Nicola, 1998). En particular, la migración como acción colectiva es factor causal de profundas transformaciones sociales que se desarrollan simultáneamente en los países de origen y llegada, y, la interacción entre migrantes como ‘grupo’ con los grupos sociales de la sociedad de llegada, favorece la construcción de nuevos espacios socioculturales (Basteiner, 2004). Lo que se pone en marcha es evidentemente una transformación tanto a nivel de ligámenes sociales, como a nivel simbólicos, este último

matriz de las actividades prácticas, de los comportamientos, de la manera de pensar y de los juicios de los actores sociales (Bourdieu *et al.*, 1992). Por lo tanto, incluir en el análisis las emociones y memorias de las caminantes, he permitido ampliar la perspectiva, destacando las razones del camino, pero también evaluando esta experiencia como construcción de una nueva oportunidad de vida, en la cual evidentemente se reconstruye también la propia subjetividad e identidad. En este sentido, las narraciones han favorecido visualizar el ‘camino’ como un nuevo proyecto de vida para estas mujeres, pero también como un fenómeno en el cual abusos y las graves violaciones de los derechos humanos desvalúan los sentimientos de humanidad y solidaridad, prerrequisito fundamental de cualquier democracia. Abusos y violaciones que, además, construyen las bases para las degeneraciones ideológico-xenófobas, que arriesgan el correcto funcionamiento de los estados constitucionales de derecho, ya que, en una visión foucaultiana, esta degeneración no es la causa, sino más bien es el efecto de los quebrantamientos de los derechos humanos.

Derechos Humanos, dignidad humana y el estatus de las caminantes venezolanas

61

En el caso de la población migrante venezolana en diáspora y los Derechos Humanos son la viva ilustración de vulnerabilidad de los derechos básicos e inmanentes de una sociedad determinada.

Es evidente la flagrante violación de los Derechos Humanos lo que aun acontece con las caminantes esparcidas principalmente por Suramérica, los modelos contemporáneos sobre la dignidad humana y los paradigmas que éstos conllevan en su carga moral y ética son degradados al examinar las descripciones leídas en el apartado anterior: mujeres jóvenes embarazadas y más maduras se ven en la obligación de emigrar de su país de origen por el grado de desatención y degeneración al cual son sometidas estos seres humanos.

Se acude a la concepción de dignidad humana de Antonio Pele, la cual “... suele ser definida actualmente de dos formas complementarias: primero como valor de todos los seres humanos, y segundo, como el fundamento de los derechos fundamentales.” (Pele, 2015a:7).

El derecho humano de ser digno como ser humano es inherente y absoluto a su condición de ser; y tan solo por ser humano las personas son meritorias de éste a mi criterio. En cuanto al segundo aspecto, los derechos humanos tales como la Dignidad se traducen en una razón de ser en virtud de la protección y el desarrollo de ese derecho.

Según Antonio Pele este doble aspecto permite establecer cómo la dignidad humana conforma una atribución del valor intrínseco al ser humano lo que justifica la consolidación y el desarrollo de los derechos fundamentales. Es oportuno lo que significa dignidad humana para Peces-Barba es el “[...] fundamento de la ética pública de la modernidad, como un prius de los valores políticos y jurídicos y de los principios que derivan de esos valores”. Como es una atribución intrínseca e inherente a lo humano; Ansuátegui, la conceptúa como la “...referencia axiológica básica de los derechos, la dimensión moral que les da sentido” (Ansuátegui citado por Pele, 2015b:8). El sentido moral inherente le concede una dimensión axiológica clara de acuerdo a mi pensar.

62 Ciertamente, la dignidad humana es una adscripción humana no negociable, irrenunciable e inviolable que le confiere al ser humano un “estatus moral privilegiado” parafraseando a Garzón Valdés (Pele, 2015c:8). La dignidad como Derecho Humano configura un punto de inflexión reflexivo acerca de lo que significa ser un ser humano en convivencia social. Y a las caminantes de Venezuela como las mencionadas se les despoja de su condición de ser NO negociable, irrenunciable e inviolable.

En efecto, para sustentar este planteo es imposible no constatarlo con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) con la cual se produce el “...reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (DUDH). Asimismo, es recomendable referir como la dignidad humana es fundamento de los derechos humanos reflejados en los artículos 1, 22 y 239 de la misma Declaración.

Sin olvidar que, uno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 protege la “dignidad inherente al ser humano” entendido como valor intrínseco a la condición humana ontológica. Dos, en el 2009, la Carta Europea de Derechos Fundamentales

dedica su Título I a la “Dignidad” y a la cual vincula cuatro derechos fundamentales también.

El Derecho a la vida es uno de los vinculados, pero no una vida cualquiera, tiene que ser una vida digna de ser humana. De ser digno por su propio ser, de ser vivible en convivencia social, donde la interacción social de las mujeres y sus relaciones con la sociedad sea equilibradamente humana; y para ello humanamente digna.

No hay nada de digno en trajinar y desandar sin hogar, sin empleo, sin estatus ciudadano, con hambre y frío o calor, arrastrando tus enseres por uno o varios países mostrando la desidia humana por parte de muchos Estados-Nacionales que se hacen la visita ciega ante este panorama de destrucción y deterioro de la condición de ser un ser humano. El derecho a la vida es fundamental como también lo es poseer o hacerse de una vida digna.

El reconocimiento intrínseco de la dignidad humana se le atribuye a un paradigma moderno que debe ser revalidado y ajustado a la cambiante realidad que consuetudinariamente nos ofrece la consistencia de la inequidad y desigualdad social de un estatus devastado en su referencia axiológica, para dejar de serlo con el solo hecho de una población nacional -que puede llegar a constituir otro país con más de 6 millones de habitantes que migraron bajo las peores condiciones, se despidieron y empezaron a caminar para vivir una vida indigna y oprobiosa desde todo punto de vista sociológico y socio jurídico.

Eventos como los descritos nos obligan a una detención pensativa de cómo la indignidad humana priva como contexto, si, por un lado, “llevan a sus hijos consigo” a transitar kilómetros de caminos significa observar un cuadro deprimente que es difícil no prestarle atención; y, por otro, si los dejan en Venezuela se traduce en un cuadro de penurias y episodios de desgracias en la calidad de vida y hambrunas que se refrendan con periodicidad.

Como pudo observarse en esa parte, escenarios que ilustran la indecencia degradante de lo digno en éstas, una carente calidad de vida y de desarrollo humano cuando paso a paso las migrantes, específicamente, en Colombia desandan los caminos de miseria humana originada por un gobierno autoritario perpetuado.

Así pues, la importancia de la prohibición de la tortura como de la esclavitud y el trabajo forzado como derechos fundamentales de los hombres y las mujeres consolidados en la diversidad de instrumentos internacionales universales, debe también su preponderancia que le corresponde la dignidad humana como principio socio jurídico y ético universalmente establecido, porque la dignidad humana en su condición consolidada legalmente no es un rango menor en su muestra de textos constitucionales; ni pierde terreno en relación con la fundamentación de los Derechos Humanos ni del Estado de Derecho bien sea en general o de cada nación en su particular devenir.

Lo planteado exterioriza la conexión actual que hay entre dignidad humana y los derechos humanos ad hoc, exponiendo más claramente los reconocimientos políticos-jurídicos de la dignidad humana que le dan su fundamentación; dependiendo de cada contexto particular.

La ética digna de las mujeres caminantes, dignidad humana y la lógica de los estados-nacionales de ese derecho humano

64

Si se exceptúan los países en guerra, es claro que la ética digna de las migrantes caminantes venezolanas se encuentra en un estado denigrante, su estado es inexistente en cuanto a la dignidad de la mujer en cualquiera de sus casos rebasa toda vulneración cometida hasta ahora contra las migrantes específicamente en América Latina. Atender o revisar los casos de jóvenes mujeres embarazadas, ancianas, discapacitadas, entre otras indignas en los parámetros y los principios éticos y bioéticos establecidos en los proclamados Derechos Humanos.

La universalidad del principio de dignidad humana ha sufrido variantes y hasta deslegitimaciones y disensos si se estudian las distintas naciones, es cuando la ética digna, la ética del cuidado y ética de la hospitalidad de cada nación no son homogéneas, es probable que lo sea cuando de las mujeres caminantes consiste. Los derechos humanos fundamentales como el de la dignidad humana han perdido un relativo peso institucional, ello obedece a que la lógica interna de los Estados Nacionales ha sido un planteamiento de investigación que ha

cobrado fuerza y ha permitido legitimar posturas e interpretaciones socio jurídicas de lo que es digno, cuyas posiciones relativas forman parte del consenso generalizado del contexto y de la dinámica del Estado correspondiente (Ávila, 2005a:79).

Cuando la dignidad humana como principio universal dista de ser un proyecto de institucionalidad conglomerado por las voluntades políticas de las fuerzas sociales que constituyen una sociedad determinada, es que la lógica implícita de los Estados deslegitima el carácter universal reconocido por instrumentos de ese orden. Entonces, le resta vitalidad a la dignidad humana como Derecho Humano mundial.

Puesto que posterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 se asiste y algunos países apostaron por el desarrollo de la “regionalización y sectorialización” de áreas jurídicas, como subraya Antonio Cassese (Cassese referido por Ávila, 2005b:79).

De manera que los procesos de regionalización y sectorización de los derechos humanos de dicha Declaración Universal pierden parte de ese carácter cuando cada Estado Nacionales con su racionalidad y lógica propia adapta –sin afectar del todo su núcleo esencial- las Cartas de los Derechos a ciertas tradiciones comunes entre países (derecho comparado), regionalizándolas gracias a la autonomía relativa que le brindan los mecanismos regionales de las tutelas estatales. En diferentes oportunidades éstos han manifestado la necesidad de adquirir mayor autonomía a través de medios como éste.

“En otras palabras, los derechos humanos constituyen, en el hacer de las instituciones y en cada uno de los espacios, una solicitud y petición para el fortalecimiento de los Estados en el perfil de sus identidades. Por otro lado, la sectorialización de los derechos humanos destaca el proceso de particularización de los derechos, es decir, del pasaje desde la generalidad y abstracción característica del lenguaje de las Cartas de los Derechos hasta la especificidad de los derechos que tutelan y protegen en forma diferenciada los intereses particulares de grupos o categorías de personas en función de las necesidades.” (Ávila, 2005c:80).

La particularización jurídica de los Derechos Humanos está provista de una sectorialización interpretativa de los derechos de

las Cartas de los Derechos que se conocen como sistemas de fuentes internacionales.

66 He allí el razonamiento jurídico del por qué el “paradigma de la dignidad” que daba sus primeros pasos incipientes en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue asumiendo variables provenientes de los intereses políticos y económicos precisados en los Estados y sus regiones en tal sentido. Los derechos fundamentales del hombre fuero afectados creándose antecedentes que modificaban la comprensión consciente del paradigma contemporáneo de la dignidad humana, por lo que la dignidad como principio universal contempla cuestiones significativas y posiciones históricas que permiten suscitar críticas analíticas e interpretaciones jurídicas que promueven la lógica socio jurídica utilizada por los Estados Nacionales para permitirse la regionalización o sectorialización específica de los derechos fundamentales como el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado y la dignidad humana; donde las caminantes de Venezuela migran con sus dolores a cuestas, con todas las vicisitudes que implica movilizarse a pie dejando una estela de indiferencia y desidia frente a los rostros de diferentes naciones - que en mayor o menor medida - suelen ser antiéticas y amorales si el criterio del paradigma de la dignidad no fuese cambiado o adaptado a la justificación contextual de naciones como: Perú, Chile, Colombia, Ecuador, Brasil y otros tantos modelan politizando sus derechos y los significados propios e inherentes a lo que abarca la concepción de lo que digno y no lo es, reenfocándolos por medio de los relativos mecanismos de justificación que parten de los procesos de regionalización y sectorialización de los Derechos Humanos reconocidos en toda su extensión (Pele, 2015d:9).

Para cada mujer viuda, mujer en estado de embarazo, anciana, niña u otra condición no pormenorizada conlleva afectaciones al paradigma real onto y axiológicamente de la dignidad humana, mirada como un verdadero derecho humano declarado en primera generación; y cómo a partir de allí su utilidad se derivan alcances universales como fue establecido en esa época.

De reciente data, las filosóficas fundamentaciones acerca de la universalidad de los Derechos Humanos que se han hilvanado en los debates actuales han traído consigo perfiles comprados de estudios

académicos sobre el tema, el dominio científico de estos ámbitos se ha enriquecido ofreciendo interesantes premisas teóricas que le deparan a los enfoques analíticos y los modos de la universalidad de los derechos humanos (Avila *et al.*, 2008a:255).

Según lo planteado, Ambas subrayan que “Uno de los desafíos que el actual debate contemporáneo presenta, no sólo teóricamente, sino de la práctica de los Estados y de los organismos intergubernamentales y civiles, es dado en virtud de los diversos modos de entender la universalidad de los derechos humanos.”, por lo que tales perfiles, enfoques y modos abocados hacia la universalidad la torna más compleja de lo que se piensa (Cfr. Avila *et al.*, 2005b:255). Estos aspectos afectan la fundamentación actual de los Derechos Humanos gracias a las justificadas sustentaciones de las voces que intervienen en los debates sociojurídicos existentes.

Es la dignidad humana -entendida como un principio y un derecho humano- establecida por Peces-Barba, una de las premisas para el análisis jurídico apropiado de la variable de la Universalidad, pero no es ni será la única voz académica autorizada a considerar por lo que se ha examinado y plasmado ahora.

67

Todo parece indicar que la diversidad de las “voces y modos” provenientes del debate académico se ha explayado y extrapolado hasta el área empírica relacionada con la capacidad decisoria y discrecional de la presentada *lógica de los Estados Nacionales*; siendo bien patente en el caso reciente de la Republica de Colombia. Porque, al fin y al cabo, esta nación coloco en un sitio de honra la temática de la dignidad de las personas -inclusive de las mujeres independiente de su condición-. Colombia Fue un manifiesto ejemplo paradigmático que ha mostrado esta nación, dado que la iniciativa de su Estado Nacional democrático -ante la diáspora- aprobó, en el presente año 2021, con la firma del decreto 216 del primero (1) de marzo de 2021 el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, cuya propiedad reivindicativa es la de ser “... un mecanismo jurídico complementario al régimen de protección internacional que diseñó el Gobierno para amparar a todos los migrantes venezolanos que viven en Colombia tomando en cuenta la realidad que vive Venezuela.”⁶

6 Estoy en la frontera. <https://estoyenlafrontera.com/regularizacion-migratoria/>

Este estatuto de protección estará dirigido a aquellos migrantes venezolanos que se encuentran en Colombia de manera regular, bien sea porque son beneficiarios de un permiso de ingreso y permanencia, porque realizaron una prórroga de permanencia o porque cuentan con un Permiso Especial de Permanencia (PEP). Si, caso en el cual, en el marco del trámite de su solicitud, el solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado tendrá la obligación de incluir su información en el Registro Único de Migrantes Venezolanos Bajo Régimen Temporal de Protección, y solicitar el otorgamiento del Permiso por Protección Temporal contemplado en el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal.

El mismo busca generar atención humanitaria a la población vulnerable de este país, siendo este un mecanismo complementario al régimen de protección internacional de refugiados, que permite llenar los vacíos existentes en este régimen, con base en la realidad migratoria y la capacidad de respuesta que tiene el país en materia institucional, social y económica.

Siendo emergente que los derechos de los migrantes deben formar parte integral de las políticas públicas desarrolladas por las naciones, donde necesariamente es indispensable la promoción de instrumentos normativos que favorezcan la protección de los derechos migratorios, todo ello con la finalidad de proteger la violencia basada en el sexo y todas las formas de acoso sexual y explotación, incorporando aquellas resultantes del perjuicio cultural y el tráfico internacional, incompatibles con la dignidad y el valor de la persona.

Por ello resultar imperativo garantizar aquellos derechos humanos previstos en la Constitución Política de Colombia, en los Convenios internacionales y, en las restantes normas colombianas aplicables, principalmente para la preservación del principio de igualdad jurídica de los nacionales con los extranjeros (Avila, 2020:133-146).

La existencia de este instrumento dirigido a la población, sugiere

estas-son-las-15-dudas-sobre-el-estatuto-temporal-de-proteccion-para#:~: text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20Estatuto%20de,la%20realidad%20 que%20vive%20Venezuela. Consultado: 01 enero 2022.

a los Gobiernos que sean cada vez más conscientes de la importancia de contar con una legislación adecuada y cónsona para responder a las necesidades, aspiraciones y las demandas de las personas migrantes, reflejando el consentimiento y fervor de la sociedad, respecto a la necesidad imperiosa de atender un tema que estaba ausente de la agenda pública hasta hace poco.

Este hecho por lo tanto conforma un enfoque y a su vez una modalidad de protección y salvaguarda sobre la regularización de la estancia legal de las venezolanas (os) ubicados dentro del territorio colombiano, y con la ratificación del Estatuto reestablece <de algún modo> el derecho humano universal y principio de la dignidad humana precisado desde un sentido onto- jurídico y deontológico, por ello que la presencia de este instrumento normativo, favorece a gran escala la estabilidad, la definición de criterios, la continuidad institucional y los recursos que se asignan a las políticas públicas de migración desarrolladas en el país colombiano.

Referencias bibliográficas

- Alcoff, Linda M. (2006): *Visible Identities. Race, Gender, and the Self*, NY: Oxford University Press.
- Althusser, Louis (2003 [1969]): *Ideología y aparatos ideológicos del estado*, Buenos Aires: Nueva Visión.
- Ansuátegui, Javier (2011): “Derechos fundamentales y dignidad humana”, **Papeles el tiempo de los derechos** (num.10), Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III.
- Assmann, Jan. & Czaplicka, John. (1995): *Collective Memory and Cultural Identity*, en **New German Critique** (num. 65, pp. 125-133).
- Ávila Hernández, Flor (2020). *Derechos Emergentes de los Migrantes Forzados Venezolanos en Colombia. propuesta de los iura vivendi y migrandi, al ius integrandi* año 2020. **Utopía y Praxis latinoamericana**. año: 25, n° extra 8, 2020, pp. 133-146 *Revista internacional de filosofía y teoría social cesa-fces-Universidad del Zulia*.
- Ávila, Flor- Martínez de Correa, Luz (2008): “¿Contra la universalidad de los derechos humanos? propuestas para un debate”. **Revista Venezolana de**

Análisis de Coyuntura (vol. XIV, núm. 1, enero-junio), pp. 255-275.

Balibar, Etienne (2001). *La paura delle masse: politica e filosofia prima e dopo Marx*, trad. it. di Andrea Catone, Milán: Mimesis Edizioni.

Bartoletti, Roberta (2007). *Memoria e Comunicazione. Una teoria comunicativa complessa per le cose del moderno*, Milan: FrancoAngeli.

Bastenier, Albert & Dassetto, Felice (1990): *Nodi conflittuali conseguenti all'insediamento definitivo delle popolazioni immigrate nei paesi europei*. En AA. VV., Italia, **Europa e nuove immigrazioni** (pp. 3-64). Torino: Fondazione Giovanni Agnelli.

Bastenier, Albert (2004). *Qu'est-ce qu'une société ethnique? Ethnicité et racisme dans les sociétés européennes d'immigration*, Paris: Puf.

Bauman, Zygmunt (2016): *Stranieri alle porte*. Trad. it. Roma-Bari: Laterza.

Bauman, Gerd (1999): *The Multiculturalism Riddle. Rethinking National, Ethnic, and Religious Identities*, New York-London: Routledge.

Berger, Peter & Luckmann, Thomas (1966): *The Social Construction of Reality: a Treatise in the Sociology of Knowledge*, New York: Doubleday & Co.

Bourdieu, Pierre & Wacquant, J. D. Loic (1992): *Réponses. Pour une anthropologie réflexive*, Paris: Éds. Du Seuil.

Bourdieu, Pierre (1990): *Sociología y cultura*, México: Grijalbo Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

Bourdieu, Pierre (2004): “*Gender and Symbolic Violence*”. En **Violence in War and Peace. An Anthology**, editado por Nancy Scheper-Hughes y Philippe Bourgois, 339-342. Oxford: Blackwell Publishing.

Bourgois, Philippe (2001): “*The Continuum of Violence in War and Peace: Post-Cold War Lessons from El Salvador*”, in **Ethnography** 2 (1), pp. 5-3).

Butler, Judith. (2001b [1997]): *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, traducción de Jacqueline Cruz, Madrid: Cátedra.

Crenshaw, Kimberley (1991): “*Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color*”, **Stanford Law Revue** (43 (6), pp. 1241-1299).

- Cuche, Denys (1996): *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris: La Découverte.
- Di Nicola, Paola (1998): *La rete: metafora dell'appartenenza. Analisi strutturale e paradigma di rete*, Milano: FrancoAngeli.
- Donati, Pierpaolo (2016): "The Cultural Borders of Citizenship in a Multi-cultural Society", en **Journal of Mediterranean Knowledge** (1(1), pp. 11-26). DOI: 10.26409/2016JMK1.1.02
- Fals Borda, Orlando (1981): *The Application of Participatory Action Research in Latin America*, en **International Sociology** (vol 2. N° 4).
- Foucault, Michel (1978): *La volontà di sapere*, trad. it. di Pasquale Pasquino e Giovanna Procacci, Milán: Feltrinelli.
- Grosz, Elizabeth A. (1994): *Volatile Bodies: toward a corporeal feminism*, Crows Nest: Allen & Unwin.
- Halbwachs, Maurice (1950): *La mémoire collective*, Paris: PUF
- Hewstone, Miles (Ed.) (1983): *Attribution Theory: Social and Functional Extensions*, Oxford: Basil Blackwell.
- Hooks, Bell (1998): *Elogio al Margine*, Milano: Feltrinelli.
- Jedlowski, Paolo (2002): *Memoria, esperienza e modernità. Memorie e società nel XX secolo*, Milan: FrancoAngeli
- Jedlowski, Paolo (2010): *Il Racconto come Dimora. Heimat e le Memorie d'Europa*, Túrín: Bollati Boringhieri.
- Jedlowski, Paolo (2016): *Intenzioni di memoria. Sfera pubblica e memoria autocritica*, Sesto San Giovanni: Mimesis.
- Karsenti, Bruno (1997). *L'homme total. Sociologie, anthropologie et philosophie chez Marcel Mauss*, Paris: Puf.
- Lacomba, J. (2004). *Migraciones y desarrollo en Marruecos*. Madrid: Catarata
- Lee, Everett (1966). "A Theory of Migration", en **Demography** (3(1), pp.47-57). Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/2060063>.
- Lévi-Strauss, Claude (1952): *Race et Histoire*, Paris: UNESCO.

- Mangone, Emiliana – MASULLO, Giuseppe – GALLEGO, Mar (2018): *Gender and Sexuality in the Migration Trajectories. Studies Between the Northern and Southern Mediterranean Shores*, Charlotte, NC 28217-7047 IAP-Information Age Publishing
- Mangone, Emiliana – RUSSO, Giovanna (2020). *Mediterranean migrations as experienced by migrants: Memories as a “lifeline”*, en *Trauma and Memory* (vol. 8, no. 3, pp. 243-254).
- Marra, Claudio (2012): *La casa degli immigrati. Famiglie, reti, trasformazioni sociali*, Milano: FrancoAngeli
- Mateo, C. y Ledezma, T. (2006). *Los venezolanos como emigrantes. Estudio exploratorio en España*. **Revista venezolana de análisis de coyuntura**, 12(2), 245-267.
- Melucci, Alberto (1998): *Verso una sociología riflessiva*, Bologna: Il Mulino.
- Peces-Barba, Gregorio (2003): “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, en **Cuadernos “Bartolomé de las Casas”**, Madrid, Dykinson.
- 72 Pele, Antonio (2015): “La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales”, en **Revista Brasileira de Direito**, 11(2): 7-17, jul.-dez.
- Pinelli, Barbara (2011): *Donne come le altre. Soggettività, reti di relazioni e vita quotidiana nelle migrazioni delle donne verso l'Italia*, Firenze: Ed. It. Press.
- Quesada, James (2012): “Illegalization and Embodied Vulnerability in Health. Commentary”, Special Issue, Part II. **Social Science & Medicine** (74 (6), pp. 894- 896).
- Ricœur Paul (2009): *Tiempo y narración III*. México: Siglo Veintiuno Editores
- Ricœur, Paul (2013): *Ermeneutica delle migrazioni. Saggi, discorsi, contributi*, Milán: Mimesis.
- Romero, Carmen, y GARCÍA, Silvia. (2003): “Saturaciones identitarias: de excesos, materialidades, significación y sus (in)visibilidades”, **Clepsydra** (num. 2, pp. 37-56).

- Sayad, Abdelmalek (2002): *La Doppia Assenza*, Milan: Raffaello Cortina.
- Simmel, Georg (1908): *Sociologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Berlin: Duncker & Humblot
- Tarazona, Javier. *Fundaredes*. Organización No Gubernamental de Colombia.
- Tognetti Bordogna, Mara (Ed.), (2007): *Arrivare non basta. Complessità e fatica della migrazione*, Milan: FrancoAngeli.
- Vila Hernández, Flor (2005): “Derechos Humanos y Cultura en el Siglo XXI: las Áreas Declaratorias de Derecho”, en **Cuadernos PROLAM/USP** (ano 4 - vol. 2 - 2005), p. 77-101.
- Villa, M., y Martínez, J. (2001). *El mapa migratorio internacional de América Latina y el Caribe: patrones, perfiles, repercusiones e incertidumbres* (pp. 1-28). Santiago de Chile, Chile: Cepal.
- [www.dw](http://www.dw.com/es/de-vuelta-los-caminantes-surge-una-nueva-ola-de-migrantes-venezolanos/a-55423069). Reportaje: *De vuelta los caminantes: surge una nueva ola de migrantes venezolanos*. www.migracióncolombia.gov.co. <https://www.dw.com/es/de-vuelta-los-caminantes-surge-una-nueva-ola-de-migrantes-venezolanos/a-55423069> Fecha de consulta 12 de enero 2022

Eficacia de acciones positivas como medida de protección para prevenir la violencia contra las mujeres en Argentina

Angélica María Ochoa Díaz*

Resumen

74 En aras de alcanzar una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres Argentina ha sancionado diferentes leyes de acciones positiva. Hemos querido abordar este tema de investigación con el objeto de determinar si estas acciones positivas o afirmativas constituye una medida eficaz de protección para prevenir la violencia contra las mujeres. Metodológicamente el abordaje empleado en esta investigación es cualitativo y cuantitativo -modelo de esquema dominante, prevaleciendo lo cuantitativo sobre cualitativo. Las técnicas cualitativas empleadas son la observación indirecta a través del relevamiento de documentos escritos como libros, artículos de revistas, documentos científicos, legislación, jurisprudencia, entre otros. Y las técnicas cuantitativas a las que se recurrió son diferentes estadísticas publicadas por la Asociación la Casa del Encuentro ONG- de Argentina y a la Oficina de Violencia Doméstica -OVD-adscrita a la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Estas estadísticas denotan como resultado que la existencia de leyes de acciones positivas como medidas de protección para la no discriminación de las mujeres en aras de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra ellas, no son eficaces ya que, desde la sanción de la ley 26.485 en 2009 la violencia contra las mujeres no ha disminuido, sino que

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura, Cartagena- Colombia. Doctora en Derecho con énfasis en el Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Magister en Gestión Pública de la Universidad Nacional del Rosario. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo Universidad Externado de Colombia. Docente investigadora de la universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm, Montería, Colombia. Angelicamaria8a@hotmail.com. <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-9450-2110>. Este capítulo de libro es parte resultado de investigación de mi tesis Doctoral denominada Discriminación positiva como medida de protección para prevenir la violencia intrafamiliar en las mujeres en Argentina.

ha ido en ascenso lo que ha arrojado en la última década un total de 2.995 mujeres muertas por femicidio, esto es, los homicidios de mujeres por su condición de ser mujeres.

Palabras clave: violencia contra las mujeres, violencia intrafamiliar, eficacia jurídica de las acciones positivas, derecho mujeres argentinas, feminicidios.

Effectiveness of positive actions as a protection measure to prevent violence against women in Argentina

Abstract

In order to achieve real and effective equality between men and women, Argentina has enacted different positive action laws. We wanted to address this research topic in order to determine whether these positive or affirmative actions constitute an effective protective measure to prevent violence against women. Methodologically, the approach used in this research is qualitative and quantitative -dominant scheme model, prevailing quantitative over qualitative. The qualitative techniques used are indirect observation through the survey of written documents such as books, journal articles, scientific documents, legislation, jurisprudence, among others. And the quantitative techniques that were used are different statistics published by the Association la Casa del Encuentro NGO- of Argentina and the Office of Domestic Violence -OVD-attached to the Supreme Court of Justice of Argentina. These statistics show that the existence of affirmative action laws as protective measures for the non-discrimination of women in order to prevent, punish and eradicate violence against them are not effective. since, since the enactment of Law 26,485 in 2009, violence against women has not decreased, but has been on the rise, which has resulted in a total of 2,995 women killed by femicide in the last decade, that is, the homicides of women because of their status as women.

75

Keywords: violence against women, domestic violence, legal effectiveness of positive actions, Argentine women's rights, femicides.

Introducción

La violencia contra las mujeres lamentablemente no es un fenómeno exclusivo de Argentina y de nuestra época. Por el contrario, los fenómenos de violencia contra las mujeres han existido

en todos los países del mundo.

La acción positiva se puede definir como una política social que se orienta a mejorar la vida de las mujeres que han sido objeto de violencia por el hecho de ser mujeres. Su principal objeto es lograr una igualdad plena y real de oportunidades y posicionamiento social entre mujeres y hombres procurando, a través de la concientización y educación de la población, la equidad entre los géneros (Marinelli,2015:39).

En Argentina son abundantes los casos de violencia contra las mujeres, entendida a los fines de esta autora como todo acto de violencia contra las mujeres que resulte, o pueda tener como resultado entre otros, un daño físico, sexual, psicológico, simbólico, económico, inclusive las amenazas y la coacción o privación arbitraria de la libertad de estas.

El último informe realizado por la casa del encuentro reveló que los femicidios, esto es, los homicidios de mujeres por su condición de ser mujeres en la en los últimos 7 años partiendo del año 2015 a 3 de junio de 2022 ascienden a un total de 2.041 mujeres muertas por feminicidio (Casa del Encuentro,2022).

He querido abordar este tema de investigación para determinar si la discriminación positiva o acción afirmativa constituye una medida eficaz de protección para prevenir la violencia contra las mujeres ya que, es de transcendental importancia entender el alcance y los elementos que conforman la acción positiva para dilucidar sus efectos benefactores en la pugna por alcanzar una igualdad real entre hombres y mujeres.

Por su parte, la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres “convención de Belén do para” ha establecido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente a las mujeres el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Por tanto, las medidas de acción positivas que analizaremos en este capítulo pertenecen al área de los Derecho Humanos, específicamente al ámbito de la igualdad de género, esfera en el cual se manifiesta el fenómeno de interés.

Nociones básicas de violencia contra las mujeres y mediadas de discriminación positiva

Este capítulo se centra en el estudio de la discriminación positiva como medida de protección eficaz para prevenir la violencia contra las mujeres en lo cual nos lleva a precisar algunos conceptos relacionados con el tema.

Discriminación positiva

El fenómeno de la discriminación se define en términos distintos según el enfoque. Así, por ejemplo, el discurso político moderno por discriminar entiende desfavorecer una persona o grupo sobre bases irrelevantes para el asunto en cuestión. El discurso jurídico moderno considera imprescindible distinguir entre un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio general de igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando ocurren algunos de los criterios de diferenciación prohibida como raza o sexo (Barréte,1997:14).

Discriminación positiva es aquélla que, pese a violar el principio de tratamiento igual e incluso el de tratamiento proporcional, no iría contra un tratamiento equitativo. Consiste en tratar desigualmente a alguien para remediar una situación inicial de desventaja, hasta el punto de llegar no solo a igualar lo desigual, sino a dar prioridad al polo inicialmente desfavorecido (Falcón, 2008:248-250).

A su vez, Rey (2010: 7-8) nos dice que, las acciones positivas son todas aquellas medidas específicas que tienen por objeto establecer la igualdad entre los colectivos que comparten un rasgo sospechoso, como, por ejemplo, mujeres con el objetivo de luchar contra la desigualdad material que dicho colectivo padece en la sociedad.

Por su parte, para Quintanilla (1995:145-159) son medidas que se establecen para compensar las desigualdades que existen actualmente entre hombres y mujeres.

Para este autor, la lucha contra la discriminación no puede ser ciega frente a las diferencias inmerecidas de condición y frente a la necesidad de compensar a quienes por su pertenencia a un grupo vulnerable - en este caso a las mujeres que sufren violencia - sólo pueden hacerse valer en la vida social si disponen de algunas oportunidades especiales.

Por ello, a través de las acciones de discriminación positiva se busca garantizarles a las mujeres una serie de derechos inalienables como es el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, el desarrollo e implementación de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre la violencia contra las mujeres y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad y las relaciones de poder sobre las mujeres.

Si embargo, Clusellas (2003:6) advierte que si bien es factible el empleo de acciones afirmativas con el objetivo de corregir desigualdades preexistentes opina que en el caso de discriminación positiva y teniendo presente sus rasgos extremos es conveniente aplicarla bajo la fórmula de medida de apoyo o refuerzo de posiciones; pero en ningún caso llegar a la exclusión absoluta del hombre.

Medidas de protección

Las medidas de protección son aquellas actitudes y decisiones que toma en cuenta el Estado a través de sus diversas instituciones públicas, a fin de hacer efectivo el cuidado y protección de la víctima de la agresión, con respecto a la agresión misma y a su agresor; son mecanismos que buscan brindar apoyo y protección a las víctimas de las agresiones e impedir su continuación. Asimismo, estas medidas de protección van más allá, por cuanto buscan que la víctima se sienta tranquila y que pueda gradualmente volver a su vida normal, rehabilitada de sus traumas (Díaz,2009:1).

El concepto de Mujer

Existe una distinción conceptual que sostiene que hay una diferencia entre el sexo de nacimiento y el sexo adquirido. El primero se refiere a los rasgos fisiológicos y biológicos de ser macho o hembra, y el segundo a la construcción social de las diferencias sexuales “lo femenino y lo masculino”. Así, uno se hereda y el otro se adquiere a través del aprendizaje cultural. (De Barbieri,1992:149).

Hoy en día ser mujeres es una decisión propia que pasa por un proceso de reconstrucción de identidad, teniendo en cuenta los estereotipos que se aprenden a través de un proceso de socialización en el que tiene mucha importancia la familia, la escuela, el grupo de iguales, los medios de comunicación y el lenguaje (Urrea, 1994:12).

A este proceso de socialización, por el cual aprendemos a pensar, sentir y comportarnos como hombres o mujeres según las normas, creencias y valores que cada cultura dicta para cada sexo, lo llamamos socialización de género. (Marinelli, 2015:45-46).

Ser mujer no significa necesariamente intervenir el cuerpo para cambiar de sexo ya que se puede nacer biológicamente diferente. A veces el sujeto quiere mantener el cuerpo que tiene. Simplemente quiere cambiar el sexo con el cual se le identifique y se reconozca en la sociedad (Maffia, 2003).

Según González (1998:3), la violencia ejercida contra las mujeres es un fenómeno enraizado en el seno de nuestra cultura que debe ser analizado desde un marco referencial mucho más amplio que es, precisamente, el proporcionado por la violencia social y las expectativas de una cultura agresiva como la nuestra desarrollada como medio lícito y legítimo para la solución de ciertos conflictos y problemas.

Antecedentes históricos y normativos de la violencia intrafamiliar contra las mujeres en Argentina

Antes de ahondar en la eficacia de la discriminación positiva como medida de protección para prevenir la violencia intrafamiliar contra las mujeres consideramos necesario realizar una descripción de los antecedentes históricos y normativos a nivel internacional y nacional. Todo ello con el fin de conocer los orígenes del fenómeno de la violencia intrafamiliar contra las mujeres y las medidas de acción positiva existentes para prevenirla, sancionarla y erradicarla.

Antecedentes históricos de la violencia contra las mujeres

Comprender la densidad histórica de la violencia contra las mujeres ayuda a vislumbrar el proceso por el cual fue naturalizada. De diversas maneras se ha manifestado desde tiempos antiguos en distintas culturas, religiones y sociedades (Pantoja, 2014:1).

Como parte de esas distintas culturas y grupos socioeconómicos encontramos el infanticidio femenino en China, que podría decirse que no es una norma general de práctica social, sino más bien una extrema y persistente forma de abuso y devaluación de la vida de las mujeres (Hom, 2006: 281-293).

El infanticidio fue practicado en todos los continentes y por personas de todos los niveles de complejidad cultural con el fin de satisfacer necesidades familiares, económicas y sociales, es decir, en lugar de ser la excepción ha sido la regla (Laila,1978: 61-75).

No obstante, existen otras culturas que incitan la violencia contra las mujeres como el *suttee* entre los hindúes que exige que la viuda se inmole en la pira funeraria de su cónyuge y también los matrimonios concertados entre los musulmanes que pueden llevar al asesinato y tortura de las mujeres (Ayala, 2012).

Por otra parte, observamos que desde la antigüedad se incita a la violencia contra las mujeres en escritos de filósofos y pensadores como Platón, Aristóteles y Rousseau.

En efecto, Platón señalaba en referencia a la superioridad del hombre que este posee un alma racional de carácter inmortal en contraste a las mujeres quienes no poseen un alma racional y su esencia es el útero que la deja en absoluta concupiscencia. La mujer para este filósofo es un hombre castigado, incompleto en vista de sus limitaciones y opresión a raíz de un destino divino e inevitable (Fuentes, 2010: 6).

Por su parte Aristóteles (1995:353) sostiene la teoría del sexo único, según la cual la mujer es un hombre disminuido, un varón imperfecto e indica su concepción de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres.

A ello cabe sumar el pensamiento de Rousseau para quien las mujeres han perdido el estado natural y se han convertido en un ser falso, artificial cuya regeneración las obliga a vivir según sus orígenes (Cobbo,1995:215-216).

La religión por su parte también ha puesto su granito de arena para que las mujeres sean consideradas más débiles e inferiores que los hombres y muestra de ello es que, en el siglo IV y durante la Edad Media la iglesia católica ocupó en la sociedad europea un lugar importante. Sus ideas eran ampliamente infundidas en el mundo occidental. La Iglesia favoreció algunos cambios con respecto al lugar de las mujeres, pero mantuvo las relaciones desiguales dentro de la familia. (Cohen,2013:286). Es así, que el pensamiento cristiano

mantuvo la estructura de dominación del hombre sobre la mujer y los hijos e hijas.

Dentro de la doctrina de la Iglesia existían dos imágenes distintas y opuestas de las mujeres. Una de ellas es la imagen de Eva creada a partir de la costilla de Adán, quien propició la expulsión del paraíso de ambos; la otra era la de María, quien representaba, además de la virginidad, la abnegación como madre y esposa. Si bien, ambas representaciones pueden parecer contradictorias son más bien complementarias en tanto se trata de la imagen ideal frente a la real. Esta posición reflejó la imagen de las mujeres asociada a quien debe someterse (Grosman et al; 2005:18).

San Pablo en el nuevo testamento, capítulo 5, Epístola de los Efesios, resumió la relación de pareja de la siguiente manera:

Sed sumisos los unos a los otros en el Temor de Cristo. Las mujeres a sus maridos, como al Señor, porque es la cabeza de la mujer, como Cristo es la cabeza de la iglesia. Así como la Iglesia está sumisa a Cristo, así las mujeres deben de estarlo a sus maridos en todo.

Más tarde, en el siglo XI, Marbode, obispo de Rennes, Francia, afirmaba:

81

De las numerosas trampas que nos tiende el hábil enemigo, el peor y que casi nadie puede evitar es la mujer, tallo débil, raíz dañina, fuente de vicios, que propaga el escándalo por el mundo. Oh mujer, dulce maldad, veneno con miel ¿quién persuadió a nuestro primer padre para que probara el fruto prohibido? Una mujer (Dalarum, 1992: 29).

En el siglo XIII, el filósofo Tomás de Aquino escribió en su obra llamada *Suma contra gentiles* sobre la relación entre el hombre y la mujer lo siguiente: "Para el orden de la familia, unos deben ser gobernados por otros más sabios que ellos. La mujer, más débil en cuanto a vigor de alma y fuerza corporal, está sujeta por naturaleza al hombre, en quien la razón predomina" (Dalarum, 1992: 64).

Posteriormente en el siglo XVI, el profesor de teología Jean Benedicti expresaba lo siguiente.

La mujer que desprecia a su marido y no quiere obedecerle se rebela a la sentencia de Dios, la cual quiere que la mujer esté sometida al marido, dado que es más noble y más excelente que la mujer, el hombre es imagen de Dios y la mujer solo es imagen del hombre (Dalarum, 1992: 308).

Las anteriores son citas en las que se reconoce la autoridad que siempre recae sobre los hombres. Así, se legitimaron recíprocamente la autoridad del padre de familia y la autoridad de Dios. De esta forma lamentable transitaron las mujeres sumergidas en la imagen de debilidad por muchos siglos de la historia de la humanidad. Esta imagen se agravó cuando se le agregó el símbolo del mal a partir del cual pasaron a ser castigadas, no solo por ser consideradas inferiores, sino además por endilgárseles ser malas.

A fines del siglo XVIII con el desarrollo de la industrialización se producen cambios significativos en la organización de la vida familiar. El trabajo que antes se realizaba dentro de cada hogar se traslada al mundo público, mientras que las tareas domésticas quedan en el mundo privado de las familias bajo el rótulo de no trabajo. A partir de ese momento, los hombres son considerados responsables absolutos del mantenimiento económico de la familia y las mujeres quedan a cargo de la esfera privada (Fernández, 1992:28).

82

Hace cuatro décadas las organizaciones de mujeres encararon el proceso de desnaturalización de la violencia contra ellas. El movimiento feminista que cobró vigor en al año 1970, agudizó las denuncias de la violencia ejercida contra las mujeres y explicitó el sistema por el cual se daban las relaciones de poder entre hombres y mujeres, llegando a desmitificar los actos más naturales y cotidianos de la época (Bujeda,1974:11).

Esta tarea requirió de posturas conceptuales como, por ejemplo, la división de lo público y de lo privado y, por ende, la caracterización de los asuntos de familia que por entonces eran cuestiones íntimas o de parejas que no demandaban la intervención del Estado (Jelin, 1998: 149).

De esta manera, el movimiento feminista fue forjando el compromiso del Estado moderno para sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar contra las mujeres. Así, comenzó la intervención en los asuntos de familia como el matrimonio, el divorcio, la tutela de los hijos e hijas, entre otros (Ayala, 2012:9).

Los logros del movimiento feminista comenzaron a concretarse a nivel internacional. Muestra de ello es que el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 34/180, la Convención sobre la Eliminación de todas las

Formas de Discriminación contra la Mujer -Conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*- que entró en vigor en 1981, como el primer tratado internacional de carácter vinculante para los países que lo ratifican y es considerada el documento jurídico internacional más importante en la lucha sobre todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Sin embargo, una de las deficiencias de la CEDAW es la carencia de una definición clara de la violencia de género.

Ello se puso de relieve en 1980, en la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer celebrada en Copenhague mediante la adopción de la resolución titulada “La mujer maltratada y la violencia en la familia” (CEPAL, 1996).

También se destacó tal omisión en 1990, en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la adopción de la Resolución 45/114 “Violencia en el hogar” en la que se recomienda a los Estados brindar respuesta eficaz y equitativa a la violencia intrafamiliar y a que adopten medidas apropiadas para alcanzar tal objetivo.

83

Así es que llegamos al 9 de junio de 1994, fecha en que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de *Belém do Pará* porque fue en Brasil el lugar donde fue adoptada. Esta Convención es el primer tratado internacional de Derechos Humanos que consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público y es el tratado más ratificado dentro del sistema interamericano, por lo que su adopción puede considerarse un logro histórico.

Es profundamente innovador, no solo por el abordaje que realiza de la violencia contra las mujeres sino por las acciones concretas que exige de los Estados y porque reconoce a los estereotipos sociales como causa de la violencia de la que son objeto las mujeres (Chiarotti, 2007:34).

Cabe destacar que la Convención de *Belém do Pará* en su artículo 3 entiende como un derecho humano el derecho a una vida libre

de violencia. Debido a ello, el Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe de 1995 a 2001, fija entre sus objetivos la consolidación del pleno respeto por los derechos humanos de las mujeres de la región otorgando prioridad a la eliminación de la violencia y la discriminación por razón del sexo. Asimismo, plantea la necesidad de sensibilizar a los medios de comunicación para erradicar en sus representaciones imágenes discriminatorias de las mujeres (CEPAL, 1994).

En ese sentido, coincidimos con Torres Santomé (2020:113) cuando afirma respecto al género y los medios de comunicación que:

La estereotipación establece en el imaginario popular víctimas inocentes – las que responden al patrón– y víctimas que “se lo buscaron” en virtud de sus elecciones personales. La no participación en el mandato externamente impuesto funciona como la justificación de las consecuencias dañosas.

La construcción y fortalecimiento de estereotipos conforman un tipo específico de violencia, la violencia simbólica. Los mensajes reproducen la dominación de la mujer y la desigualdad, naturalizando la subordinación de ésta en la sociedad.

84

Sin embargo, la importancia que reviste el tema objeto de este trabajo no solo es contemplado en la Convención de *Belém do Pará*, sino también en el Plan de Acción de la Campaña Mundial de Prevención de la Violencia 2012-2020 de la Organización Mundial de la Salud, cuyo objetivo N° II (punto 3) es “Sentar los cimientos de la prevención de la violencia” y consiste en fortalecer la recopilación de datos en torno a la problemática que implica la violencia intrafamiliar contra las mujeres (CEPAL, 2012).

En este contexto cabe agregar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la Resolución 1/2020 titulada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” insta a fortalecer los servicios de respuesta a la violencia intrafamiliar en el contexto de confinamiento (numeral 51). Ello por cuanto como también lo ha puesto de relieve la CEPAL la cuarentena o confinamiento conlleva serias amenazas a la seguridad de muchas mujeres y niñas que sufren violencia intrafamiliar, ya que aumentó el tiempo que las mujeres estaban solas con sus abusadores y redujo las posibilidades de buscar ayuda.

Antecedentes normativos de la violencia intrafamiliar contra las mujeres en Argentina.

En la legislación interna de Argentina existen normas constitucionales, civiles, penales y administrativas que directa o indirectamente tienen como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar contra las mujeres.

La violencia intrafamiliar contra las mujeres constituye una flagrante transgresión a sus derechos humanos, a su vida y salud física y mental; a su libertad; a su dignidad; a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley; a recurrir a un tribunal imparcial; y a la identidad, puesto que refuerza y reproduce la subordinación de la mujer al hombre, así como la distorsión del ser humano.

En ese sentido, la Constitución Nacional Argentina reconoce en su artículo 16 el principio de igualdad y en el artículo 75 inciso 23 la necesidad de:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de (...) las mujeres.

85

A ello hay que agregar que, la reforma constitucional de 1994 incorpora con rango constitucional la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer -CEDAW- y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificada por Argentina en 1995, así como también el Protocolo Facultativo de la CEDAW, ratificado por ley 26.171 en 2006. Pero también la Constitución Nacional incorpora en 1994, por medio del art. 75 inciso 22 una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos que protegen a todas las personas y, por tanto, a las mujeres.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos protege el derecho a su vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); a la salud (art. 25); el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); el derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley (art. 7); el derecho

a recurrir a un tribunal imparcial (arts. 8 y 10); a circular libremente (art. 13); a la libertad de reunión y asociación (art. 20), identidad (art. 6) y dignidad humana al establecer que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana...”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege el derecho a la libre determinación (art. 1); a la no discriminación por motivos de sexo (art. 2); a la igualdad (art. 3); a la salud física y mental (art. 12); al pleno desarrollo de la personalidad humana y su dignidad (art. 13).

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el preámbulo dice que “...la libertad y la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad humana inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.” Asimismo, protege el derecho a la libre determinación (art. 1); a la igualdad (arts. 3, 14 y 26); a la vida (art. 6); a no ser sometida a torturas ni penas ni malos tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); a la no esclavitud (art. 8); a la libertad y a la seguridad personal (art. 9).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el preámbulo establece “[e]l reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”. Igualmente, consagra el derecho a la no discriminación (art. 2); a la igualdad (art. 3); a la salud física y mental (art. 12); a la dignidad humana al establecer que “[l]a educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana...” (art. 13).

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tutela la dignidad humana al estipular que “[t]oda persona tiene derecho [...] al reconocimiento de su dignidad”. También protege el derecho a no ser discriminada (art. 1); el derecho a la vida (art. 4); a su integridad personal (art. 5); a la no esclavitud y servidumbre (art. 6); a la libertad personal (art. 7); dignidad (art. 11); a la libertad de pensamientos y expresión (art.13); y el derecho a la igualdad (art.24).

A nivel nacional infraconstitucional cabe resaltar que es la

ley 23.592 -sancionada en 1988- en su artículo 1, párrafo 2, la que considera actos u omisiones discriminatorios aquellos determinados por motivos como el sexo.

Por otra parte, la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar -sancionada en 1994 y reglamentada en marzo de 1996, por el Decreto 235 viene a estipular que:

Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas [y que] A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho (art. 1).

Con relación al marco legislativo y teniendo presente la organización federal del Estado argentino las jurisdicciones provinciales son invitadas a adherir a la mencionada ley, cosa que han hecho muchas.

En 1999, el Congreso Nacional sanciona la ley 25.087 que modifica el título III del libro segundo del código penal. Entre sus principales disposiciones sustituye la rúbrica del título Delitos contra la honestidad por el de Delitos contra la integridad sexual. Ello representa un cambio fundamental en la conceptualización de las agresiones y vejámenes que afectan la integridad y el ejercicio autónomo de la sexualidad de las personas.

En 2006 a través de la Resolución 314 del Ministerio del Interior se crea bajo la órbita del Ministerio de Justicia de Nación y Derechos Humanos el programa “las víctimas contra las violencias” y la línea 137 para denunciar distintos tipos de violencias¹.

En 2008 mediante Decreto 1755 se crea el “Programa de Protección a las Víctimas de la Violencia”, dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la misión de atender a las víctimas de abusos o maltratos, causados por el ejercicio de violencia, cualquiera fuere su naturaleza².

En 2009 el Congreso Nacional sanciona la ley 26.485 de acción positiva, pues tiene como finalidad lograr una igualdad plena y real de

1 Boletín Oficial de la República Argentina, 29 marzo 2006.

2 Boletín Oficial de la República Argentina, 28 octubre 2008.

oportunidades y posicionamiento social entre las mujeres y los hombres, procurando lograr a través de la concientización y educación de la población la equidad de género. También garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En su artículo 4 la mencionada ley define a la violencia contra las mujeres como:

Toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal (...) Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Seguidamente, el artículo 5 de la ley 26.485 describe los tipos de violencia contra las mujeres entre otras, la violencia, física, la psicológica, sexual, económica y patrimonial, simbólica. Mas cabe agregar que el artículo 6, inciso a, reconoce a la violencia intrafamiliar entre las modalidades en que puede manifestarse la violencia contra las mujeres y la define como:

...aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho [hoy denominadas uniones convivenciales] y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia...

Esta ley no sólo se limita a definir qué es la violencia contra las mujeres, y específicamente qué implica la violencia intrafamiliar, sino que también establece mecanismos de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar toda clase de violencia que recaiga sobre ellas.

Respecto a qué implica la violencia intrafamiliar del precepto transcrito se deriva que es la dignidad; la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; y la libertad las que

resultan avasalladas en las mujeres que la padecen, lo que refuerza nuestro concepto expresado anteriormente.

Argentina consagra el derecho a la dignidad humana no solo los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional que ya hemos mencionado en esta sección, sino también a partir de 2015 el Código Civil y Comercial de la Nación Argentino, dado que reconoce que la persona humana "...en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" (artículo 51).

Sin dudas, la integridad implica la preservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente (Padilla, 1995). Es que no "...puede pasarse por alto que una mujer conviviendo diariamente en estado de alerta a la violencia es profundamente afectada en su estabilidad emocional como persona" (Urbina, 2015).

Como sostiene la Organización Mundial de la Salud (2017), la violencia intrafamiliar contra las mujeres constituye un grave problema de salud pública y una violación de sus derechos humanos. En ese sentido, la Organización Mundial de la Salud nos alerta que este tipo de violencia puede tener consecuencias mortales, como el homicidio o el suicidio.

89

Por ello, la ley 26.485 creó el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres en su artículo 12 y el Instituto Nacional de la Mujer, el cual se constituye como consejo consultivo y organismo encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar sus disposiciones. Este observatorio tiene por misión el desarrollo de un sistema de información permanente que brinde insumos para el diseño, implementación y gestión de políticas públicas tendientes a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Los integrantes del observatorio son designados por la presidencia del Instituto Nacional de las Mujeres, quien ejercerá la dirección del observatorio debiendo tener acreditada formación en investigación social y derechos humanos y un equipo interdisciplinario.

La ley 26.485 fue reglamentada por el Decreto 1.011 de 2010, el cual pretende un cambio de paradigma dado que aborda la temática de la violencia contra las mujeres de manera más amplia y abarcativa, excediendo los límites de la violencia intrafamiliar para avanzar en la superación del modelo de denominación masculina

a través de su estructura sistemática y transversal que comprende todos los ámbitos de la vida.

Esta ley -modificada en 2019 mediante ley 27.501- también determina la implementación de una línea telefónica gratuita y accesible destinada a dar contención, información, asesoramiento y asistencia en materia de prevención de la violencia contra las mujeres e insta articular en el marco del Consejo Federal de Educación la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, entre otros, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos.

También ese mismo año se sanciona la ley 27.176 que instituye el 11 de marzo de cada año, como el “Día Nacional de la Lucha contra la Violencia de Género en los Medios de Comunicación” y se crea mediante ley 27.210 el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con el objeto de garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 26.485.

Asimismo, en 2015 a través de la ley 27.234 se establecen las bases para que, en todos los establecimientos educativos del país, públicos o privados, de nivel primario, secundario y terciario se realice la jornada “Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género”. La ley establece que el Poder Ejecutivo nacional, a través de los organismos que corresponda, realizará la jornada al menos una vez durante cada ciclo lectivo.

Finalmente, en 2018 mediante la ley 27.499 -conocida como ley Micaela- se establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Llegados a este punto queremos destacar que a nuestro modo de ver la violencia intrafamiliar es violencia de género, pues es

...aquella acción ejercida por los hombres contra las mujeres en razón de su condición de tales y que tiene o puede tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las

amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, o hasta su propia muerte [la que] fue silenciosa durante mucho tiempo y adquirió visibilidad como problemática social que afecta el entorno convivencial a partir de la asunción de responsabilidades y restitución de derechos por parte del Estado argentino (Urbina, 2015, p. 1).

No obstante, cabe resaltar que este tipo de violencia afecta no solo a las mujeres sino también a los hijos e hijas, aunque de manera indirecta, es decir, como testigos de la violencia ejercida por el progenitor o pareja de su madre hacia ella.

Análisis Estadístico de la violencia contra las mujeres

Las estadísticas que examinaremos a continuación constituyeron un insumo esencial para nuestra investigación ya que, nos permitieron visualizar el estado actual de la violencia contra las mujeres y, en particular de la violencia intrafamiliar de la que son objeto, desde que se sancionó la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contras las mujeres del 2009 hasta la actualidad.

Estas estadísticas sobre violencia contra las mujeres provienen de fuentes oficiales como la Casa del Encuentro, el Instituto Nacional de las Mujeres y la Oficina de Violencia Domestica (OVD).

Consiguientemente, presentamos las siguientes tablas y gráficos para ilustrar la cuestión:

Número de femicidios en Argentina durante los años (2008 a 2018)

Tipo de víctima	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Femicidio directo	208	231	260	282	255	295	277	286	290	295	273
Femicidio por vínculo	12	16	15	29	24	39	29	43	37	24	35
Total	220	247	275	311	279	334	306	329	327	319	308

Tabla N°1. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro³⁴.

3 Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro: es una ONG que defienden los derechos humanos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes en Argentina.

4 Consultado en <https://bit.ly/3PMJ9hk> Fecha 3 de mayo de 2021.

En la tabla se muestra el número de femicidios cometidos en todo el territorio argentino año tras años desde el año 2008 hasta 2018. Tal como lo establecimos en el *supra* anterior, la vigencia de la ley de acción positiva N° 26.485 que tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres inicio en el año 2009. Teniendo en cuenta la presente tabla, se puede observar que en el año 2008, el número de feminicidio reportado fueron 220 caso de los cuales 208 fueron homicidios directo sin vínculo entre la víctima y el victimario y 12 casos cuando existió un vínculo entre ellos, es decir, existía una relación de pareja. A partir del año 2009 hasta el año 2018, se empezó a ver un aumento significativo de los feminicidios como lo veremos a continuación.

Durante el año 2009, se pasó de tener 220 a 247 casos, es decir, se incrementaron 27 feminicidios en un año. Por su parte, en el año 2010 solo se aumentó un caso en comparación al año anterior. En 2011 se dio un aumento importante de 36 casos y, por el contrario, en año 2012 hubo una disminución de 32 casos; en el año 2013 volvemos a tener un aumento de 55 casos y en contraste en el 2014 un descenso de 28 casos. No obstante, en año 2015 se volvió a dar un aumento de 23 casos, y en el año 2016 se presentó una disminución de 2 casos; la variante se conservó durante los años 2017 y 2018 ya que, en el primero hubo una disminución de 8 casos y el segundo 11 casos menos que en el año anterior.

Cómo se pueden observar en los últimos años se ha reflejado una disminución de feminicidios en las cifras reportadas. Sin embargo, si los comparamos con los reportes realizados antes de la vigencia de la ley 26.485 de 2009, estos han venido en aumento. Lo que nos ha llevado a inferir que, a pesar de existir una ley de acción positiva no ha sido posible lograr una reducción real de los casos de feminicidios durante los primeros 9 años de su implementación.

Vínculo con el feminicida

El gráfico 1 muestra el vínculo existente entre la víctima y el victimario de los 2.634 feminicidios ocurridos en Argentina desde el año 2008 al 2018. De la cifra anterior 1016 casos fueron cometidos por el cónyuge, pareja o novio, 645 por el ex cónyuge, ex pareja o ex novio, 419 fueron cometidos sin vínculo aparente, 211 por vecinos o conocidos, 157 por otros familiares, 129 por su padre o padrastro y 5 por un prostituyente.

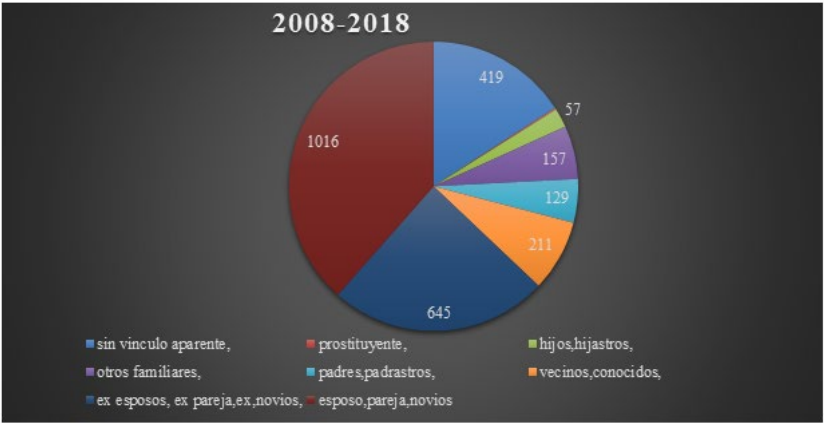


Figura 1. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro.⁵

Estas diferencias resultan ser estadísticamente significativas ya que, nos muestran que la mayoría de los femicidios se producen en contexto de relaciones de parejas o exparejas. Ello nos lleva a pensar que las raíces de la violencia contra las mujeres provienen de relaciones estructurales de dominación y subordinación, las cuales pueden tener diversas manifestaciones históricas y culturales.

93

Lugar donde ocurrió el femicidio

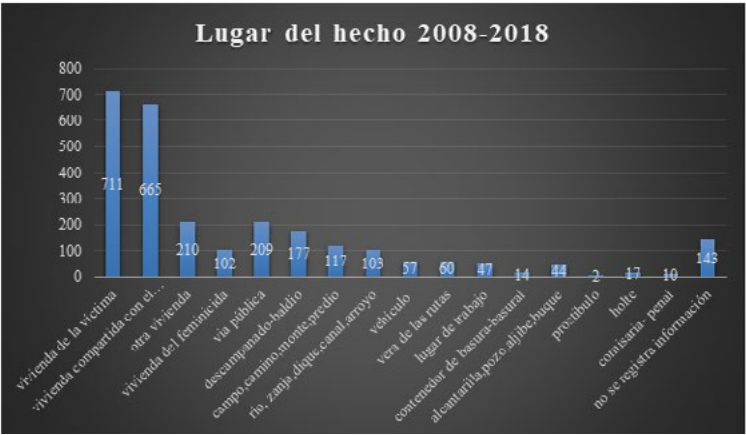


Figura 2. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro. Consultado en <https://bit.ly/3PMJ9hk> ⁶.

5 Consultado en: <https://bit.ly/3PMJ9hk> Fecha de consulta 3 de mayo de 2021.

6 Fecha de consulta 3 de mayo de 2021.

La gráfica muestra el lugar donde ocurrieron los hechos de feminicidio. En ella se puede evidenciar que, de los 2.634 feminicidios 711 de ellos ocurrieron en la vivienda de la víctima y 665 sucedieron en la vivienda que compartía con el victimario. Es decir que, el 52% de los casos reportados como feminicidios ocurrieron en el lugar donde se suponía que la víctima debía de estar más segura. El otro 48% ocurrieron en lugares diferente como se ilustra en la gráfica.

Modalidad del feminicidio



Figura 3. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro. Consultado en: <https://bit.ly/3PMJ9hk>⁷

La modalidad del femicidio predominante sobre las mujeres de Argentina resultó ser mediante armas de fuego (baleadas) con un número de 719 casos, seguidamente encontramos que 633 casos corresponden a que fueron apuñaladas, 413 murieron por golpes, 211 estranguladas, 135 incineradas, 132 degolladas, 110 a causa de asfixie, 80 ahorcadas, 28 descuartizadas, 25 murieron a ser atacadas con hacha y machete, 25 ahogadas, 21 de los casos por causa de traumatismos, 3 envenenadas y 141 casos en los cuales no se registra información.

Esto nos muestra que, el 94% de la muerte de las mujeres objeto de feminicidio son violentas y que los victimarios sitúan a sus víctimas en una posición que les impiden resistirse a su letal final.

⁷ Fecha de consulta el 3 de mayo de 2021.

Feminicidios por provincia



Figura 4. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro. Consultado en: <https://bit.ly/3PMJ9hk>⁸

La presente figura nos ilustra donde está el mayor número de femicidios reportados en Argentina. Así las cosas, el primer lugar con un número de 968 casos lo ocupa la Provincia de Buenos Aires, seguidamente la Provincia de Santa Fe con 252 casos, la Provincia de Córdoba con 254, la Provincia de Salta con 162, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) registró 130 casos, la Provincia de Santiago del Estero 112, la Provincia de Misiones 117, la Provincia de Mendoza con 119, la Provincia de Entre Ríos 116 casos, la Provincia de Tucumán con 109.

Podríamos deducir que, este resultado es en relación con el número de habitante de cada provincia, es decir, a mayor número de habitantes mayor número de feminicidios. La excepción a esta regla es la Capital Federal que teniendo una población de 14.450 habitantes reporto solo 130 casos por feminicidio y este efecto puede ser el reflejo que por ser Capital hay mayor desarrollo y sus habitantes están siendo mejor educados en cuanto a equidad e igualdad de género.

8 Fecha de consulta 3 de mayo de 2021.

Femicidios año 2019 en Argentina

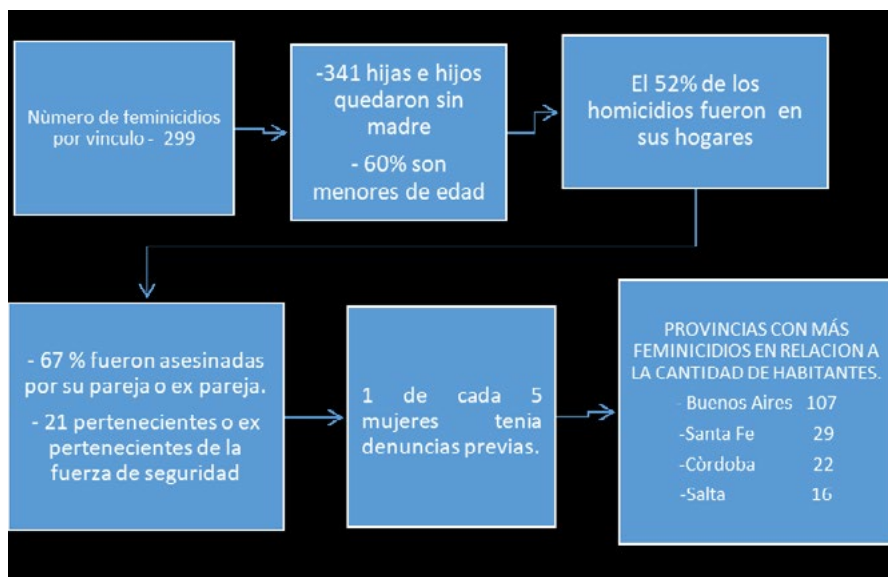


Figura N.º 5. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro. Consultado en: <https://bit.ly/3PMJ9hk>⁹

96

La figura nos muestra que, desde el 1 de enero a 31 de diciembre de 2019, se cometieron 299 femicidios por vínculo entre la víctima y el victimario en todo el territorio argentino, lo que equivale a que por cada 29 horas ocurría 1 femicidio en el país, es decir, 264 casos más con relación a 2018. Como se puede observar nuevamente en su mayoría las mujeres fueron asesinadas por su pareja o expareja. Igualmente, la gráfica nos ilustra cuáles fueron las provincias con más femicidios en relación con la cantidad de habitantes donde la Provincia de Buenos Aires vuelve a tener la mayoría de los casos de femicidio con 107 de los 299 casos reportados.

Femicidios años 2020 – 2021 durante el aislamiento social preventivo obligatorio por la pandemia del COVID-19

La figura 6 nos indica el número de femicidios cometidos desde el 20 de marzo de 2020 al 20 de marzo de 2021, como forma de visibilizar que la violencia contra las mujeres aumentó en la convivencia obligada durante el periodo de aislamiento social

⁹ Fecha de consulta 3 de mayo de 2021.

preventivo y obligatorio por COVID-19, siendo la vivienda el lugar más inseguro. En este lapso se produjeron 279 femicidios.



Figura N° 6. Fuente: Observatorio de femicidio Adriana Marisel Zambrano - la casa del encuentro. Consultado en: <https://bit.ly/3PMJ9hk> ¹⁰.

La figura también nos muestra cuáles fueron las provincias con más femicidios, teniendo en primer lugar nuevamente a la Provincia de Buenos Aires con 103 de los casos.

97

Datos estadísticos de la Oficina de Violencia Domestica (OVD)

Número de denuncias reportadas

Número de víctimas de violencia		Número de mujeres afectadas
2009-2017	80.078	56.504
2018	15.374	11.684
2019	16.450	12.502
2020	9.974	7.580,24
2021	9.522	7.331,94
2022 Enero a agosto	3.243	2,464,68
Total	134.641	98.066,86

Tabla 2 Fuente: Corte Suprema de Justicia - Oficina de Violencia Doméstica (OVD). Consultado en: <https://bit.ly/3crnRYh> el 15 de agosto de 2022.

10 Fecha de consulta 3 de mayo de 2021.

La tabla nos muestra el número de víctimas de violencia y de mujeres afectadas desde los años 2009 hasta agosto de 2020 reportadas en la OVD. Del 2009 al año 2017 el número de víctimas fueron 80.078 donde el 70% corresponden a mujeres; en el año 2018 el número de víctimas de violencia fueron 15.374 y 75% el número de mujeres afectadas, en tanto que en el 2019 atendieron 16.450 casos donde 76% corresponden a mujeres. En el año 2020 se recibieron 9.522 casos por denuncias donde 76% corresponden también a mujeres y desde el 1 de enero hasta agosto de 2022, se recibieron 2,464,68 denuncias donde el 76% fueron realizadas por mujeres.

Lo anterior denota que las mujeres son las mas afectadas por violencia intrafamiliar y que sus principales agresores son sus propias parejas o ex parejas.

Relación del agresor con la denunciante

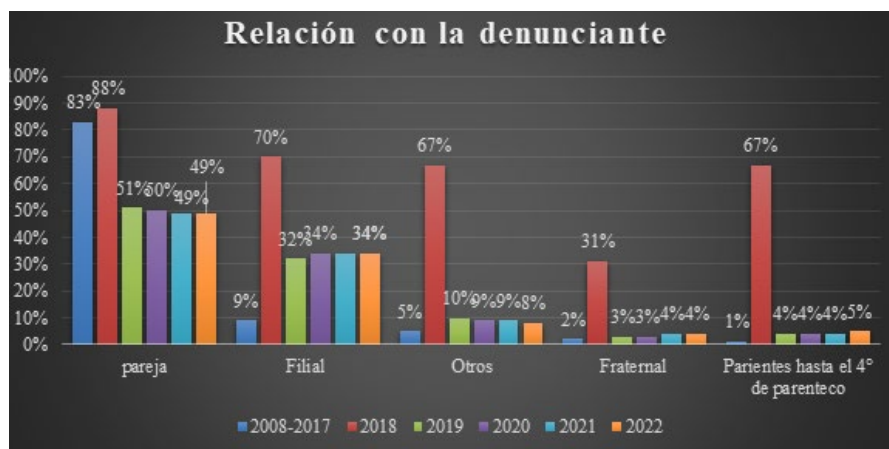


Figura N° 7. Fuente: Corte Suprema de Justicia - Oficina de Violencia Doméstica (OVD). Consultado en: <https://bit.ly/3crnRYh> ¹¹

La figura nos muestra una comparación de la relación que existía entre la víctima y su agresor entre los años 2008 hasta el mes de agosto de 2022.

El porcentaje más alto lo tiene la relación de pareja con un 88% para el año 2018, en segundo lugar, los años 2008 a 2017 con un porcentaje del 83%, el 51% para el año 2019, 50% para el 2020 y en

11 Fecha de consulta 26 de agosto de 2022.

último lugar para los años 2021 y 2022 con un 49%. Como se observa el patrón se sigue repitiendo ya que, el agresor en la mayoría de caso de violencia contra las mujeres es aquella persona con la que la víctima tiene una relación de pareja o ex pareja.

Tipos de violencia intrafamiliar que sufren las mujeres

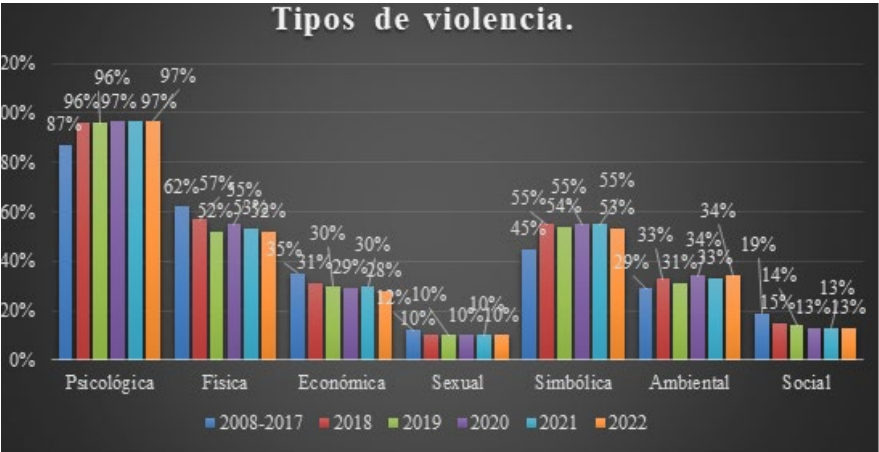


Figura N° 8 Fuente: Corte Suprema de Justicia - Oficina de Violencia Doméstica (OVD). Consultado en: <https://bit.ly/3crnRYh> ¹²

El artículo 5 de la ley 26.485 describe como tipos de violencia contra las mujeres los siguientes:

- 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.
- 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.
- 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir volunta-

riamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia (...)

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

- a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
- b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
- c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;
- d) La limitación o control de sus ingresos (...)

5.- Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

100

La grafica nos muestra que la violencia que más sufren las mujeres en Argentina es la violencia psicológica. Este resultado puede obedecer a que es una clase se violencia amortiguada, insensible e invisible hasta para sus propias víctimas. Seguidamente, encontramos en este orden de ideas a la violencia física, a la violencia simbólica, la económica, la violencia ambiental y en último lugar la sexual como se puede observar en la gráfica.

Conclusiones

Luego de describir el devenir histórico y normativo de las leyes de acción positiva como medida de protección para prevenir la violencia intrafamiliar contra las mujeres a nivel nacional e internacional podemos concluir que desde tiempos remotos se ha visto la violencia como algo natural. No obstante, en los últimos tiempos se han evidenciado avances importantes, de ello da cuenta la normativa mencionada en el presente capítulo y consecuentemente, el compromiso asumido por el Estado impulsado por los movimientos

feministas. Pero si miramos al nuevo milenio se vislumbra un largo camino por recorrer.

La anterior afirmación se sustenta en que las leyes de acción afirmativa se suponen como una estrategia temporal que debe desaparecer apenas hayan sido equilibradas las condiciones de desventaja que le dieron origen. La temporalidad de la acción afirmativa reafirma su vinculación con el concepto de igualdad, pues esta estrategia de compensación no se contempla como un fin en sí mismo sino como un medio para alcanzar el objetivo deseable de la igualdad de trato y de oportunidades entre todos los miembros de la sociedad.

La acción afirmativa aparece entonces como una medida provisional para garantizar la igualdad entre los ciudadanos; la paradoja de la acción afirmativa es que insiste en las condiciones de desventaja de los ciudadanos para buscar la igualdad de oportunidades. Es decir, por un lado, quiere que todas las personas seamos reconocidas como iguales, pero por el otro insiste en que no lo somos. Si las acciones positivas no consiguen su objetivo no serían legítimas, ya que pondrían en peligro un derecho constitucional como la igualdad formal a cambio de nada.

101

Argentina lleva más de una década aplicando acciones positivas en aras de proteger a las mujeres que sufren de violencia por el hecho de serlo. Las estadísticas presentadas la presente investigación denotan que la existencia de leyes de acción positiva como medidas de protección para la no discriminación de las mujeres en aras de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra ellas, no son eficaces ya que, desde la sanción de la ley 26.485 en 2009, la violencia intrafamiliar contra las mujeres no ha disminuido, sino que ha ido en ascenso, lo que ha arrojado en la última década un total de 2.995 mujeres muertas por femicidio.

Por otro lado, se puede observar que la mayoría de los casos de feminicidios y agresiones contra las mujeres son realizadas por su propia pareja y en el lugar donde se suponen que deberían de estar más segura -su casa-. Por ello, es importante una mayor intervención por parte del Estado Argentino mediante políticas públicas con perspectiva de género en caminadas a revertir este resultado.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas (1990). *Resolución 45/114 "Violencia en el hogar"*. Consultada en: <https://bit.ly/3z39ZLB> el 20/05/20. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2022.

Asamblea General de los Estados Americanos OEA. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Convención de Belem Do Pará*. Consultada en: <https://bit.ly/3PP2df6>. Fecha de consulta: el 20 de mayo de 2022.

Ayala Cortez Lourdes. (2012). *Violencia hacia las mujeres. Antecedentes y aspectos históricos*. Consultado en: <https://bit.ly/3PM9RXp>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2022.

Barrére Unzueta, Maria Ángeles. (1997). *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. España. Civitas. S.A. (P.14).

Bujeda J Manuel. (1974). *Marcial de técnica de investigación social*. Madrid. Editorial Segunda edición. (P.11).

Casa del Encuentro. consultado en: <https://bit.ly/3IERsJW> el 20/05/21. Fecha de consulta 21 de mayo de 2022.

Chiarotti, Susana. (2007). *Violencia de género, mecanismos de seguimientos del sistema interamericano*. En Faillace Magdalena. **Mujer contra la discriminación y la violencia, por el desarrollo social**. Argentina: Marcelo kohan. (Pp.32-39).

Cobo Bedia Rosa. (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno*. Jean Jacques Rousseau. España. Ediciones cátedra. (Pp.215-216).

Cohen Imach Silvana. (2013). *Mujeres maltratadas en la actualidad*. Argentina. Paidós .

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL (1991). *Conferencia Regional adopta la Resolución titulada Mujer y Violencia*. Consultada en <https://bit.ly/3PvAKzb>. Fecha de consulta 20 de junio de 2022.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL (julio de 1996). *Violencia de género. Un problema de derechos humanos*. Consultado en: <https://bit.ly/3v855LU> el 1/07/20. Fecha de consulta 1 de junio de 2022.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. (1994). *Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe, 1995-2001*. Consultada de: <https://bit.ly/3okd8BP> el 20/08/20
- De Barbieri Maria Teresa. (1992). *Sobre la categoría género. Una introducción teórico-metodológica*. Santiago. Ediciones de las mujeres.
- Decreto 1.011 de 2010 reglamentario de la Ley 26.485 del 2009. Consultado en: <https://bit.ly/3RESWbg>. Fecha de consulta 2 de marzo de 2022.
- Decreto 235 de 1996 reglamentario de la ley 24.417/1994. Consultado en: <https://bit.ly/3b29XLV>, Fecha de consulta 2 de marzo de 2021.
- Falcón Maria José. (2008). *Las acciones positivas en la Legislación Europea. El Derecho Alemán. Alemania*. Nueva Época. Fernández Ana Maria. (1992). *Violencia y conyugalidad: una relación necesaria*. Argentina: Paidós.
- Fuentes Luzmila (2010). *De platón a Nussban. vision de la mujer y el hombre*. Consultado en <https://bit.ly/3v8li3V> . Fecha de consulta 2 de marzo de 2022.
- González Beatriz. (1998). *Perspectivas relacionales de la violencia intrafamiliar*. España: Universidad de la Rioja y Asociación de Ayuda a la Víctima.
- Grosman, Cecilia., Mesterman, Silvia., y Adamo, Maria Teresa. (2005). *La violencia en la familia. La relación de pareja*. Argentina. Editorial Universidad. (P.18).
- Hom Sharon, (2006). *Infanticidio femenino en China: el espectro de los derechos humanos y reflexiones hacia otra visión*. En Russell Diana, y Harmes Roberta (eds.). **Feminicidio: una perspectiva a nivel global**. México. cellch. (pp. 281-293).
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Fecha de consulta:2 de marzo de 2022
- Laila, Williamson. (1978). *An anthropological analysis* [Un análisis antropológico]. En M. Kohl. **Infanticide and the value of life** [El infanticidio y el valor de la vida]. Nueva York: prometheus book. (pp.61-75).

Ley 24.417/1994 de protección contra la violencia familiar. Consultado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93554/norma.htm>. Fecha de consulta 2 de marzo de 2022.

Ley 24.417/1994 de protección contra la violencia familiar. Consultado en: <https://bit.ly/3PvIRwW> el 2/04/21.

Ley 25.087/1999 mediante la cual se modifica el título III del libro segundo del código penal. Consultado en: <https://bit.ly/3yyvZ0w>. fecha de consulta: 2 de marzo de 2022

Ley 26.485 del 2009 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar, la violencia contra las mujeres. Consultado en: <https://bit.ly/3yyvZ0w>. Fecha de consulta 2 de marzo de 2022.

Ley 27.176. "Día Nacional de la Lucha contra la Violencia de Género en los Medios de Comunicación". Consultado en: <https://bit.ly/3OHtBe9>. Fecha de consulta 4 de mayo de 2022.

Ley 27.210. Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género. Creación. Funciones. Consultado en: <https://bit.ly/3OrxC6i>. Fecha de la consulta 5 de mayo de 2022.

Ley 27.234. Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Consultado en: <https://bit.ly/3Ppq7Om>. Fecha de consulta 2 de febrero de 2022.

Ley 27.499. Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los tres poderes del Estado. Disposiciones. Consultado en: <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=32659>. Fecha de la consulta el 27 de mayo de 2022.

Observatorio nacional de violencia contra las mujeres. Consultado en: <https://bit.ly/3PPgRTq>. Fecha de la consulta: 2 de marzo de 2022.

Oficina de la Violencia Doméstica (OVD) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Consultado en: <http://www.ovd.gov.ar/>. Fecha de la consulta: 3 de agosto de 2022.

Padilla Miguel. (1995). *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pantoja Asencio Marcela Adriana. (2014). *Violencia de género y políticas públicas en la argentina de los últimos años. Inclusión, avances y limitaciones/ II jornada de género y diversidad sexual: políticas públicas e inclusión de la democracia contemporánea*. Argentina: Universidad Nacional de La Plata. (P.1)

Quintanilla Navarro Beatriz. (1996). *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso Kalanke v. Glissman*. Madrid: **Actualidad Laboral**. (Pp. 145-159).

Reforma de la Constitución Nacional de Argentina. (1994). Consultado en:

Resolución 314 de 2006 por la cual se creó el programa de las víctimas contra las violencias. Consultado en: <http://www.jus.gob.ar/atencion-al-ciudadano/atencion-a-las-victimas/programa-victimas-contras-las-violencias.aspx>. Fecha de la consulta: 3 de mayo de 2022.

Resolución 314 de 2006 por la cual se creó el programa de las víctimas contra las violencias. Consultado en: <http://www.jus.gob.ar/atencion-al-ciudadano/atencion-a-las-victimas/programa-victimas-contras-las-violencias.aspx>. Fecha de la consulta: 3 de agosto de 2022.

105

Rey, Martínez Fernando. (2010). *Por la diversidad contra la discriminación*. España: **fundación ideas**. Pp.7-9

Torres Santomé, Natalia. (2020). "Género y medios de comunicación. Estudio preliminar." **Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)**, vol VIII(1), julio- Diciembre .Buenos Aires, Argentina..

Urbina Paola. (2015). *Comentario a la Resolución 12/2015 del Ministerio de Seguridad de la Nación*. **ADLA**, 2015(6), 129. Cita Online. Consultado en: AR/DOC/611/2015.

Cultura de paz en el contexto del conflicto armado en Colombia

Ruth cristina García Otero*

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo confrontar las consecuencias del “Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, firmado en 2016 por el gobierno colombiano y la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo- FARC- EP, a la luz del concepto de “cultura de paz” expuesto por Johan Galtung (1998). La metodología se fundó en el análisis contextual de estos últimos seis años en Colombia, a fin de establecer que a pesar de todos los esfuerzos aparentes del Estado colombiano en la construcción de una cultura de paz, existen factores inmersos en las instituciones estatales y en la sociedad colombiana, que no permiten la garantía de la paz duradera y estable, debido al surgimiento de nuevos fenómenos criminales que operan en el territorio colombiano llevando zozobra y terror a la población civil.

Palabras clave: Actores armados, acuerdo de paz, derecho internacional humanitario, Cultura de paz, crimen organizado.

Culture of peace in the context of the armed conflict in Colombia

Abstract

The present paper seeks to confront the consequences of the “Final Agreement for the end of the conflict and the construction of a stable and lasting peace”- signed in 2016 by the Colombian government and the guerrilla forces called Revolutionary Armed Forces of Colombia - People’s Army - FARC- EP- and the concept of “culture of peace” presented by Johan Galtung (1998). This study is done through the contextual analysis of the last six years, in order to establish that, in spite of all the apparent efforts of the

* Doctora en Ciencias Jurídicas- Universidad Católica de Buenos Aires, Abogada colombiana, investigadora. <http://orcid.org/0000-0002-3127-1183>- garciaruth@americana.edu.co

Colombian State in the construction of a culture of peace, there are factors embedded in the State institutions and in Colombian society, that do not allow the attainment of a lasting and stable peace, due to the emergence of new criminal phenomena operating in colombian territory bringing anxiety and terror to the civilian population.

Keywords: Armed actors, peace agreement, international humanitarian law, Culture of peace, organized crime.

Introducción

El entorno histórico del conflicto armado del país en estos últimos cinco años, luego de firmado el acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo- FARC-EP, expone el gran esfuerzo de cimentación de paz que ha efectuado el Estado colombiano para lograr alcanzar la tan anhelada paz a lo largo de estas últimas décadas. Por lo tanto, la demarcación conceptual de la atmósfera de violencia que ha vivido el país, con fundamento en las decisiones de los instrumentos de Derecho Internacional que le competen, de una parte, y el avance de sus primordiales características de otra, han sido fundamentales para evidenciar un conflicto interno armado que persiste a pesar de todos los esfuerzos de los gobiernos de turno. Por tal razón se hace necesario analizar dicho acuerdo de paz confrontándolo con los conceptos de cultura de paz, desde la perspectiva de Johan Galtung¹ (Universidad Alicante, 2012).

107

Análisis del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera:

El denominado “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, en su versión definitiva del 24 de noviembre de 2016, tiene una extensión total de 310 páginas, desde su preámbulo, hasta la página de firmas. Se

1 Johan Vincent Galtung nació en Oslo, la capital de Noruega, en 1930. Es sociólogo y matemático, de formación; científico social, de ejercicio intelectual; y ciudadano del mundo, de vocación y compromiso político. Galtung cultiva y labora su sociología de la paz, el desarrollo, la política y la cultura, su epistemología taoísta, y su ética gandhiana y budista, a partir de estas experiencias y se proyecta al mundo entero. Es el creador de la perspectiva y la metodología de la “Investigación sobre la Paz” (Peace Research). Sus temas fundamentales: Peace Research, cultura profunda, civilizaciones, economía y política claves sociológicas y holísticas, los verdaderos mundos, epistemología y metodología. Universidad Alicante (2012). <https://web.ua.es/es/protocolo/documentos/eventos/honoris/galtung-johan-2002/biografia-intelectual-de-johan-galtung.pdf> . Consultada el 19 de julio de 2022.

mencionan a continuación los aspectos relevantes de dicho acuerdo de manera concreta y puntual, a fin de informar al lector del contenido específico de cada uno de esos aspectos

Medidas para la reincorporación política

En este aparte se incluyen los derechos y garantías plenas para el ejercicio de la oposición política en general, y en particular para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del acuerdo final, mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas, y medidas efectivas para promover una mayor participación en la política nacional, regional local de todos los sectores, incluyendo la población más vulnerable, en igualdad de condiciones y con garantías de seguridad. (Presidencia de la República de Colombia, 2016: 4-6)

108

Así mismo se establece que el Gobierno Nacional y las FARC-EP acordaron solicitar al Consejo Nacional de Participación con el apoyo de Foro por Colombia, Viva la Ciudadanía y el CINEP que organice el espacio de participación de carácter nacional, así como la obligación del Gobierno de crear un Consejo Nacional para la Reconciliación y la Convivencia, el cual estará integrado por representantes del Gobierno, el Ministerio Público, quienes designen los partidos y movimientos políticos, incluido el que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal. El numeral 2.3.6 se refiere a la promoción de la representación política de poblaciones y zonas especialmente afectadas por el conflicto y el abandono, y se establece que el Gobierno Nacional se compromete a crear en estas zonas un total de 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la elección de un total de 16 Representantes a la Cámara de Representantes, de manera temporal y por 2 períodos electorales. (Decreto 1207 de 2021, 2021).

En aspectos adicionales se refieren a la adjudicación de radio comunitaria con énfasis en las zonas afectadas por el conflicto, la creación del Consejo Nacional para la Reconciliación y la Convivencia, la revisión de funciones y la conformación de los Consejos Territoriales de Planeación, la creación de una misión

electoral especial que presentará sus recomendaciones con base, entre otros, en las buenas prácticas nacionales e internacionales.

En materia de armas, en primer lugar, se destaca que no se habla de entrega sino de dejación y esta consiste en un procedimiento mediante el cual la ONU recibe la totalidad del armamento de las FARC-EP para destinarlo a la construcción de tres monumentos, acordados entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

Medidas de control del narcotráfico

El tema del narcotráfico es abordado en el capítulo 4 del Acuerdo, bajo el título “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”. En ese capítulo se establece que el Gobierno Nacional creará y pondrá en marcha un nuevo Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS), en cabeza de la Presidencia de la República, en coordinación con las autoridades departamentales y municipales, y tendrá un carácter civil sin perjuicio de su coordinación con las autoridades estatales que se requieran para garantizar su pleno desenvolvimiento, incluyendo las responsables de la seguridad y protección de las comunidades según la concepción de seguridad contemplada en el Acuerdo Final. (García, 2019: 19-44)

109

Así mismo el Gobierno se comprometió a crear el Programa Nacional de Intervención Integral frente al Consumo de Drogas Ilícitas como una instancia de alto nivel, para articular las instituciones con competencia en la materia y coordinar un proceso participativo de revisión, ajuste y puesta en marcha de la política frente al consumo. También se señala que:

“la construcción de una paz estable y duradera supone abordar el tema del esclarecimiento de la relación entre producción y comercialización de drogas ilícitas y conflicto, incluyendo la relación entre el paramilitarismo y el narcotráfico, y la disposición de todos y todas de contribuir a ese esclarecimiento”. (Presidencia de la República de Colombia, 2016: 101) Sin embargo, no se establecen compromisos específicos al respecto.

El Gobierno Nacional revisará y establecerá estrictos controles estatales sobre la producción, importación y comercialización de insumos y precursores químicos, requeridos para la producción de drogas ilícitas, acompañados del fortalecimiento de las capacidades

de vigilancia y control por parte del Estado. Con respecto a la erradicación de estos cultivos, solamente se menciona que en los casos donde, en el marco de la suscripción de los acuerdos con las comunidades en el marco del PNIS, haya algunos cultivadores y cultivadoras que no manifiesten su decisión de sustituir los cultivos ilícitos, o incumplan los compromisos adquiridos sin que medie caso fortuito o fuerza mayor a pesar de los esfuerzos del Programa y de las comunidades de persuadirlos, el Gobierno procederá a su erradicación manual, previo un proceso de socialización e información con las comunidades (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2018). También se consigna que las FARC-EP consideran que en cualquier caso en que haya erradicación esta debe ser manual.

Mecanismos de protección y reparación de las víctimas

110 Los mecanismos de protección y reparación de víctimas, se desarrolla en el capítulo 5 del “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” en el apartado: Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, el cual establece la creación del “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” teniendo como objetivos la satisfacción de los derechos de las víctimas, la rendición de cuentas, la no repetición, el enfoque territorial, diferencial y de género, la seguridad jurídica, la convivencia y reconciliación y la legitimidad.

El Sistema Integral estará compuesto por los siguientes cinco mecanismos y medidas: (Presidencia de la República de Colombia, 2016: 129)

- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: Será un órgano temporal y extrajudicial, que busca conocer la Verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto; promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición. (Peláez, 2018: 77-79)

- Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado: unidad especial de alto nivel de carácter humanitario y extrajudicial, cuyo objetivo es dirigir, coordinar y contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la localización y entrega digna de restos. Las actividades de la Unidad no podrán ni sustituir ni impedir las investigaciones judiciales a que haya lugar en cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado.
- Jurisdicción Especial para la Paz: Estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los DDHH y las graves infracciones al DIH. La Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria.
- Medidas de reparación integral para la construcción de la paz: Se trata de medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; y la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, en el marco de la implementación de los demás acuerdos. Con este fin, se fortalecerán los mecanismos existentes, se adoptarán nuevas medidas, y se promoverá el compromiso de todos con la reparación del daño causado.
- Garantías de No Repetición: Las garantías de no repetición son el resultado, por una parte, de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos,

así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final; y por la otra, de la implementación de medidas de no repetición que se acuerden en el marco del Punto 3 – “Fin del Conflicto”. (Pelaez, 2018: 80)

Mecanismos de justicia transicional

Se destaca que la rendición de cuentas no está prevista de manera exclusiva para los integrantes de las FARC sino para todos los participantes del conflicto de forma directa e indirecta, combatientes o no combatientes, quienes deberán asumir su responsabilidad por las violaciones e infracciones cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado.

También se prevé en el acuerdo que la Comisión para el Establecimiento de la Verdad, Convivencia y la No Repetición, será un órgano temporal de carácter extrajudicial que busca conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones, promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado.

El componente de justicia del Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición SIVJRNR, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa y en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. El componente de Justicia también se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de éste, mientras que el tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo. Adicionalmente se prevé que la aplicación artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, el cual dispone que, a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o

que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2019)

Conforme con esa disposición, se amnistiarán e indultarán los delitos políticos y conexos cometidos en el desarrollo de la rebelión por las personas que formen parte de los grupos rebeldes con los cuales se firme un acuerdo de paz. La conexidad con el delito político comprenderá la inclusión como conexos aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como es por ejemplo la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares; los delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, y las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión, para lo cual deberán definirse cada uno de los contenidos de las anteriores conductas. Se entenderá como conducta dirigida a financiar la rebelión todas aquellas conductas ilícitas de las que no se haya derivado enriquecimiento personal de los rebeldes ni sean consideradas crimen de lesa humanidad, grave crimen de guerra o genocidio.

113

El acuerdo señala que no serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019).

En el componente de justicia se aplicarán dos procedimientos: Uno en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad y otro en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad. El componente de justicia estará integrado por los siguientes órganos: Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, Tribunal para la Paz, Sala de Amnistía o indulto y Sala de definición de situaciones jurídicas, para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos y, U n i d a d

de Investigación y Acusación, la cual debe satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia cuando no haya reconocimiento colectivo o individual de responsabilidad. El Tribunal para la Paz será el órgano de cierre de la jurisdicción especial para la paz que se crea en el SIVJRNR. (Presidencia de la República de Colombia, 2016: 139-146).

Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el DIH, el Derecho Internacional de los DDHH y el Derecho Internacional Penal y las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Las sanciones propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición.

114

En el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante la Sala, las restricciones de los anteriores derechos y libertades serán menores que en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante el Tribunal o en el caso de no reconocimiento. Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. El periodo máximo de cumplimiento de sanciones alternativas, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de 8 años. (Jurisdicción Especial para la Paz, 2021)

Como se observa, el mecanismo de justicia transicional ha sido empleado internacionalmente, y también en Colombia, para resolver situaciones en donde han existido organizaciones al margen de la ley que operan movidas por razones políticas, o al menos que utilizan esa explicación para justificar sus actividades. Ese mecanismo permite

transformaciones políticas, precisamente porque se supone que ese tipo de transformaciones son las que han intentado promover las organizaciones con las cuales se negocia.

Acercamiento al concepto de cultura

Existen numerosas definiciones para la cultura, término que proviene del latín *culture*: cultivo de la tierra, crianza (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2021). De acuerdo con su definición más básica, incorpora el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc. A pesar de esa definición formal, es preciso registrar la ausencia de un consenso en torno a la definición del término de cultura. Lo anterior, resultado de la variedad de propuestas existentes en las ciencias sociales y humanas a lo largo de la historia.

Gilberto Giménez (Giménez, 2013) realiza un recorrido histórico acerca de los diferentes conceptos de cultura en su libro *“Teoría y Análisis de la Cultura”*, en el que aborda desde una mirada crítica la complejidad de la construcción histórica del término cultura, y ofrece diferentes perspectivas teóricas que dan lugar a una definición interdisciplinaria desde la perspectiva simbólica y a su vez propone perspectivas acerca de la metodología para investigar en el campo de la cultura. Inicialmente se revisa la propuesta antropológica clásica de Edward B. Tylor en 1871: *“en sentido etnográfico amplio es todo aquel complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridas por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”*. (Giménez, 2013: 75). Posteriormente Franz Boas, reconoce la historia dentro de las características de cada cultura y su objetividad, según Giménez se produce una construcción conceptual de la cultura que atraviesa tres fases; la concreta, la abstracta y la simbólica.

Esta concepción fue sometida a múltiples controversias y hacia los años ochenta y noventa supera los límites de la antropología y se extiende a otras áreas como la historia o la sociología, en lo que se conoce como “giro cultural” de las ciencias sociales dado el gran interés hacia los estudios culturales que se ha suscitado

desde múltiples disciplinas. Para establecer un significado de lo simbólico, es pertinente tomar la definición según la cual la cultura es un repertorio de signos, incluidas las reglas de organización y su aplicación, como un repertorio de códigos presentes en un determinado grupo o sociedad. (Giménez, 2013: 81)

Gilberto Giménez plantea que los símbolos no se agotan en un significado único, sino que abarcan a los individuos como un instrumento de poder e intervención, llegando incluso a ser utilizados como medio de ordenamiento de la cultura colectiva y al mismo tiempo modelos de representación de la conducta y orientadores de la misma. También argumenta que las prácticas culturales se concentran en instituciones poderosas como el Estado y la Iglesia, que procuran la administración y organización de las diferencias a través de jerarquizaciones, hegemonización y exclusión, para brindar coherencia a la pluralidad cultural.

116 Para hacer más dinámica la definición, la cultura es entendida como un *“proceso de continua producción, actualización, y transformación de modelos simbólicos a través de la práctica individual y colectiva en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados”* (Giménez, 2013: 39). Giménez introduce el concepto de cultura desde la interiorización y la perspectiva de los sujetos, con la premisa de que no existe cultura sin actores ni actores sin cultura, así:

“La cultura interiorizada en forma de representaciones sociales es a la vez esquema de percepción de la realidad, atmósfera de la comunicación intersubjetiva, cantera de la identidad social, guía orientadora de la acción y fuente de legitimación de esta. En esto radican su eficacia propia y su importancia estratégica (Giménez, 2013: 172)”. A partir de ello construye la identidad de cada actor individual o colectivo en función de la dinámica cultural, es decir que no existe el uno sin la otra. La ausencia de cultura conduce a la desaparición del actor y se constituye en determinante de las prácticas sociales, legitimando o no las acciones de sus actores. (Giménez, 2013: 172)

En términos simples y a manera de balance puede decirse que la cultura es la forma de hacer las cosas y que es común a un grupo de personas unidas por una situación común, ya sea esta geográfica, étnica, religiosa, profesional o empresarial, entre otras.

Aproximación al concepto de cultura de paz

Johan Galtung ha propuesta una forma de concebir la paz que ha sido objeto de debate y reconocimiento. Para abordar el tema, el autor se refiere en primer lugar a la violencia cultural, entendida como los aspectos de la cultura, es decir, de la religión, la ideología, la lengua, el arte, las ciencias empíricas y formales, que se utilizan para otorgar validez a la violencia (Galtung, 1998:15). Así, *“una persona que anime a un asesino en potencia gritando “¡matar es la autorrealización!” puede demostrar que el idioma español es capaz de expresar tales pensamientos, pero no que el idioma español como tal sea violento”*. (Galtung, 1998b:7).

Reconociendo que la paz es lo contrario de la violencia, entonces la materia de estudio de las ciencias de la paz debe ser lo contrario a la violencia cultural, o sea los aspectos de una cultura que contribuyen a justificar y a legitimar la paz directa y la paz estructural (Galtung, 1998b: 7), por lo que la búsqueda de una cultura pacifista es una de las funciones más importantes de la investigación por la paz. En cambio, la violencia cultural, hace que la violencia directa y la violencia estructural se perciban como justificadas o cargadas de razón.

117

La violencia se compone de afrentas contra las necesidades humanas tan valiosas como la vida misma, el bienestar, la identidad, la representación o la libertad. Galtung propone una tipología de la violencia de acuerdo con las necesidades a las que afecta y que se resume de acuerdo con la Tabla I.

	Necesidad de supervivencia	Necesidad de bienestar	Necesidades identitarias	Necesidad de libertad
Violencia directa	Muerte	Mutilaciones, acoso, sanciones, miseria	Desocialización Resocialización Ciudadanía de segunda	Represión Detención Expulsión
Violencia estructural	Explotación A	Explotación B	Penetración Segmentación	Marginación Fragmentación

Fuente: Galtung (1998: 104)

El autor plantea además que cuando no se presenta equilibrio

ecológico además de supervivencia + bienestar + libertad + identidad, se produce la degradación humana, mientras que la suma de esos cinco elementos define la paz.

La muerte y las mutilaciones son las medidas utilizadas para calcular la magnitud de la guerra, la que se orquesta generalmente con un gobierno como actor. Galtung plantea como un error considerar que la paz es simplemente lo opuesto a la guerra, pues al hacerlo se estarían descuidando otras formas de violencia y señala que la vulneración de las necesidades humanas es también formas de mutilación, a pesar de que algunos no lo admiten debido a que no generan muertes directas o inmediatas, aunque sí producen la muerte lenta de quienes la padecen.

A su vez, la socialización, como interiorización de la cultura, sirve para definir las formas de violencia relacionadas con las necesidades identitarias; desocialización es entonces el alejamiento de la propia cultura o como la resocialización en una cultura diferente a la propia; cualquiera de las dos puede conducir a que la persona deba vivir con una ciudadanía de segunda clase. Así mismo, la represión tiene que ver con la posibilidad o imposibilidad de las personas para verse libres de algo que no desean, o verse detenidos o reclusos, o verse expulsados o excluidos. (Galtung, 1998b: 10)

La explotación es para Galtung la pieza central de la violencia, la que deja huellas tanto en el cuerpo físico como en la mente y también en el espíritu. En cuanto a la penetración como manifestación de violencia estructural contra las necesidades identitarias, se refiere a la implantación que hacen las personas que tienen el poder de dominación sobre las personas a quienes dominan, mientras que la segmentación consiste en limitar su visión de la realidad.

La violencia puede originarse en la dimensión estructural, directa o cultural y extenderse a las otras dimensiones de manera fácil:

“Este síndrome triangular de la violencia debería contrastarse mentalmente con un síndrome triangular de la paz, en la cual la paz cultural genera paz estructural, con relaciones simbólicas, equitativas, entre distintos socios, y paz directa con actos de cooperación, amistad y amor”. (Galtung, 1998b: 23).

De esta manera se podría conformar un triángulo virtuoso en el

que se debe trabajar simultáneamente sin esperar que los cambios en una sola de esas dimensiones generen de manera automática cambios en las otras dos. Igualmente sostuvo que:

La violencia directa, física y/o verbal, es visible en forma de conductas. Pero la acción humana no nace de la nada, tiene raíces. Se indican dos: una cultura de violencia (heroica, patriótica, patriarcal, etc.) y una estructura que en sí misma es violenta por ser demasiado represiva, explotadora o alienadora; demasiado dura o laxa para el bienestar de la gente. (Galtung, 1998: 15)

Por contraposición la paz se constituye, según Galtung, en *“una capacidad de manejar los conflictos con empatía, no violencia y creatividad”* (Galtung, 1998: 18). Es evidente la posición del autor en favor de la paz, cuando señala que una cultura de paz lamentaría la guerra en sí misma, cualquier guerra, como una muestra de locura y fracaso humanos. La guerra no debería justificarse nunca, dados los recursos humanos potenciales. Señaladas esas virtudes de la paz, señala que ella debería *“construirse en la cultura y en la estructura, no solo en la mente humana, pues el triángulo de la violencia tiene círculos viciosos integrados”*. (Galtung, 1998: 16)

119

Por otro lado, los conceptos de paz negativa, paz positiva y paz neutra han sido importantes para entender el desarrollo de la paz y los factores relevantes para que pueda existir. El primer concepto de paz negativa (ausencia de violencia directa) se enfoca en la inexistencia de conflictos armados, y el equilibrio dinámico entre los factores económico, político, cultural y tecnológico; la guerra en cambio surge como consecuencia del predominio de alguno de los factores anteriores. Lo más importante en una guerra es obtener la mayor cantidad de poder y/o de recursos, por lo que los conceptos de poder y de guerra están usualmente ligados.

Según Johan Galtung algunas de las tendencias de la paz negativa son manifestaciones de una unidad interior frente a una amenaza exterior; es por ello que los aparatos militares han surgido como respuesta a una necesidad de defenderse para poder conquistar la paz, lo que sucede tanto a escala nacional en el armamento que adquieren las FFMM y de policía, y en el contexto internacional por medio de la presencia que ejerce el imperialismo en algunas

naciones. En cambio, la paz positiva es entendida a partir de lo que no lo es, es decir, que existe una ausencia de guerra, donde no debe existir los malos tratos, violaciones, abusos de la infancia y matanzas callejeras (violencia directa no organizada), por lo que se relaciona con la justicia social y satisfacción de las necesidades básicas. (Jiménez, 2009:141-190)

Galtung sostiene que *“la paz positiva cultural sustituirá la legitimación de la violencia por la legitimación de la paz; en la religión, el derecho y la ideología; en el lenguaje, en el arte y las ciencias, en las escuelas, universidades y medios de comunicación; construyendo una cultura de paz positiva”* (Galtung, 2003:58). Fue así como en los años noventa y particularmente como consecuencia de la caída del Muro de Berlín y la terminación de la Guerra Fría, se experimenta a nivel mundial un período de paz negativa y positiva en reemplazo de la violencia tanto directa, como cultural y simbólica.

120 Otro término u otra forma de paz es la denominada paz neutra, que corresponde a la ausencia de violencia cultural o simbólica y que evidencia la necesidad de cultivar las relaciones humanas, dado que promover las culturas hará posible que existan nuevos diálogos culturales con el respectivo análisis de cada una de las raíces sociales, económicas, políticas y culturales de los seres humanos que han estado presentes en la violencia, la guerra, la exclusión y la marginación, lo que ha hecho que esas personas consideren a esos fenómenos como algo natural y difícil de evitar. De acuerdo con Jiménez:

“Trabajar por la paz neutra supone emplear como método el diálogo o dialógico, donde el lenguaje es la base de la comunicación humana, pues esto convierte a la comunicación en un fenómeno complejo y neutro, objeto de estudio desde los diferentes paradigmas que rigen las distintas disciplinas del saber, lo cual da paso a varios enfoques y teorías cuyos giros o centros de interés se han ido desplazando hacia la interpretación”. (Jiménez, 2009:156)

Debido a sus características, avanzar hacia una paz neutra implica tan profundos cambios, que sólo pueden lograrse en la medida en que se logren transformaciones culturales, pues esa es la vía para que las personas se despojen de su anterior forma de ver

el mundo y la sociedad que los rodea, y acepten la posibilidad de que deje de existir la violencia, manifestada por diferentes vías. El proceso implica entonces diálogo, coherencia entre los fines que se persiguen y los medios que se emplean para acceder a ellos, empatía como elemento catalizador de las expresiones violentas. (Jiménez, 2009: 156)

Teniendo que el lenguaje es la base de toda cultura, la neutralidad del lenguaje constituye un elemento fundamental para lograr la neutralización de los espacios en los que antes se ha manifestado la violencia cultural, dado que el cambio del lenguaje, o al menos su neutralidad, constituye la negación de esa violencia. Al intentar definir el concepto de Paz Neutra, Jiménez (Jiménez, 2009: 156) cita a Enríquez, quien se refirió a ella como:

“La paz que no aparece, que sostiene la convivencia diaria en buena vecindad, que se da por supuesto, en sus múltiples relaciones de intereses comunes (comercio, relaciones diplomáticas, dinásticas, de cultura, intercambio de conocimientos, etc.). Es una paz silenciosa, que no se explica ni resulta de manifestaciones de alborozo ni de toques de campanas, sino que es esa paz que no necesita propaganda porque se convierte con ella cotidianamente y que, por su diversa gradación en cuanto a la conflictividad, se puede llamar paz gradual”. (Enríquez, 2000:241)

121

De esta manera, en la medida en que van evolucionando los conceptos de violencia y paz se va creando una relación más íntima entre estos dos conceptos, como quiera que a medida que va aumentando el estudio de los conflictos, irá aumentando la violencia entendida como todo aquello que, siendo evitable, impide el desarrollo humano; comprende no sólo la violencia directa o física, sino también la denominada violencia estructural (pobreza, represión, alienación, contaminación ambiental, entre otras) (Jiménez, 2009; 160).

La neutralidad ha adquirido una nueva importancia porque ha roto con la dualidad y ha provocado que se dé una nueva postura de negociación o mediación en los escenarios de conflicto, según Johan Galtung (Jiménez, 2009:71), mediante la reconciliación, la reconstrucción y resolución; estos tres conceptos deben ser aplicados en los conflictos para llegar a un acuerdo con las partes implicadas.

De acuerdo con esta propuesta de Galtung, el eje central consiste en que el agresor por fin reconozca ante la víctima el daño ocasionado, de manera que en esa medida la víctima y/o el Estado pueden perdonar o restituir el daño ocasionado por el victimario, tal como ha sucedido en conflictos ya resueltos como los del Apartheid en Sudáfrica en donde se aplicó este modelo.

Johan Galtung (Galtung, 1998b, 71) considera que existen tres fases para superar las condiciones de violencia: a) resolución: cambiar las estructuras para resolver el conflicto; b) reconstrucción: resarcir, en la medida de lo posible, los daños ocasionados a la estructura, a la naturaleza, a la cultura, etc., y c) reconciliación: para restablecer la comprensión mutua, rectificar voluntariamente los errores y los sentimientos. (Jiménez, 2004: 21-54)

122

En conclusión, la construcción de la paz es directamente proporcional a la aparición de la violencia. Frente a las diferentes formas de entender la violencia (directa, estructural y cultural) se sitúa una idea de paz paralela (negativa, positiva y neutra). Además, las dimensiones de paz responden a las relaciones del ser humano entre sí (paz social).

De acuerdo con este recorrido a través de los conceptos de violencia y de paz, puede afirmarse que la paz surge cuando todas las personas que componen la sociedad se sienten seguras respecto de las garantías de sus derechos y satisfacción de sus necesidades, incluyendo tanto las básicas como las de nivel superior. Sin embargo, alcanzar ese ideal de paz, en una sociedad que ha experimentado un proceso tan complejo y prolongado de violencia como el que ha tenido lugar en Colombia, es un proceso compuesto de etapas. A través de esas etapas, los miembros de esa sociedad van recuperando progresivamente la confianza que han perdido en los demás como consecuencia de la experiencia que han tenido de irrespeto a sus propias necesidades; ese proceso de recuperación de la sensación de paz implica necesariamente la ausencia de fenómenos de violencia, como quiera que la violencia y la paz son condiciones mutuamente excluyentes y constituyen negaciones mutuas.

Sin embargo, no es suficiente con que desaparezcan los fenómenos de violencia para que se alcance una condición de auténtica paz; se

requiere en primer lugar que se logren unos acuerdos por medios de los cuales las partes definan las estructuras sociales que permitirán resolver el conflicto que generó esa violencia. En segundo lugar, se necesita que se resarza a las víctimas individualmente consideradas por los daños de que fueron objeto, así como, se reparen los daños ocasionados a la estructura, a la naturaleza y a la cultura, pues se requiere que impere una cultura de no violencia que sustituya a la que existió previamente. Por último, se requiere que exista reconciliación que permita comprensión, reconocimiento y compromiso de rectificación de los errores cometidos por las partes.

Puede deducirse de esos referentes teóricos que las fases que constituyen el proceso de recuperación de la paz deben seguir un orden secuencial; es decir, se requiere en primer lugar que se logre un acuerdo sobre los cambios que se harán a las estructuras para superar el conflicto, como requisito para que se pueda pasar a la fase de reparación, y se requiere que se produzca la reparación para que se pueda pasar por último a la reconciliación.

Contexto del conflicto armado en Colombia para junio de 2022 conforme a la cultura de paz.

123

Luego de cinco años de firmado el acuerdo con las FARC EP, se puede afirmar no solo una escalada del conflicto sino también su transformación y traslado a las zonas urbanas. Esta afirmación se fundamenta en la realidad de inseguridad, criminalidad, violaciones a DDHH y zozobra en la sociedad colombiana.

De acuerdo con informe del Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR, del 23 de marzo de 2022, se establece:

“en Colombia hay seis conflictos armados y otros tipos de violencia que afectan drásticamente la vida de las personas. La reconfiguración de los actores armados no estatales y el incremento de las confrontaciones armadas, del control social y de la disputa territorial aumentaron la presión sobre la población civil y plantearon nuevos desafíos para la asistencia humanitaria... En 2021, registramos 486 víctimas de artefactos explosivos, el número más alto de los últimos cinco años. Esta cifra evidencia el recrudecimiento del fenómeno y los efectos directos que tiene sobre la población civil, ya que la mayoría de las víctimas son civiles... En Colombia, la tragedia de las desapariciones no ha cesado. Por un lado, miles de familias continúan experimentando incertidumbre y angustia al no saber

la suerte y ocurrieron hace varios años, incluso décadas... Por otro lado, en distintas zonas del país se siguen registrando desapariciones y las medidas que se han implementado para prevenir este fenómeno resultan insuficientes. Prueba de ello es que en 2021 documentamos cada dos días, en promedio, un nuevo caso de desaparición relacionado con los conflictos armados y la violencia... Prestar servicios de salud en Colombia es cada vez más peligroso, especialmente en las zonas más afectadas por los conflictos armados y la violencia. Con 553 agresiones registradas en 2021 por la Mesa Nacional de Misión Médica, se ha presentado un aumento histórico por tercer año consecutivo, con un incremento del 70 % respecto de 2020... Por otro lado, la población migrante con vocación de permanencia se organizó en departamentos afectados por los conflictos armados y la violencia, lo que la expone al peligro por su desconocimiento del contexto, pero también por el rechazo, la estigmatización y la xenofobia... A nivel global, durante 2021 se incrementaron las movilizaciones sociales que llevaron a miles de personas a las calles a manifestarse por diferentes razones. Colombia no fue la excepción. Tanto en zonas urbanas como rurales, el mantenimiento del orden público fue un constante desafío para la Fuerza Pública, al ponerse a prueba su capacidad de responder con apego a las normas y estándares internacionales sobre el uso de la fuerza" (CICR, 2022)

124

Por lo anterior, el conflicto armado ha tomado otra forma, pero se ha intensificado, no solo en zonas rurales sino también urbanas, incurriendo en graves violaciones a los derechos humanos - DDHH y al derecho internacional humanitario- DIH

Del mismo modo el informe de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia - Informe del Secretario General del 27 de junio de 2022, en lo que respeta a "garantías de seguridad" consigna lo siguiente:

"El Acuerdo Final fue eficaz para poner fin al conflicto entre el Gobierno y las antiguas FARC-EP, y la dejación de las armas de la antigua guerrilla condujo a una reducción en todo el país de la violencia relacionada con el conflicto durante las primeras etapas de la implementación. Sin embargo, en los últimos años las estrategias de seguridad, que deberían estar ancladas en los esfuerzos del Estado por consolidar su presencia integral en las zonas históricamente afectadas por el conflicto, han resultado insuficientes. En consecuencia, los logros iniciales en materia de seguridad se ven cada vez más amenazados por la proliferación de actores armados ilegales que, ante la ausencia de una sólida capacidad institucional, com-

piten por las economías ilícitas y por el control del territorio. Los civiles, en particular las comunidades indígenas y afrocolombianas, las mujeres y los niños, están sufriendo amenazas y asesinatos, reclutamiento forzado, violencia sexual, presencia de minas terrestres y desplazamientos y confinamientos forzados, entre otras expresiones de violencia. Por ejemplo, los desplazamientos y confinamientos forzados han ido en aumento desde 2017, según la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios. Entre enero y mayo de 2022, 60.765 civiles fueron confinados a la fuerza y más de 33.800 personas fueron desplazadas a la fuerza, la mayoría de las cuales pertenecen a comunidades indígenas y afrocolombianas. Asimismo, el ACNUDH ha registrado un aumento de los asesinatos a gran escala. En lo que va de año, el ACNUDH ha recibido 53 denuncias de asesinatos a gran escala, de los cuales 21 han sido verificados, 25 siguen en proceso de verificación y 7 fueron no concluyentes (ONU, 2022)

Este informe constata la carencia de garantías de derechos de los ciudadanos colombianos y residentes en Colombia, la ausencia del Estado, la corrupción de las *“autoridades de la república colombiana instituidas para proteger a todas las personas residentes en “Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* (Constitución Política de Colombia, 1991)

125

Conclusiones

El proceso de justicia transicional llevado a cabo con los grupos al margen de la ley que se han desmovilizado, con el fin de garantizar a las víctimas y a sociedad colombiana: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, y de esta forma lograr la paz y reconciliación nacional, ha tenido aspectos positivos y aspectos negativos, entre ellos la transformación de los actores armados no institucionales y la persistencia del conflicto.

Lo anterior se concreta en el surgimiento de nuevos actores armados, bandas emergentes, crimen organizado, traslado del conflicto a la ciudad, desertión de algunas células de guerrillas de los procesos transicionales e incremento de la inseguridad. Tales actores armados no institucionales, son un fenómeno delincuencial que se caracteriza por la conformación y disolución de grupos armados, que adquieren autodenominaciones distintas y que han evolucionado desde el 2006 a la fecha del resultado de esta

investigación. Del mismo modo existen otros actores surgidos de las poblaciones de migrantes y delincuencia organizada.

Aunque el conflicto armado en Colombia ha reflejado trascendentales cambios, este aspecto no se puede estimar en su totalidad como un señalamiento irrefutable acerca de la terminación del conflicto armado; la realidad del país señala que se encuentra inmerso dentro del mismo, de igual manera, se observa la ausencia del Estado en vastos sectores del país, lo que permite que otros actores no institucionales tomen el control de territorio, asumiendo el rol del estado en muchas formas: cómo resolver controversias y otorgar justicia, equiparada con el cobro de impuestos, el control territorial y la práctica del monopolio a la fuerza.

La cultura de paz propuesta por Galtung, en el proceso transicional colombiano, si bien ha desarrollado algunas de las fases formuladas por el autor, no ha logrado su fin primordial de Reconciliación, Reconstrucción, Resolución, al contrario, la propuesta de acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP, ha traído como consecuencia ramificaciones del conflicto a través de las diferentes formas de violencia que ha vivido la sociedad colombiana en los últimos cinco años y que han sido expuestas en los informes de la CICR y la ONU, lo que demuestra que la violencia no solo no ha desaparecido sino que se ha transformado en nuevos fenómenos.

Referencias bibliográficas

ACNUR. (2011). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>. Consultada: 23 de julio de 2022.

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2022).. *Colombia: vivir a la sombra de los conflictos armados* | <https://www.icrc.org/es/document/balance-humanitario-colombia-2022-dih>. Consultado el 13 de julio de 2022.

DECRETO 1207 DE 2021. (2021). <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201207%20DEL%205%20DE%20OCTUBRE%20DE%202021.pdf>. Consultado el 7 de julio de 2022

Departamento Administrativo de la Función Pública. Ley 1957 de 2019.

(2019) *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Artículos 2 y 9. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=94590>, consultado el 24 de junio de 2022.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Cultura, definición. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=BetrEjX>, consultado 11 de septiembre de 2018

Enríquez, Eduardo. (2000). *La paz y las relaciones internacionales en los inicios del mundo moderno*. En F. Muñoz, & M. López, **Historia de la Paz. Tiempos, espacios y actores**. Granda, España, Universidad de Granada, 2000, Pp. 241

Galtung, Johan. (1998). *Tras la violencia 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución*. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia. Bilbao, España. Pp. 7-40

Galtung, J. (1998b). *Violencia Cultural*. Vizcaya, España. Traducción de Teresa Toda: Gernika Gorgoratz. Pp. 9-20

Galtung, Johan. (2003). *Violencia cultural*. Bilbao, España, 2003, Pp. 58.

García, Laura, (2019). *La diplomacia rebelde de las FARC-EP en el proceso de paz de Colombia*. **Revista CIDOB d'Afers Internacionals**. 19-44.

Giménez, Gilberto. (2013). *La concepción simbólica de la cultura*. Pp.1, Disponible en <http://conceptualdelacultura.blogspot.com/02/la-concepcion-simbolica-de-la-cultura.html>, consultada el 5 de julio de 2022.

Jiménez, Francisco. (2009). *Hacia un paradigma pacífico: la paz neutra*. **Convergencia**, 2009, Pp. 141-190.

JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ (2021) Lineamientos en materia de sanción propia y Trabajos, Obras y Actividades con contenido Reparador – Restaurador. Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad Tribunal para la Paz. o <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanci%C3%B3n-propia-y-Trabajos%2C-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20>

[Toars%20y%20SP.pdf](#). Consultada el 1 de julio de 2022.

Jurisdicción Especial para la Paz. *Los crímenes que no serán amnistiabiles ni indultables en la JEP* (2019), disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Los-cr%C3%ADmenes-que-no-son-amnistiabiles-ni-indultables-en-la-JEP.aspx>, consultado el 20 de mayo de 2022.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Presidencia de la República de Colombia. Solución a las drogas ilícitas. La Discusión del punto 4. (2018). Tomo IV. Pp.61, disponible en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/tomo-4-proceso-paz-farc-drogas-ilicitas.pdf>, consultado el 11 de julio de 2022.

ONU. Informe del secretario general del 27 de junio de 2022. (2022) <https://colombia.unmissions.org/documentos>. Consultada el 20 de julio de 2022

Peláez, Carolina. (2018). *El tránsito de las FARC-EP al partido político FARC en el marco del acuerdo de paz: desafíos, obstáculos y perspectivas*, Cali, Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Pp. 77- 79.

Presidencia de la República de Colombia. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá. Disponible en https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdo-final.pdf, consultado el 11 de abril de 2022.

Universidad Alicante (2012). *Biografía intelectual de Johan Galtung*. <https://web.ua.es/es/protocolo/documentos/eventos/honoris/galtung-johan-2002/biografia-intelectual-de-johan-galtung.pdf>. Consultada el 19 de julio de 2022.

El derecho penal del enemigo: Creación de nuevos delincuentes a través de la revolución molecular disipada

Edwin Rubio Medina*

Resumen

Las nuevas dinámicas de la criminalidad global son comprendidas desde distintas tesis. Una de ellas es el derecho penal del enemigo. Dicho enfoque en su versión contemporánea resulta de posiciones teóricas sociológicas y legales tendientes a un entender la sociedad como sistema cerrado. Este capítulo tiene como objetivo desarrollar una reflexión teórica de las consecuencias socio-jurídicas que implica la implementación del lenguaje del enemigo, tomando como énfasis el caso colombiano. Este trabajo propone dos tipos de versiones del concepto. La primera, a través de la política gubernamental de la seguridad democrática (2002-2010). La segunda versión por medio de la denominada revolución molecular disipada. La metodología adoptada consiste en una revisión bibliográfica, acompañada del análisis académico realizado a partir de las protestas sociales del año 2019. Lo que suscito que se debatiera en redes sociales el concepto de revolución molecular disipada como una forma contemporánea de perseguir el crimen. El capítulo concluye presentando los riesgos del adelantamiento punitivo y la paranoia social que puede provocar la incorporación del enemigo en los dispositivos político-criminales, minando la institucionalidad del Estado Social de Derecho

129

* Abogado defensor de los Derechos Humanos de las víctimas de crímenes de Estado, durante 2009-2013. Consultor de diversos pueblos indígenas desde 2014. Magister en Derechos Humanos y Democratización-Universidad Externado-Carlos III de Madrid. Doctor en Derechos Humanos en Sociedades Contemporáneas Universidad de Coimbra-Centro de Estudios Sociales (Portugal). Investigador Docente de tiempo completo programa de Derecho grupo de investigación CINJUN - Unisinú-Montería. Investigador clasificado por Minciencias, su producción académica e intereses están enfocados en el Derecho Internacional, Derechos Humanos, derecho indígena, sociología jurídica y teoría jurídica. <https://orcid.org/0000-0002-2450-7637> - edwinabogadofos@gmail.com

colombiano. Y por otro lado imposibilitando la expresividad, diversidad y la multiplicidad de la sociedad nacional.

Palabras clave: Derecho penal, criminología, enemigo interno, soberanía Estatal.

The criminal law of the enemy: Creation of new criminals through the dissipated molecular revolution

Abstract

130 The new dynamics of global crime are understood from different theses. One of them is the criminal law of the enemy. This approach in its contemporary version results from sociological and legal theoretical positions tending to understand society as a closed system. This chapter aims to develop a theoretical reflection of the socio-legal consequences that the implementation of the language of the enemy implies, emphasizing the Colombian case. This work proposes two types of versions of the concept. The first, through the government policy of democratic security (2002-2010). The second version is through the so-called dissipated molecular revolution. The methodology adopted consists of a bibliographic review, accompanied by the academic analysis carried out from the social protests of the year 2019. What caused the concept of dissipated molecular revolution to be debated on social networks as a contemporary way of prosecuting crime? The chapter concludes by presenting the risks of punitive advancement and the social paranoia that the incorporation of the enemy into the political-criminal devices, undermining the institutionality of the Colombian Social State of Law and, on the other hand, making it impossible for the expressiveness, diversity, and multiplicity of the national society

Keywords: Criminal law, criminology, internal enemy, state sovereignty

Introducción

Para empezar a plantear la temática que pretendo desarrollar, en el devenir de la construcción conceptual de la política criminal, siempre se han tomado medidas de represión más severas para determinados delitos. El problema, es que la calificación que se utiliza para dicha selección de delitos termina siendo tomada por los sectores gubernamentales. Esto de espaldas muchas veces a los analistas jurídicos o sociólogos que permitan una mayor

comprensión y adaptación, de lo que la sociedad en su conjunto declara, como conductas más reprochables que otras. Este viraje se debe a el nuevo orden mundial, que se refleja en el derecho, en lo que algunos estudiosos como el profesor Manuel Cancio Meliá, ha denominado la tercera velocidad del Derecho penal. (Cancio, 2003)

Para hacer una breve descripción enunciaré algunas de estas características. La primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, deben mantenerse de modo estricto los principios político criminales tradicionales. La segunda velocidad sería la flexibilización de estos principios político-criminales, constitutivas en penas pecuniarias o privativas de otros derechos. Y la tercera sería la coexistencia de las penas privativas de la libertad y la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación, como también lo afirma (Silva, 2001)

La propuesta teórica que el profesor Gunter Jakobs, que es el punto de partida del actual concepto de derecho penal del enemigo, no es nada novedosa, en la antigüedad se emplearon calificativos como, los molestos, los locos, los extranjeros, y claro los ciudadanos, quienes tenían desde entonces mayores garantías judiciales que los proscritos de determinada época. En la descripción de Zaffaroni, haciendo una breve referencia al recorrido histórico de este reencauchado concepto, se podrá dejar en claro que no presenta mayores diferenciaciones con la actualidad. Haré una breve síntesis de los rasgos del enemigo en la historia universal.

131

El derecho penal del enemigo medieval

El poder punitivo reapareció en las sociedades europeas hace ocho siglos, como instrumento de verticalización social corporativa de los estados nacionales. El propio poder central de la iglesia se reafirmó con su poder punitivo, lanzado primero contra los disidentes (cátaros), luego contra las brujas y más tarde contra los protestantes. El primer enemigo fueron las brujas, que pactaban con Satán, jefe de un ejército de demonios, invención montada sobre el prejuicio acerca de la inferioridad de la mujer, reforzando la regulación jerarquizada de la sexualidad, consolidada junto con el poder punitivo.

Esa organización corporativa permitió la empresa colonizadora sobre América y África que puso en marcha una economía extractiva de materias primas y medios de pago, dando origen al capitalismo moderno, que acabó debilitando a las potencias colonizadoras y fortaleciendo a las neocolonizadoras, desplazando la hegemonía mundial de España y Portugal a las potencias del centro y norte de Europa. (Zaffaroni, 2005)

“En esta época los infractores graves se le condenaba a muerte, los molestos, es decir aquellos que no acataban este orden social jerárquico eran eliminados con su incorporación forzada al ejército, o en la producción de energía motriz (pena de galeras). Los simplemente inferiores eran explotados (indios, siervos, y negros)”. (Zaffaroni, 2005 ; 627)

Aunque a primera vista, se pudiere tener la sensación de que el termino enemigo, fue desecho en este siglo debido a la consolidación del proyecto occidental y la reivindicación de los derechos humanos, la verdad dista mucho de ello. A continuación, hago un breve repaso de los principales hitos históricos que mostrarían otras formas de reproducción del enemigo en los sistema político-criminales.

132

El modelo europeo autoritario de entreguerras

Aquí los disidentes fueron sometidos a tribunales policiales especiales o ejecutados sin proceso. Los molestos llamados extraños a la comunidad y parásitos en el estalinismo eran destinados a campos de concentración en Alemania o los *gulaks* en la URRSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas)

9. Los iguales eran tratados conforme a la legislación penal de este momento. Los enemigos políticos por otro lado eran sentenciados a muerte, en un claro sobrepaso de los parámetros del derecho penal occidental.

El modelo norteamericano contemporáneo

La represión montada en los Estados Unidos en las últimas décadas y que se aparta de su tradición anterior configura un modelo premoderno realizado con alta tecnología y recursos financieros ilimitados. La represión diferencial se acentúa como los modelos preindustriales Los criminales graves son eliminados por pena de muerte o prisión perpetua, la población penal dominante, en número

absurdamente alto, pertenece a minorías afro o latinoamericanas y se condenan mediante el forzamiento a la negociación. Los iguales son tratados según la legislación penal (Zaffaroni, 2005) Además, es el único país de América en el que se sigue prodigando la pena de muerte y que mantiene una población penal cuantificada por millones, al tiempo que comienza a legislar un sistema penal paralelo para terroristas. (Bedau, 1988).

El modelo de América Latina

Las dictaduras de seguridad nacional latinoamericanas aplicaron penas eliminatorias para los criminales graves (reclusión perpetua, en mucha menor medida pena de muerte formal), medidas eliminatorias para los molestos o ejecuciones policiales sin proceso y establecieron dos sistemas penales para los disidentes, uno mediante detenciones administrativas y otro subterráneo, que procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada (Lola Aniyar, 2013) Ejemplo de esto fue el periodo de dictaduras militares desplegadas a lo largo de todo el cono sur y en otros casos con democracias precarias o hipócritas (Simmons, 2009) como fue el caso colombiano. Vale la pena entonces el preguntar, ¿porque una idea tan vieja, plantea nuevos debates y tremendos riesgos? (Riquert, 2016), proponen una interesante mirada a la arista política del tema lo que será de vital importancia a la hora de desenmarañar las verdaderas causas y fundamentos del derecho penal del enemigo.

133

El Contexto político

Con posterioridad a la caída del Muro de Berlín el sistema capitalista surgió en apariencia, Doblemente triunfante: como el único sistema posible de sociabilización, y a su vez por dicho triunfo como el mejor de todos los sistemas. A más de una década de tales sucesos podríamos preguntarnos por qué la “paz posmoderna”. No es tal. Si el actual modelo hegemónico es el único y mejor posible... ¿por qué la miseria, la Hambruna, la indignidad de tantas personas (Riquert, 2016).

En la sociedad occidental se ha esgrimido entonces una represión institucional a partir de la única mirada posible, ante la caída del otro sistema ideológico contradictor, teniendo como epicentro, las defensas de las garantías judiciales, la democracia, los derechos

humanos, lo curioso es que, para hacer respetar dichos preceptos, pareciera imprescindible el no respetárselo a los llamados enemigos. El concepto de enemigo es también un viejo concepto recopilado, desde los griegos, pasando por (Hobbes, 1994) entre otros, puesto que dentro de sus principales cimientos está, la soberanía de los estados. Más detenidamente será analizado las implicaciones que esto genera.

En tiempos recientes los enemigos han sido otros, circunscritos a un grupo genérico "la criminalidad organizada", en la década de los noventa, los narcotraficantes, y recientemente a partir del atentado a las torres gemelas, en los estados Unidos, se gesta el nuevo enemigo, llamado categóricamente terroristas. Esa expresión, que es tan difícil de precisar, genera problemas a la hora de abordar el tema del derecho penal del enemigo, que nos lleva a planteamientos teóricos e hipotéticos muy vagos, puesto que no podemos obviar que está íntimamente ligado al tema del "terrorismo".

134

Y teniendo en cuenta que bajo ese rótulo se mezclan ya no sólo diferentes categorías, sino también y sobre todo demasiados intereses políticos y económicos que van desde mantener determinadas áreas de producción bajo el dominio de los centros de poder, hasta justificar la intromisión de unos Estados en cuestiones de política doméstica de otros, poniendo en juego la tan sacralizada "soberanía", pilar básico de su propio sistema de dominación.

Sin duda el tema ha cobrado un cariz bien diferente a partir del 11 de septiembre de 2001. En ese momento se levantó el llamado occidente civilizado, hallando rápidamente culpables y causas, y fundamentalmente imponiendo las sanciones respectivas a esos "culpables". En ese contexto es difícil despejar las cuestiones en juego puesto que parecería que un atentado masivo puede justificar dejar de lado todo principio sostenido hasta el momento, ya sea de derechos humanos, de derecho penal o de derecho internacional. Siguiendo esta misma línea, (Foucault, 1968) afirma que el sistema capitalista no puede Pacíficamente "desarrollarse", sin oposición, puesto que es básicamente un sistema basado en la explotación", El sistema capitalista, por tanto, requiere permanente de enemigos para generar en la población un sentimiento de permanente

contingencia, de peligro, que justifica las mayores ignominias en pro de una seguridad relativa.

El caso colombiano

Colombia no es ajeno a esta dinámica geopolítica, en el raigambre cultural coexisten una diversidad de exclusiones sociales, algunas impuestas, otras adquiridas por factores como la falta de educación cívica, y ciertas categorizaciones de las personas por su raza, credo, región hasta el humor muchas veces se convierte en una forma vedada de estigmatización social que ha sufrido Colombia, además de otros muchos factores socio-culturales que han llevado a desconocer al otro como miembro activo del contrato social (Rodríguez, 2011).

Así es que en Colombia han existido los llamados enemigos, desde su misma conformación, Los enemigos han sido los españoles conquistadores, luego los mismos criollos inmersos en unas guerras intestinas, Los incrédulos perseguidos antes por la religión católica (Castro Gomes, 2005). Situación que hoy se repite con los musulmanes nuevamente perseguidos en el plano internacional, lo que se ha denominado por muchos como una segunda cruzada.

135

En tiempos más recientes, siendo Colombia una de las puntas del hasta en Latinoamérica de la política estadounidense en la guerra fría. Los gobiernos colombianos han perseguido a los comunistas, disidentes políticos, anarquistas, de una forma legal y otras veces subrepticia, a diferencia de la represión frontal de las dictaduras del cono sur, pero dichas persecuciones han quedado en la mayor impunidad y olvido. (Rodríguez, 2006)

Uno de los momentos más significativos de dicha represión legal vivida en el país, fue la que aconteció en el gobierno de Julio Cesar turbay Ayala, con el famoso Estatuto de Seguridad Nacional. (Galindo, 2005) implementándose por medio del decreto 1923 de /78. Que fue creado para proteger la vida y honra de los ciudadanos, terminó convirtiéndose, en un estatuto legal que introducía serias restricciones a los derechos y garantías individuales, creando tipos penales y tipificando arrestos incommutables por extensos períodos, con el argumento de que, si ese era el medio eficaz para reestablecer el orden público, entonces era constitucional.

Una versión contemporánea del Estatuto de Seguridad Nacional puede ser considerado el proyecto de la Seguridad Democrática. Este planteaba cambios judiciales que permitía, por ejemplo, que la fiscalía ingresara a las casas de los sospechosos sin orden judicial, lo cual no fue plenamente ejecutado porque el referéndum que implantaba el Estatuto no fue aprobado (Peña, 2004). Sin embargo, un clima de tensión se vivió entre 2002 y 2010, y fueron inventado múltiples enemigos de la seguridad democrática, lo que incluía políticos, ONGS, defensores de derechos humanos etc.

Tampoco existe de mi parte la pretensión de establecer que el fenómeno del derecho penal del enemigo sea única y exclusivamente propio del gobierno de Uribe Vélez, como puede mal interpretarse, la verdad es que en el país viene presentándose desde hace mucho tiempo, por ejemplo, son significativos los aportes realizados a finales de los noventa por algunos estudiosos de la universidad nacional de Colombia. Lo cierto es que en el año 2021 ha surgido una nueva versión de la peligrosidad del derecho penal del enemigo, a través de la noción de la revolución molecular. Lo cual analizaré como una eventual segunda fase del derecho penal del enemigo en sociedades pre y post industriales, es decir que resulta aplicable para el norte y el sur global (De Sousa, 2007), aunque evidentemente con matices.

En Colombia, donde el siglo XVI no ha terminado, en tanto permanecemos amarrados, en una perspectiva funcional del absolutismo temprano, el atavismo de la guerra civil y de la violencia generalizada, la política de seguridad interior subsume, en buena medida, sobre todo bajo la forma de la política de estados de excepción, a la política criminal. Así las cosas, esta política tiene una estructura bélico-punitiva (Rodríguez, 2006).

En este país los policías actúan recurrentemente como soldados, y el ejército cumple funciones de policía. Y lo que es más grave aún, la militarización exacerbada de la lucha contra el narcotráfico- guerra contra las drogas impuesta por los estados unidos, es un escenario de creciente confusión. Por ende, el derecho penal-legal y jurisprudencial, tiene una marcada tendencia a estructurarse como un derecho penal del enemigo. Al fin al cabo el delincuente y no solo el delincuente político, existe, efectivamente, como enemigo externo e interno (Orozco, 1999).

En este sentido lo que si parece preocupante es la agudización de este fenómeno, en la actualidad las semejanzas entre el antiguo modelo de seguridad nacional que se ejerció en Colombia y Latinoamérica, y la política seguridad democrática. Hoy el enemigo en Colombia nuevamente es determinado por una estrategia geopolítica, en el cual las tecnologías y la posverdad cumplen un discurso de mala interpretación, lo que es un escenario propicio para vender propuestas ideológicas light tanto del derecho como de la izquierda (Alvárez, 2015). Estos cambios en el sistema punitivo desarrollados por las múltiples formas de entender los potenciales sujetos terroristas implican lo que (Zaffaroni, 2005) plantea

“La única forma de admitir un derecho penal del enemigo, realmente limitado a los enemigos, sería como un extremo derecho penal del autor, o sea, limitado a un grupo de personas identificables incluso por sus características físicas, pues de lo contrario, lo que se discute no es si es si se puede tratar a algunos extraños de manera diferenciada, sino si el estado de derecho puede limitar las garantías y libertades de todos los ciudadanos. (Zaffaroni, 2005; 630)

El terrorismo por su amplio espectro, por la vaciedad del mismo concepto, se presenta como una real amenaza para la configuración de este extremo derecho penal de autor que manifiesta Zaffaroni. En la siguiente sección analizaré algunas de las propuestas teóricas del derecho penal del enemigo, conociendo su desarrollo a través del derecho y la política criminal.

137

Antecedentes teóricos del derecho penal del enemigo: Una teoría sociológica (la teoría General de los sistemas)

El pensamiento sistémico es una creación que nace a partir de las preocupaciones científicas, la rigurosidad clásica con la que se determinaba los avances científicos vino a generar unos presupuestos que la teoría de los sistemas pretende replantear como son: Principio de universalidad, principio de causalidad lineal, eliminación del sujeto del conocimiento científico, entre otros ítems. La teoría de los sistemas pretende una división entre un sistema (compleja relación de tejidos interactivos), (representada en microsistemas y macrosistemas), a través de una relación, que para el caso de las ciencias sociales se lleva a cabo por medio de la correcta comunicación. Buscando la

autosatisfacción del sistema, sin hacer uso del entorno en el que se mueve el mismo sistema. (Luhmann, 1995)

Dichos cambios paradigmáticos, tuvieron sus implicaciones en la termodinámica, la biología, y las ciencias sociales. En las ciencias sociales, serán significativos los aportes dados por el sociólogo Niklas Luhman, el cual considera que deben existir tres condiciones básicas para la construcción sistemática de la sociedad en interacción con otros elementos (Sistemas vivos, psíquicos y sociales)

1. Un principio, según el cual las operaciones que se realicen (microsistemas), se aíslen del entorno, como única opción verdadera de cambiar la realidad.
2. Su autorreferencia, el cual consiste en que todas las operaciones, deben venir del mismo sistema, para poder entender el entorno, (por tanto, lo que este fuera del sistema, no sirve para interpretar el entorno y cambiar la realidad)
3. El sistema debe autorreproducirse para no tener que abastecerse del entorno. (Nieto, 2008)

138 El pensamiento sistémico de Luhmann es en algunos apartados, una recopilación de los aportes dados por el funcionalismo de parsons. Este autor reconocía que, al aplicar la creación de los sistemas cerrados, en las ciencias sociales, se presentaban conceptos muy rígidos y que amenazaban seriamente la individualidad, la creatividad y la libertad. Sin embargo, Luhman va más allá, hasta llegar a proponer, que el concepto de individuo, que se erigió, como uno de los tópicos logrados por la modernidad, pase a convertirse en un dato anecdótico (es decir la supresión del individuo).

Este argumento de la supresión del individuo, es una de las más fuertes críticas que se le hace por parte de los tradicionales escuelas sociológicas europeas, ya que se estaría desconociendo los alcances logrados por el humanismo, el renacimiento, que ubicaba al individuo, como el centro del universo," Luhman quiere encontrar otros modelos de aplicación de la sociología moderna, considerando que el concepto del individuo se ha agotado como propuesta epistemológica", por ello genera una división entre la sociedad y la humanidad, concluyendo una frase lapidaria "La sociedad no está constituida por personas (Bechmann, 2002)

Luhman también es considerado entonces como un teórico universalizante, pero vago e impreciso a la hora de la aplicación de casos concretos respecto de su teoría, por eso termina, sin ser este su inicial propósito muy cercano a algunas posturas hegelianas que han llevado a considerar de paso que Luhman propone una teoría de las teorías sociológicas (Ferrajoli, 1995). El derecho no ha sido un campo ajeno a su interpretación.

El mismo autor llegó a proponer sus argumentos en las aplicaciones jurídicas, justificando la pena como factor de cohesión del sistema político-social, merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones. Presentado brevemente este panorama sociológico paso a describir como se relaciona la teoría general de los sistemas y el funcionalismo radical de Jakobs, lo cual paso a señalar a continuación.

Funcionalismo sistémico de Jakobs

El concepto de derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por Gunther Jakobs a partir de una primera fase en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estadio previo a una lesión del bien jurídico (Viquez, 2007). En esta ponencia, Jakobs manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al derecho penal del enemigo del derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el estado liberal; tesis que en aquel momento no tuvo mayor trascendencia. Y es, a partir del congreso de Berlín de 1999 que surge una segunda fase orientada hacia los delitos graves contra los bienes individuales, todos ellos necesario para combatir eficazmente el terrorismo.

Para Jakobs en (Montealgre, 2003) *“el sujeto activo de la conducta viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro (Viquez, 2007) Como se puede inferir, se ataca previamente a la posible fuente de peligro como uno de los atributos esenciales del derecho penal del enemigo.*

El autor además vendría a utilizar los aportes dados por Parsons y Luhman, aplicándolos al derecho penal, este autor llevará explícitamente el termino de sistema a la sociedad, con las mismas cualidades de ser autosuficiente, por tanto los individuos se acogen al sistema legal, los mismos pueden ser infractores de la norma, y en esa circunstancia, se tomarán las medidas para que estos ciudadanos se resocialicen, pero existe otro grupo de individuos, los cuales son incorregibles (enemigos), a los cuales el sistema deja e considerar ciudadanos, ya que no han cumplido con el rol que debieran desempeñar en la sociedad (determinismo funcional). La relación entre la teoría de los sistemas de Luhman y la concepción del derecho pena de Jakobs, se ve más palpable en la segunda característica del pensamiento sistémico. La autopoiesis.

La autopoiesis del derecho penal positivo

140 El término autopoiesis fue acuñado por (Maturana, 1973) para explicar el flujo de la vida en los distintos seres y su relación. Sin embargo, vale la pena precisar que Maturana consideró que la utilización que Jakobs y Luhman hicieron del término, no corresponde con su tesis principal. No obstante, Esta es una de las características esenciales del sistema penal de Jakobs, la ausencia de referentes externos al Derecho positivo desde los que analizar críticamente las normas. Si no existe una correlación externa del Derecho penal, no quedaría lugar, consecuentemente, para discutir sobre la legitimidad del Derecho; sólo interesa su validez, es decir, la producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia, sólo se requiere un procedimiento formal. (Cancio, 2003)

Efectivamente, en la medida que los sistemas sean autorreferentes su legitimidad depende de ellos mismos y no podría provenir desde fuera, es decir, no tendría que ver por ejemplo con consensos morales presumiéndose su fiabilidad (Nieto, 2008). Sin embargo, la desconexión con el exterior no es total, La forma como se va dando la legitimidad externa del derecho es a través de la institucionalización esto es, a partir del reconocimiento de consensos preexistentes como son los que corresponden a las instituciones.

Así pues, siendo el sistema jurídico autorreferencial, entonces se tendría que una norma jurídica se produce sobre la base de otra norma jurídica, por ello, para superar esta tautología la misma que nos llevaría a un callejón sin salida, es necesario acudir a referencias externas sin que esto rompa por cierto, la autorreferencialidad normativa, para ello ejemplos históricos de validez del derecho como la razón natural, la voluntad divina o contrato social serían como señalaría Luhmann “mentiras necesarias” que silencian el problema sin que sea resuelto.

A través de lo reseñado se observa la relación entre la teoría sistémica y el concepto de derecho penal del profesor Jakobs, y aunque hay algunos autores que manifiestan que el profesor de Bonn, no legitima incursiones bélicas como la perpetrada por el gobierno estadounidense, el calado de algunas de sus palabras conllevan directamente a legitimar todo tipo de actuaciones, antidemocráticas y antimorales, ejemplo de ello se Refleja en un apartado del mismo Jakobs Todo aquel que niegue su racionalidad de forma demasiado evidente o establezca su propia identidad de forma excesivamente independiente de las condiciones de la comunidad jurídica, ya no puede ser tratado razonablemente como persona en Derecho (Jakobs, 2007)

141

Lo anteriormente expuesto, está ligado de paso a ese principio de relación y comunicación sistémica de luhman, en el caso de Jakobs, la norma genera una comunicación clara que el ciudadano debe cumplir, teniendo de presente el contrato social (el hobbesiano ciertamente). Es este el sopote de la sanción penal, no el castigo de cualquier índole, (Kant y Feuerbach), sino la falta de capacidad de entender el sentido de una norma, lo que lleva a la sanción.

Además, también es muy ilustrativo, la formulación que realiza este autor, que denomina como prevención general (negativa y positiva), que genera los espacios para que se pueda perseguir a los delincuente, antes de infringir la ley penal, replanteando logros alcanzados a través del tiempo, al considerarse al derecho penal, un derecho penal de actos, y no, como peligrosamente se plantearía hoy, como un derecho penal de autor.(lo cual en la práctica ya se viene dando con tipos penales, como el del terrorismo).

Algunas de las características propias del derecho penal del enemigo serían:

1. Un adelantamiento de la punibilidad, es decir el cambio de la perspectiva del hecho cometido por el que se va a cometer.
2. La supresión de las garantías judiciales (incomunicación, falta de defensa técnica, etc.).
3. Las penas privativas son desproporcionadamente altas. (Nieto, 2008)

Ahora bien, si se trata de establecer diferencias entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo, por ejemplo, respecto a su finalidad, el derecho penal del ciudadano cumple una función comunicativa o simbólica, en donde el autor es reconocido como un sujeto racional aun cuando el hecho realizado no tenga validez y la norma sigue siendo parte de la realidad social, en el derecho penal del enemigo, la pena si es más enérgica y como acabamos de ver de un carácter prospectivo puesto que se combate esencialmente como ya lo anotamos contra un peligro, una amenaza que pone en riesgo el funcionamiento del sistema social. (Nieto, 2008)

142

Sin dejar de lado que paradójicamente paralelo a esta tercera velocidad del derecho penal o derecho penal del enemigo, corre el movimiento del derecho penal mínimo y flexible, que de hecho viene siendo acogido por diferentes legislaciones, obviamente esta visión del derecho se encuentra adscrita al derecho penal del ciudadano clásico. Así ha quedado entonces reseñada la caracterización teórica de la concepción del funcionalismo del Derecho penal en Jakobs.

Derecho penal de enemigo como tesis político-criminal

Desde la consolidación del estado moderno europeo en el siglo XV, muchos han sido, los que han considerado que, el estado es una construcción abstracta totalmente indispensable, para el origen del hombre civilizado de occidente, bien sea desde la óptica de pensadores como (Hobbes, 1994), el cual consideraba que los individuos antes del Estado, vivían en un estado de salvajismo y permanente conflicto, por lo tanto es la figura del estado la que conlleva al orden y la supervivencia de los seres humanos. Por tanto

“quién estuviera por fuera del contrato, no debía ser tratado como ciudadano. Lo cual también de forma implícita retomaría el mismo Jakobs en (Jimenez, 2008).

O Posturas distintas como la de (Locke, 1967), quien mantenía la tesis, que los seres humanos crean el estado, no porque vivan en unas condiciones inaguantables, sino que deciden reunirse y organizarse, para lograr mayores estadios de desarrollo y seguridad, y a partir de allí proporcionarse mayores condiciones de dignificación humana, como fueron las proclamas de la ilustración.

Sin embargo, unos y otros, defienden la constitución del contrato social, como uno de los puntos significativos de progreso, por ello quien atente contra este contrato social y la representación del estado, se convierte entonces inmediatamente en un enemigo a perseguir y a enjuiciar severamente. Claro que para esta investigación es Hobbes el mayor representante de una concepción política que persiga a los enemigos.

En su planteamiento se presenta la abnegación y la sumisión al poder del estado, ya que es la salvación humana, por eso mismo la disidencia política, generaría de nuevo un estado de guerra entre los hombres, por eso mismo el castigo y no el replanteamiento de pactos es lo que conlleva a la paz ciudadana, algo similar plantea Jakobs, cuando manifiesta que el dolor es una consecuencia de la no adherencia al sentido de las normas, por no poder entender lo que las mismas comunican. Igualmente, otros autores como Fichte en (Acerbi, 2010) quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos.

La soberanía se ha entendido como un hecho y no como un derecho, a través de la historia ha demostrado que es por medio de la imposición de la fuerza, el mecanismo mediante el cual se han yuxtapuestos unos sobre otros. El leviathan de Hobbes, cuyo pactum dominationis, comporta la preexistencia del estado frente a la sociedad, a su vez, “solo es soberano, porque tiene efectivamente entre sus manos la gran espada que garantiza la paz y la tranquilidad en la convivencia entre los súbditos (Orozco, 1999) Por ello diversos

autores entre ellos Hobbes, Weber y Luhman, han planteado que la historia del estado moderno es la historia de su construcción como monopolio de la violencia.

Volviendo a los autores centrales de la doctrina del del enemigo, Jakobs ha comenzado a inquietar a los dirigentes políticos de las sociedades postindustriales, afirmando que esta nueva “criminalidad organizada genera los mayores peligros, concluyendo que la actual concepción del derecho penal es insuficiente para luchar contra estos criminales que poseen recursos ilimitados, por tanto, según Jakobs “si la ciencia penal no quiere reconocer la necesidad de la lucha contra el enemigo la sociedad va a ser marginalizada por la falta de efectividad (Viquez, 2007).

144

También existen otras formas de representación de la soberanía, en particular resaltaré las ideas de Schmitt, quien fue un defensor de las dualidades civilizado, incivilizado primero, con lo cual la apropiación de tierras le estaba circunscrito a los europeos por encontrarse en el pináculo de la civilización. Dichos atributos hacia que solo estos pudieran reclamar soberanía sobre la *res nullius* que significaba lo que estuviera fuera de los límites de lo conocible (occidental) (Schmitt, 2006)

También sirvió de inspiración de la dualidad amigo-enemigo, estas ideas que legitiman el adelantamiento del derecho penal ya estaban presentes en Schmitt cuando manifestaba que *la enemistad es la negación del otro; tal negación queda circunscrita al ámbito de lo público de lucha entre unidades políticas. Cuando la enemistad política se intensifica, aparece la posibilidad del conflicto, de la guerra*”. (Schmitt, 1932, p 26) Para este autor la relación amigo-enemigo es entonces parte constitutiva del proceso legal y político de la soberanía, como se vio reflejado en su famoso discurso hitleriano del 13 de julio de 1934.

Por eso mismo hoy en día se está revaluando la preeminencia que se le quiere dar a la defensa de la soberanía por parte de las naciones desarrollada que sirven para perpetuar todo tipo de violaciones a las disposiciones internacionales, como en el caso de los Estados Unidos sobre Irak, lo que precisamente ha conllevado a internacionalizar esta concepción del conflicto terrorista en países

en vía de desarrollo, en Colombia este discurso ha sido aprovechado para violar todo tipo de garantías fundamentales de los ciudadanos, por la frenética persecución de la insurgencia colombiana. Concluyo sobre este aspecto, lo que pregonó Hans Kelsen respecto a la soberanía internacionalista, definición claramente distinguible de la argumentación de Schmitt.

“La idea de soberanía debe eliminarse radicalmente...” la concepción de la soberanía del propio Estado es hoy un obstáculo para todos los que pretenden que se cree un ordenamiento jurídico internacional, insertado en una organización basada en una división planetaria del trabajo; la idea de soberanía impide a los órganos especiales funcionar para que desemboquemos en el perfeccionamiento, la aplicación y la actualización del derecho internacional, bloquea la evolución de la comunidad internacional en dirección de una... cititas máxima (incluso en el sentido político y material de la palabra). Representa una tarea infinita la constitución de este Estado mundial en el cual debemos, con todos nuestros esfuerzos, colocar la organización mundial (Kelsen, 1982:327)

Derecho Penal del Enemigo. La revolución molecular como justificación del enemigo interno

145

En esta sección del capítulo realizaré una breve descripción del término revolución molecular a partir de los trabajos filosóficos de Deleuze y Guattari. Posteriormente contrastaré el concepto con la doctrina de extrema derecha política que ha manifestado que lo acaecido en Colombia en el 2021 se encuentra dentro de los parámetros de la revolución molecular disipada, quienes reinterpretan a los autores franceses en aras de renovar las teorías peligrosas en contra de la seguridad, la soberanía y los cimientos del Estado liberal. Para terminar, concluyendo que existe un *misreading*, no producto de un campo hermenéutico pobre (Bloom, 1995), sino más bien como una oportunidad de sofisticar la creación de enemigos internos, lo cual pudiera como en el pasado tener consecuencias en el derecho penal.

En la obra diferencia y repetición, (Deleuze, 1988) hace una crítica a la metafísica moderna, proponiendo una condición de ser, siempre contingente y cambiante, lo que conduce a reformular la identidad como una categoría abstracta o identificable. Por otro lado, la repetición consiste en analizar cómo se despliega el ser

en el pensamiento y para reafirmar la identidad niega un orden establecido. Esto lo conduce a un análisis material de la realidad porque al ser no le ocurren eventos reales sino más bien el ser es en sí mismo parte de estos acontecimientos.

Posteriormente Deleuze emprende un trabajo colaborativo con Guattari que lo lleva a realizar una crítica de la sociedad capitalista, a la que considera esquizofrénica porque conduce al nihilismo y la destrucción de una producción de subjetividad y de una identidad que permita una libertad aprehensible. De hecho, la alusión del libro mil mesetas, puede considerarse de manera literal como una de las muchas potencialidades, pero sobre todo actos en los que el sujeto puede devenir, lo cual estaría impedido por el binomio capitalismo-esquizofrénico (McNabb, 2021). Dicha reflexión lo lleva entonces a plantear cuáles serían las instituciones que impiden o permiten este campo de creatividad, a partir de las estructuras molar-molecular. (Deleuze G. &, 1988).

146

La institución molar, serían aquellas consideradas monolíticas, como la escuela, el Estado etc. Estas no permitirían un desarrollo de una identidad propia y conducen a una asimilación de la diferencia, esto es una alusión típicamente tomada de los trabajos de (Foucault, 2014). Por otro lado una institución molecular permite resaltar la singularidad del sujeto, siendo instituciones rizomáticas, cambiantes y dinámicas que no pueden estar ancladas a un proyecto universalista y totalizante. Aquí también tomará ideas de Bergson y Espinoza en el sentido que la sociabilidad del sujeto no depende de la abstracción ni la metafísica, sino de experiencias sensibles y empíricas con otros sujetos, a través de las máquinas dialógicas, como lo son el lenguaje (Guattari, 2000).

Finalmente el planteamiento de los autores posestructuralistas proponen que la forma de llevar a cabo una revolución molecular parte de la condición de máquinas deseantes. Para los franceses el deseo no puede considerarse desde una versión clásica como “la falta de algo”, sino más bien como una condición imanente de completud que nos permite compartir, aprender y trascender en el plano colectivo. (Guattari F, 2017)

¿Existe una estrategia internacional subversiva denominada revolución molecular disipada?

Con las sublevaciones juveniles de 2021 en Colombia, que implicaron decenas de jóvenes asesinados y encarcelados en un movimiento denominado la primera línea. El expresidente Álvaro Uribe (quien se puede considerar como precursor de la versión contemporánea del derecho penal del enemigo I). En su cuenta de Twitter manifestó que nos encontrábamos no ante una clásica manifestación ciudadana, sino que se trataría de algo nuevo, denominado como la revolución molecular disipada.

Todo indica que estas ideas son difundidas en América Latina por activistas de derecha y extrema derecha que avisan de una posible sofisticada conspiración internacional para acabar con el modelo de Estado liberal, imponiendo una ideología comunista global. Para hacer un análisis breve de algunas de sus premisas, me propongo revisar una larga entrevista dada por el ideólogo político (Sanchez, 2021)

Sánchez comienza ubicando el posestructuralismo francés como una segunda fase del marxismo. Esto de entrada es problemático porque el pensamiento filosófico del mayo francés rompe con las estructuras monolíticas que no permiten un desarrollo pleno del sujeto. Hay que afirmar entonces que Deleuze & Guattari son inspiradores de un movimiento neomarxista internacional no corresponde con los postulados de los autores. Primero porque esto son críticos de las instituciones molares, como lo explique previamente, el análisis marxista no se preocupa por las particularidades de los sujetos porque es el cambio de la superestructura económica lo determinante para el cambio social (como un ente colectivo abstracto)

Por eso igualmente resulta inexacto afirmar que estos autores piensan una revolución en términos marxistas como una lucha de clases, porque no coinciden con su argumento en favor de unas instituciones moleculares que resaltan la liberación singular a través del lenguaje, por ejemplo. Luego (Sanchez, 2021) en su entrevista manifiesta que existe una relación entre el pensamiento de Gramsci y Deleuze y Guattari, esto para hacer coincidir que existe un cambio de estrategia subversiva contemporánea (disipada) en el sentido

que los actores no son parte de grupos políticos sino que actúan como células, las cuáles no obedecen un cuerpo centralizado, pero si mantienen como premisa el derrotamiento del Estado liberar.

Este último argumento resulta improcedente porque Deleuze y Guattari no mantienen ningún diálogo con el pensamiento Gramsciano por un lado y por otro lado la posición de una revolución internacional resulta contradictorio en si mismo. Ya que un proyecto de esta naturaleza conduce a la universalidad y la abstracción, categorías molares que no corresponden con la idea de revolución en los filósofos franceses.

Conclusiones

Con base en el análisis realizado en este capítulo me permito hacer las siguientes conclusiones.

- La existencia de un derecho penal del enemigo ha estado presente en diversos momentos de la historia humana. Considero que su implementación depende especialmente de la forma en cómo se concibe la ciudadanía, la soberanía y la política criminal en cada uno de los países, pero también es cada vez mas recurrente aceptar que los fenómenos de la globalización conllevan a que la implementación de enemigos y delitos en los códigos penales, dependen de la geopolítica, tal cual como ocurre con la categoría de terrorismo.
- Otro fenómeno relevante desde el plano teórico consiste en entender como una visión filosófica y sociológica positivista científica aplicable a las ciencias naturales, conlleva a radicales traducciones al momento de ser incorporadas en las ciencias sociales. La teoría de los sistemas es un reflejo de ello. La interpretación de los sistemas biológicos, su comportamiento y forma de relacionarse con otras entidades vivas. Sufren un equivocado trasplante al pretender ser una teoría explicativa de la sociedad contemporánea. Las relaciones humanas son intrincadas y rizomáticas y la versión autopoietica que implica una autosuficiencia y una clara división entre externalidad-internacional. No contribuyen a comprender los tejidos comunicativos de un intrincado mundo global.

- La aceptación de un derecho penal del enemigo depende también del nivel de educación y formación política de las sociedades en las que se quiere incorporar, es decir que, ante un mayor nivel de cohesión y deliberación política, es menor el riesgo de la creación de enemigos internos que termine conduciendo a la violación de derechos fundamentales, por lo tanto, una democracia participativa es incoherente con la recepción del derecho penal del enemigo. Por oposición, en países con democracias frágiles y escasa formación política ciudadana, implica que el éxito de este concepto sea más factible, tal cual como ha sido promovido en Colombia a partir de la versión contemporánea del derecho penal del enemigo I.
- La nueva versión de enemigo II que ha comenzado a manifestarse desde las protestas de 2021 en Colombia. Parte de una tergiversación de la filosofía de Deleuze & Guattari y de una suerte de combinaciones que no corresponden a los análisis históricos y bibliográficos que se han podido recabar (Rudas, 2021). La creación de una sofisticación de viejos miedos se reinventa para asimilar que el diferente es un potencial enemigo que debe ser neutralizado. Considero que la academia debe mostrar como algunos discursos ideológicos son presentados como formas de verdad que terminan confundiendo y provocando rupturas institucionales, estas si comprobables y verificables en los anales de la historia.
- Sin embargo, existe algunos hechos importantes de precisar en relación con el fenómeno de 2021 en Colombia. Coincido en que esta sublevación marcó un hito político en el país, ya que fue un movimiento de masas que no tenía un poder central, ni estaba coordinado por una plataforma política de izquierda, como si ocurría a lo largo del siglo XX. Esto puede coincidir en la forma con las acaecidas en otros lugares del mundo, es decir promovidas por las plataformas virtuales, llevadas a cabo por la ciudadanía de a pie y sin unos propósitos muy claros a mediano plazo. Con esto no se puede asociar esta revuelta a una campaña internacional subversiva de la izquierda. Porque en la

forma, los ejemplos marcan que son sublevaciones espontáneas, transitorias, desconectadas y que pueden reivindicar banderas tanto de la derecha como la izquierda.

Referencias bibliográficas

Acerbi, A. (2010). *Jacobi e l'inter preta zione fichtiana della letter a a fichte* (1799). **Acta Philosophica**, 11-36.

Alvárez, L. (2015). *Biopolitics, antrhopological machine and identity: America as a free espace for violence*. **Universitas philosophica**, 65(32), 108-135.

Bechmann, G. &. (2002). *The legacy of Niklas Luhman*. **Society**, 67-75.

Bedau, A. (1988). *The death penalty in America. Current controversies*. Oxford University Press.

Bloom, H. (1995). *A map of misunderstanding*. Oxford: Oxford University Press.

Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. **Revista internacional de de derecho penal contemporáneo**, 1-25.

Castro Gomes, S. (2005). *La Hybris del punto cero. Ciencia, raza e lustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Universidad Javeriana.

De Sousa, B. (2007). *Beyond Abyssal Thinking: From Global Lines to ecologies of knowledge*. En **The Curriculum Whose internalization?** (págs. 45-70). Oxford: Peterlang.

Deleuze, G. &. (1988). *Mil mesetas. Capitalismo y Esquizofrenia*. Pre-textos.

Deleuze, G. (1988). *Diferencia y repetición*. Amorrortu Editores.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Foucault, M. (1968). *Las palabras y las cosas translated by Elsa Cecilia Frost* (Second ed.). Buenos Aires: Siglo veintiuno editores Argentina.

Foucault, M. (2014). *Del gobierno de los vivos* (Second ed.). México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Galindo, C. (2005). *De la Seguridad Nacional a la Seguridad Democrática: nuevos problemas, viejos esquemas*. **Estudios Socio-jurídicos**, 496-543.

- Guattari, F. (2000). *The three ecologies* (English version ed.). London: The Athlone Press.
- Guattari, F. (2017). *La revolución molecular*. Kadmos.
- Hobbes, T. (1994). *Leviatán II*. Barcelona: Altaya.
- Jakobs, G. (2007). *Norm, Person, Gesellschaft : Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Duncker & Humblot.
- Jimenez, M. (2008). *Sobre la distinción de Günther Jakobs entre 'derecho penal del ciudadano' y 'derecho penal del enemigo'*. **Teoría & Derecho**, 191-206.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. UNAM.
- Locke, J. (1967). *Two Treaties of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lola Aniyar, R. (2013). *Las políticas criminológicas regresivas en el siglo XXI*. **Revista de derecho penal y criminología**, 91-100.
- Luhmann, N. (1995). *Social Systems*. translated by J. Bednarz Jnr. and D. Baecker. Stanford: Stanford University Press.
- Maturana, H. &. (1973). *Autopoiesis & cognition. The realization of the living* (Second ed.). Boston-London: Reidel Publishing company.
- McNabb, D. (28 de 04 de 2021). *Revolución Molecular*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=LcwoB2NzKRg>
- Montealgre, E. (2003). *El Funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia.
- Nieto, E. (02 de 01 de 2008). *Nomos contra anomos*. Obtenido de <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/01/derecho-penal-del-enemigo.html>
- Orozco, I. &. (1999). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Temis.
- Peña, R. (2004). *La seguridad democrática o la parábola del retorno*. **Estudios socio-jurídico**, 299-325.
- Riquert, F. &. (2016). *Teoría penal de excepción: El Derecho Penal del enemigo y su relación con el Estado de Derecho*. **Jurisprudencia argentina**, 100-125.

Rodriguez, C. (2006). *Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina*. En C. G. Rodriguez, **¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia** (págs. 405-471). Bogotá: Norma.

Rodriguez, C. (2011). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Rudas, G. (2021). *Conversaciones en contrapunteo*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=-Mij3JyveLE&t=4209s> Fecha de consulta 27 de abril de 2021

Sanchez, A. *El montonero*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=5PWNgXzzaJA> Fecha de consulta 23 de mayo de 2021 .

Schmith, C. (1932). *Der Begriff des Politischen*. Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2006). *The nomos of the Earth: In the International Law of the Jus Publicum Europaeum* translated by Ulmen, G. New York: Telos Press Publishing.

152

Silva, M. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Civitas.

Simmons, B. (2009). *Mobilizing for human rights. International law in domestic politics* (First ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

Viquez, K. (2007). *Derecho penal del enemigo. Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro*. **Política criminal**, 1-18.

Zaffaroni, E. (2005). *Derecho penal de los extraños*. En F. & Ripol, **Dogmática penal y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo**. Legis.

Desafíos jurídicos en la protección de los derechos de comunidades indígenas en Colombia y Chile*

Lina Marcela Martínez Durango**, Guissepe D'Amato Castillo***, John Campos Benavides****

Resumen

Este trabajo da tiene como objetivo analizar los desafíos jurídicos en la protección de los derechos de las comunidades indígenas de Colombia y de Chile dentro de sus ordenamientos jurídicos y sus formas de vida, así como algunos fallos relevantes para la defensa de los derechos las comunidades indígenas. Se hace un análisis comparado de las legislaciones en la materia de ambos países, y los desafíos que tienen en esta materia. Tiene como objetivo evaluar la evolución jurisprudencial y legal del derecho en la protección de derechos fundamentales de las minorías étnicas. El diseño metodológico hace una revisión conceptual, histórica y jurídica sobre la protección de los derechos de comunidades nativas de dos países latinoamericanos. Dentro de los resultados parciales se encuentran factores que afectan la calidad de vida, y afectan de forma directa la subsistencia de las minorías étnicas.

153

Palabras clave: Pueblos originarios, indígenas, legislación, Colombia, Chile.

* Este capítulo es resultado del proyecto de investigación “Evolución histórica, política, social y legal en la protección de las minorías étnicas y sexuales en la región Caribe colombiana” (Código del proyecto: INV.1314-01-011-16) del grupo de investigación Derecho, Política y Sociedad de la Universidad de la Costa-CUC (Colombia).

** Correos de contacto: lmartine117@cuc.edu.co / Immardur@alu.upo.es. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3513-6835>

*** Correos de contacto: gdacas@alu.upo.es / guisepe.damato@usa.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6239-789X>

**** Correos de contacto: jcb.abog@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6644-4312?lang=en>

Legal challenges in the protection of the rights of indigenous communities in Colombia and Chile

Abstract

This work reveals some legal challenges in the protection of the rights of the indigenous communities of Colombia and Chile within their legal systems and their ways of life, as well as some relevant failures when it comes to protecting the interests of the communities. A comparative analysis is made of the indigenous legislation of both countries, and the challenges they have in this matter. Its objective is to evaluate the jurisprudential and legal evolution of the law in the protection of fundamental rights of ethnic minorities. The methodological design makes a conceptual, historical and legal review on the protection of the rights of native communities of two Latin American countries. Within the partial results are factors that affect the quality of life, and directly affect the subsistence of ethnic minorities.

Keywords: Indigenous people, natives, legislation, Colombia, Chile.

Introducción

154

Los objetivos de este capítulo son dar a conocer los desafíos jurídicos de las etnias, también llamados por algunos pueblos originarios, tanto de Colombia como de Chile, como también reconocimientos constitucionales en esta materia en ambos países. Se busca visibilizar aquellas normativas legales y constitucionales que den sustento a este desafío internacional que se hace cada vez más relevante, y que se discute en foros, cuyos objetivos son avanzar en los reconocimientos que las minorías étnicas deben tener específicamente en nuestra región latinoamericana (Martínez Durango, D Amato Castillo , Navarro Suarez, & Berdugo Blanco, 2021).

Otro de los objetivos es dar a conocer fallos relevantes en materia legal y constitucional, y que den cuenta de algunos procesos que han sido incubados en ambos países, y los fallos respectivos de los altos tribunales (Martínez Durango, Gutiérrez Reyes, D Amato Castillo, Freja Calao, & Bermejo Galán, 2021). Se hizo una aproximación mediante un análisis de los impactos de esos reconocimientos (específicamente en el caso de Colombia), y el proceso en curso que se realiza en Chile. También veremos cómo estos fallos vienen a incidir en los procesos

sociales y económicos de ambos pueblos, y la reivindicación de las justas demandas por falta de acceso o reconocimiento a las raíces culturales y pueblos anteriores a la presencia de la monarquía española, y que hoy son de interés jurídico internacional. También se analizaron como estas contingencias y movimientos étnicos han llevado a un proceso de ideologización indigenista que, si bien se introducen en la discusión, viene a oscurecer un debate equilibrado de aquellos elementos objetivos en la historia de nuestros territorios, pero que son utilizados por organismos internacionales para debilitar la soberanía de nuestros pueblos.

El presente trabajo hace una revisión conceptual, histórica y jurídica sobre los desafíos en la protección de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia y Chile. La investigación se desarrolló a partir de un enfoque cualitativo con un instrumento de recolección de información de revisión bibliográfica desde el método etnográfico y con una perspectiva interpretativa, el cual definido por pretender la comprensión y explicación de situaciones dentro de contextos sociales y culturales en los que se interactúa apoyado en la convicción de que las tradiciones, roles, valores y normas del ambiente, en las cuales se vive y se van regularizando, y pueden llegar a explicar la conducta individual y grupal en forma adecuada (Ballén Ariza, 2007). El método etnográfico permite describir, interpretar y teorizar; inicialmente utilizado en la antropología para estudiar comunidades étnicas y culturales, pero en las últimas décadas es usado por otras disciplinas y ramas de las ciencias (Martínez Durango, 2022).

155

Leyes indígenas de Colombia

En esta parte del capítulo se abordan las aquellas leyes que, a nuestro modo de ver, son las más importantes y que dicen relación con la evolución jurídica que se ha producido en esta materia en Colombia (Martínez Durango & D Amato Castillo, 2022). La **ley 89 de 1890** reconoció la existencia de comunidades indígenas o desfavorecidas al permitir su representación a través de cabildos. Entre las leyes formales y sustantivas más importantes se encuentra parte del mandato de proteger a las comunidades indígenas y representarlas.

Concordante con la Constitución Nacional, la **ley 99 de 1993** orgánica del Ministerio del Medio Ambiente, ordena que la

explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y para este caso, el artículo 76 establece que las decisiones se toman previa consulta a los representantes de dichas comunidades, teniendo en cuenta que han desarrollado relaciones sociales, culturales y económicas con los recursos naturales.

En este sentido la **ley 99 de 1993** desarrolla el mandato Constitucional y concreta la función del Estado en cuanto al reconocimiento de la participación y la protección de especial de los derechos, integridad, diversidad étnica y cultural, en el contexto ambiental de los proyectos (Unidad de Planeación Minero Energética, 2022).

Ya podemos reconocer en este proceso de evolución jurídica que la preocupación por parte del legislador viene a satisfacer el reconocimiento a una realidad innegable, y que consiste en sustentar mediante el derecho los legítimos reconocimientos de todos aquellos grupos de personas que pertenecían o pertenecen a ciertas etnias y cuya existencia en los territorios de Colombia es anterior a la llegada de la monarquía española (Navarro Suárez, Martínez Durango, D Amato Castillo, & Cabera Merlano, 2018).

Ley 1381 de 2010 sobre Lenguas Nativas. Esta ley tiene como objetivo reconocer, promover y proteger las lenguas indígenas en Colombia. Así, establece el derecho al uso de la lengua en las acciones y procedimientos ante los órganos reguladores gubernamentales. Las autoridades competentes tienen la obligación de publicar la información en el idioma de los beneficiarios y el derecho a actuar en su propio idioma en las administraciones judiciales que preste, con la asistencia gratuita de intérpretes y abogados defensores que conozcan el idioma (CEPAL, 2010).

Decreto 1953 de 2014. Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política. En este caso específico, y en esta materia, el legislador de Colombia busca regular mediante este decreto un tema complejo, pero que es la base fundante que se recogerá con posterioridad en la Carta Fundamental.

Decreto 2719 de 2014. Por el cual se definen los parámetros y el procedimiento que los Resguardos Indígenas deberán cumplir para acreditar la experiencia y/o buenas prácticas como requisito para la ejecución directa de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones. A mayor abundamiento, este nuevo decreto viene a ratificar la voluntad expresa por parte del legislador de querer regular todas estas actuaciones específicas y que buscan resguardar el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de las etnias.

Reconocimiento de las etnias en Colombia

Con la puesta en vigencia de la nueva Constitución colombiana, el 7 de julio de 1991, comenzó una nueva era para los indígenas del país (Villa & Houghton, 2004). Con la participación de tres representantes indígenas, la Asamblea Constituyente incorporó amplias disposiciones sobre el derecho indígena en el texto constitucional que en su conjunto conforman una constitución indígena (Semper, 2006) En ese orden de ideas, con la Constitución de 1991, Colombia ratificó a través de la Ley 21 de 1991, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en donde se partió del principio de que en muchos lugares del mundo las minorías étnicas y tribales no gozaban de los derechos fundamentales en la misma condición que el resto de la población nacional" (Burgos, 2003). Con lo anterior, la autoridad legislativa de Colombia viene a satisfacer los estándares y exigencias del Derecho Internacional en estas materias, dando una señal clara de que el Estado a través de la ley fundamental recoge los legítimos intereses de las etnias, y asume la responsabilidad de conducir los resguardos de las culturas de los pueblos originarios y sus derechos (Monje, 2015).

Cabe mencionar que en los últimos años se ha producido un cambio fundamental de concepción en la doctrina jurídica y en la ciencia política, sobre derechos de las comunidades indígenas. En la Constitución Colombiana se manifiesta claramente este cambio, cuyas implicaciones empiezan a tener una trascendencia que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico. La existencia en el país de 81 grupos

étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450 mil indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural”. Acá existe un proceso real, no solo de reconocimientos de las etnias, sino que el Estado hace un esfuerzo por integrar a través de la ley y reconocimientos específicos el aporte y la riqueza de las etnias y pueblos originarios, es decir, Colombia mediante esta incorporación legislativa, agrupa tras el objetivo de Estado-nación de conducir los legítimos intereses y diferencias de quienes buscan alcanzar un reconocimiento en la diversidad y en pos de un objetivo común (Archila, 2010).

Reconocimiento constitucional

En esta parte de nuestro trabajo, se desarrolla lo establecido por el legislador de Colombia viene a expresar su más plena voluntad de consagrar en la ley más importante de la República de la voluntad para reconocer la presencia histórica, los derechos y características particulares de las etnias, en un proceso integrador de las calidades y el aporte cultural de los distintos pueblos.

158

Artículo 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 63: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 72: El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Artículo 171: Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

Artículo 321: Las provincias se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento.

Artículo 329: La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

159

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.

4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Secretaría General del Estado, 2022)

160

Todo lo anterior viene a reflejar la voluntad expresa del legislador, que en búsqueda del Estado-nación de Colombia, recoge la riqueza y la evolución del Derecho Internacional en estas materias, y consagra en la ley normando los principios básicos que darán pie a un camino de integración y reconocimiento étnico con todo lo que ello significa (Sánchez, 2010).

Fallos Corte Constitucional

A mayor abundamiento, y como lo hemos desarrollado en la parte anterior de nuestro trabajo, otro órgano del Estado, y en esta ocasión aquel que está llamado a velar por la constitucionalidad de las leyes, viene a refrendar fallos relevantes y contundentes que confirman que la voluntad política de la nación viene a proteger mediante el resguardo y objetividad de la ley fundamental (Morales, 2017), todos aquellos principios que inspiran a la Carta Fundamental y que dan soporte al resto de la estructura jurídica de Colombia (Gros, 1991). “Ahora bien, aunque los miembros de los pueblos indígenas gozan de los mismos derechos individuales que cualquier otro colombiano, la Corte Constitucional desde sus primeros fallos ha

reconocido también a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho autónomos, diferentes a los miembros que lo componen y, por ende, con derechos y obligaciones como tales” (Burgos , 2003).

Sentencia T-652/98: Acciones de tutela contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. - E.S.P., por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

Temas: Derecho a la integridad territorial y al dominio sobre el resguardo, y su relación con el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental, a una agraria de alto impacto y menor productividad.

Resuelve:

Primero: **Revocar** las sentencias proferidas en el proceso radicado bajo el número T-168.594 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y la Corte Suprema de Justicia, y la proferida en el proceso radicado bajo el número T-182.245 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú.

161

Segundo. **ORDENAR** al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedan, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cada una de esas entidades en lo que es de su competencia legal, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación.

Tercero. **ORDENAR** a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. que indemnice al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora

los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Sentencia N.º T-380/93: En el proceso de tutela T-13636 adelantado por la ORGANIZACION INDIGENA DE ANTIOQUIA (O.I.A.), agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERA-CATIO de CHAJERADO, contra la CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO DEL CHOCO (CODECHOCO) y la COMPAÑIA DE MADERAS DEL DARIEN (MADARIEN).

La Organización Indígena de Antioquia, por intermedio de apoderado y en calidad de agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERA-CATIO de Chajeradó, Municipio de Murindó, Departamento de Antioquia, interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN), por considerar que la omisión de la primera y la acción de la segunda vulneran y amenazan los derechos fundamentales de la comunidad indígena, entre ellos los derechos a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica - cultural y territorial -, el derecho a la especial protección del Estado como grupo étnico, los derechos de los niños y los derechos consagrados en tratados internacionales sobre Pueblos Indígenas, particularmente el Convenio 169 de la O.I.T. ratificado por la ley 21 de 1991.

Resuelve: Primero: **REVOCAR** los numerales 1º y 2º de la sentencia de marzo 26 de 1993, proferida por la Sala Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el sentido de conceder la tutela solicitada y, en consecuencia, ordenar al Representante Legal de la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de la presente providencia, de inicio a las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito que tuvo lugar en el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó entre junio de 1988 y noviembre de 1990, y, luego de la cuantificación de los daños causados, ejerza contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación, sin perjuicio de las que

eventualmente instauren la comunidad lesionada o sus miembros.

Parágrafo: La actuación administrativa que debe iniciarse dentro del término indicado deberá concluir con la cabal ejecución del programa de restauración ambiental que se adopte, y deberá necesariamente ser supervigilado por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, entidad a la cual se encuentra adscrita la Corporación Nacional para el desarrollo del Chocó.

Segundo: **CONFIRMAR** los numerales 3º al 6º de la precitada sentencia, en el sentido de prevenir a las autoridades y a los particulares para que en la explotación de los recursos naturales renovables se abstengan de realizar cualquier acción que, con violación de las normas constitucionales y legales, destruya o amenace destruir el ecosistema en la zona del resguardo indígena Emberá-Catío del río Chajeradó.

Tercero: **ORDENAR** al Juzgado Tercero Agrario del Circuito Judicial de Antioquia ejercer la vigilancia efectiva de lo ordenado en esta providencia e imponer las sanciones respectivas en caso de incumplimiento, de conformidad con el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991.

163

Cuarto: **NOTIFICAR** esta providencia al director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional.

Quinto: **LIBRESE** comunicación al Juzgado Tercero Agrario del Circuito Judicial de Antioquia con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Sentencia N.º T-188/93: CRISPIN LOAIZA VERA [y otros], miembros de la comunidad indígena **Paso Ancho, asentada en la Vereda de Chicumbe**, Municipio de Ortega, Departamento del Tolima, interpusieron acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra el **Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA**, seccional Tolima, representado por su Gerente General y solicitaron del juez ordenar que en un breve plazo se realicen estudios socio-económicos y jurídicos tendientes a constituir sendos resguardos sobre el predio Chicumbe, actualmente ocupado por las comunidades de Paso

Ancho y San Antonio, de manera que la mitad del área se destine a los naturales de Paso Ancho. Los peticionarios sostienen que la omisión de la autoridad además de desconocer la ley en lo atinente a la constitución de resguardos contribuye a la violación y amenaza de los derechos a la propiedad y a la vida de los integrantes de su comunidad ante la arremetida del grupo de San Antonio que a fuerza de amenazas pretende desalojarlos de su territorio.

Resuelve:

Primero: **REVOCAR** la sentencia de noviembre 9 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Segundo: **CONCEDER** la tutela solicitada y, en consecuencia, **ORDENAR** al Gerente Regional del Instituto de Reforma Agraria, INCORA, seccional Tolima, la realización de los estudios socioeconómicos y jurídicos tendientes a la constitución de uno o varios resguardos sobre el predio CHICUAMBE en la jurisdicción de Ortega, Tolima, dentro de los estrictos y precisos términos establecidos en la ley, el cual fuera entregado materialmente al Cabildo de la Comunidad de Paso Ancho.

164

Tercero: **LIBRESE** comunicación al Tribunal Administrativo del Tolima con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Acá queda de manifiesto en estos fallos relevantes y de contundencia legal constitucional que efectivamente ante las posibles vulnerabilidades de los principios consagrados en la Carta Fundamental ha venido a ratificar el lugar y valor innegable que las etnias, su cultura, y el respeto a sus territorios tienen y están consagrados en la ley normando (Castillo, 2007). Esta alta corte constitucional ha ratificado en innumerable oportunidad de identidad cultural, y que está protegido por la Carta Fundamental, y en concordancia con el resto de todo el ordenamiento jurídico.

Leyes indígenas en Chile

En esta parte de nuestro trabajo, vamos a abordar que leyes o normativas jurídicas más relevantes, han venido acompañando este proceso histórico de reconocimiento legal y constitucional de las etnias y pueblos originarios. Es importante que podamos sustentar que, en

la historia chilena, la unidad territorial bajo el concepto de Estado-nación siempre ha sido un objetivo que las leyes más importantes de la República han tenido como un objetivo certero. Desde los inicios de la historia nacional, y como una forma de distanciarse de la influencia monárquica española, los Padres de la Patria, y en especial la figura del Director Supremo don Bernardo O'Higgins, sentenció que bajo los nuevos conceptos de la libertad y la independencia de Chile, existía una historia que se integraba entre las etnias y los pueblos originales y la riqueza de la mezcla cultural y el mestizaje entre indígenas y españoles, como también la presencia de migrantes que, viniendo de otras latitudes del mundo, se incorporaron mediante el trabajo y el compromiso a la identidad nacional.

Recogemos este antecedente histórico, pues consideramos importante para abordar lo que ha acontecido en Chile, situarnos en la voluntad política del Padre de la Patria, don Bernardo O'Higgins, para quien indistintamente de su origen, todos eran chilenos. Conocida era su cercanía con la etnia mapuche, pues desde su infancia había compartido con los hijos de los loncos y caciques en su educación. Ese antecedente es digno de considerar, al reconocimiento constitucional de las etnias y pueblos originarios, y es que, en el caso chileno, siempre se miró con una política de integración social y cultural, hasta la entrega de territorios posterior a la Guerra del Pacífico. Sin embargo, a pesar de esta aparente lentitud legislativa, la unidad nacional siempre sostuvo e incorporó el aporte y la riqueza cultural de las etnias. Sin embargo, y con posterioridad a los procesos políticos propios de los pueblos, y los desafíos del Derecho Internacional, al igual que Colombia, la República de Chile vino a consagrar mediante leyes especiales el reconocimiento de las etnias en el país.

165

Ley Indígena N° 19.253 Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, Y Crea La Corporación Nacional De Desarrollo Indígena.

Reconocimiento de las etnias en Chile

Artículo 1. Ley N° 19253: El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para

ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

El Estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita y Chango del norte del país, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo con sus costumbres y valores.

Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Artículo 7°. El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

166

El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.”

Todo lo anterior viene a corroborar efectivamente nuestra introducción al capítulo específico del reconocimiento étnico por parte del Estado de Chile a estos pueblos que están presentes desde la época precolombina. Siempre fue de la naturaleza esencial del legislador y de la voluntad política reconocer e integrar a todas aquellas etnias y culturas que estaban y están presente a lo largo del territorio nacional, y que han enriquecido la identidad propia de Chile, sin embargo, a pesar de aquello, las exigencias de estándares internacionales han desafiado al Estado de Chile para tener una postura mucho más clara y proactiva respecto de este tema

Iniciativa de reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas

En esta parte de nuestro trabajo, dejamos expresa constancia de la iniciativa por parte del legislador de reconocer constitucionalmente la presencia, riqueza, aporte e importancia de las etnias y los pueblos

originales, sin embargo, esta intención ha quedado suspendida por la falta de consenso y voluntad política por parte de los gobiernos de centroizquierda, que si bien han tenido mayoría permanente en el Senado de la República, han sido capaces de concretizar un proyecto de suma relevancia y que pondría al Estado-nación chileno a la par de otros ordenamientos jurídicos en esta materia.

En este sentido, el legislador consideró “que es un deber de la sociedad chilena reconocer expresamente a los pueblos indígenas dentro de la Carta Fundamental, como demostración del respeto y del interés de la nación chilena por sus tradiciones y su cultura”. Y que, si bien existe una conciencia y orgullo de su identidad originaria, los miembros de estos pueblos originarios “igualmente se sienten y son parte de la Nación chilena. Por otro lado, la Nación chilena es imposible de comprender sin valorar los aportes diversos efectuados por los pueblos indígenas originarios y por los emigrantes que poblaron nuestro país”.

Proyecto de Reforma Constitucional

Artículo Primero: Modificase el artículo 2° de la Constitución, introduciéndose los siguientes incisos primeros y segundos, pasando el actual a ser el inciso tercero:

167

‘La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales’.”

Artículo Segundo: Añádase al último inciso del N° 2 del Art. 19, la siguiente oración final: Entre otras, no se podrán establecer diferencias arbitrarias que se funden en el origen étnico o racial de las personas” (Senado de la República de Chile, 2007).

El texto iniciativo recoge el espíritu de la unidad del Estado, e integra a la Carta Fundamental aquellos valores innegables que la riqueza cultural viene acompañada de todas las etnias y pueblos originales de la época precolombina en adelante. La falta de voluntad política ha traído como consecuencia que uno de los elementos que hoy están en la esfera pública, a propósito del proceso

convencional chileno, nos tiene atrapados como sociedad política en la disyuntiva de encontrar el equilibrio de la integración de las etnias con la presencia de un indigenismo internacional que busca socavar la unidad nacional y la identidad chilena. El desarrollo de los acontecimientos a la fecha de este trabajo, no conocemos la implicancia de este concepto de plurinacionalidad que se ha manifestado en la propuesta constitucional que fue rechazada el 4 de septiembre de 2022 en Chile.

Fallos Corte Suprema.

La estructura jurídica nacional chilena también se ha visto desafiada ante el surgimiento de conflictos en que han estado involucrados los intereses de las etnias y sus culturas. Lo anterior ha tenido la respuesta a través de algunos fallos relevantes que a continuación vamos a exponer.

Rol 19268-2018: Namoncura Callulao José Víctor con Araneda Pererira Juan Contardo

168

En fallo unánime, la Corte Suprema confirmó la sentencia que acogió demanda de nulidad absoluta de venta de predio indígena en la comuna de Cañete. La sentencia sostiene que como se consignó, se denuncia la conculcación de lo dispuesto en el artículo 2 del DL 2695, que fija los requisitos que debe cumplir el solicitante para que se le reconozca la calidad de poseedor regular de aquella propiedad respecto de la cual no tiene título a fin de adquirirla por prescripción; el artículo 12 de la Ley N.º 19.953, que indica qué tierras son indígenas; artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, que el libelo impugnatorio sostiene ‘sólo se limita a enumerar los distintos instrumentos que pueden ser considerados instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan ese carácter y señala los cinco casos de instrumentos públicos sin darle ningún valor probatorio’, y lo cierto es que se refiere a la citación a oír sentencia; finalmente, el artículo 1700 del Código Civil, que regula el valor probatorio de los instrumentos públicos.

La resolución agrega que el recurso debió denunciar también infringida la norma del artículo 8 del DL 2695, que excluyó del procedimiento que regla dicho cuerpo legal a ciertos inmuebles,

entre ellos, las tierras indígenas regidas por la Ley N.º 17.729, que fue derogada por la Ley N.º 19.253, disposición legal que fue tenida a la vista por los tribunales del grado para acoger la acción por no reunirse al efecto los presupuestos de hecho previstos en la misma para obtener la regularización del inmueble de marras, por lo que se ha privado a esta Corte de casación de los elementos necesarios para decidir la controversia precisando el recto sentido y alcance de la disposición decisoria litis atinente a la materia debatida (Corte Suprema de Chile, 2018).

Rol 65.349-2016

Asociación Indígena Koñintu Lafken-Mapu Penco con Servicios de Evaluación Ambiental Región del Bio-Bio y Comisión de Evaluación Ambiental Región del Bio-Bio. La Corte Suprema, decidió acoger el recurso, en consideración a que la decisión de término anticipado de la consulta indígena no cumplía con los requisitos establecidos en el Convenio N.º 169 de la OIT sobre la consulta previa a pueblos indígenas. Así, sostiene que este proceso tiene por objeto la participación efectiva de la Asociación Indígena que se vería afectada por el proyecto, por medio de su participación e influencia activa en la implementación, ubicación y desarrollo del proyecto de inversión, motivo por el cual, la sola declaración del titular del proyecto de que con las modificaciones introducidas no se generarían impactos significativos a las comunidades indígenas, no sería suficiente para poner término a la consulta. Agregó luego, que lo que procedía en dicho caso era incorporar la información introducida por la Adenda Complementaria a la consulta indígena, y que dicha información de ninguna forma facultaba a la autoridad ambiental a poner término anticipado al proceso ya iniciado.

169

“(...) la decisión contenida en el acto recurrido, no se ajusta a las especiales características que posee la Consulta Indígena, por cuanto de lo que se trata, es precisamente de implementar un proceso de participación efectiva con la Asociación Indígena supuestamente afectada, no constituyendo argumento suficiente el esgrimido por la autoridad ambiental, al sostener que de la nueva información contenida en la Adenda presentada por el titular del proyecto ha cambiado su parecer y estima actualmente que el proyecto presentado no presenta una alteración significativa del medio ambiente

Resuelve: Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintisiete de agosto de dos mil dieciséis y, en consecuencia, se acoge el recurso de protección deducido, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 214/2016 de 17 de junio de 2016, del Director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Bio-Bío por la que se pone término anticipado al proceso de Consulta Indígena Iniciado (Corte Suprema de Chile, 2016).

En estos fallos del tribunal más importante de la República, queda de manifiesto que el Estado de Chile cumple lo que establece la Ley Indígena, dando así protección y seguridad legal ante las posibles vulnerabilidades o amenazas que a través del tiempo pudiesen afectar los derechos de las comunidades indígenas.

Nuevos desafíos para Colombia y Chile

Nuestro trabajo busca generar una relación entre las historias y evoluciones jurídicas de Colombia y Chile. Podríamos sostener lo siguiente:

1. La presencia de ambos territorios y países de pueblos y etnias originarias de épocas pretéritas, y que se encontraron enfrentados a la monarquía española, es decir el encuentro entre dos mundos.
2. Desde los albores de la independencia de nuestros países siempre han existido iniciativas para reconocer la presencia y la riqueza cultural de las etnias.
3. El legislador colombiano ha sido mucho más proactivo en esta materia, y ha logrado consagrar en la Carta Fundamental lo que en el caso chileno aún está pendiente y discusión.
4. A pesar del esfuerzo de los legisladores, tanto colombianos como chilenos, los efectos de una integración tardía han venido a transformar este tipo de procesos históricos en conflictos muy profundos y que han sido usados por organismos internacionales para debilitar efectivamente las autonomías legislativas que nuestros pueblos defienden.

5. El derecho internacional ha permeado positivamente nuevos estándares que efectivamente desafían a nuestros legisladores para responder a una mayor integración del aporte y riqueza cultural, y el reconocimiento de nuestras etnias y pueblos originales.
6. A pesar de que, en el caso de Colombia, el reconocimiento constitucional está consagrado, a diferencia del caso chileno, los hechos actuales dan cuenta de una falta de creatividad legislativa para responder efectivamente a las necesidades manifestadas por estas etnias y que efectivamente estén dentro de las propias identidades nacionales, como una forma de no debilitar la soberanía de nuestros Estados-nación, y es que a la falta de proactividad legislativa, pudiese ser que organismos u ONG internacionales adquieran mucho más protagonismo en estos temas.
7. En el caso específico de Chile, se encuentra un período crucial, por el cual, a través del voto informado, si es que efectivamente este concepto plurinacional va más allá de lo que actualmente se tiene como integración cultural.

171

Los desafíos son urgentes y dicen relación a nuestro modo de ver con las siguientes etapas:

- a) Un catastro real de representantes o integrantes de las etnias originales, es decir, el número real de quienes son parte de los pueblos originarios, y no aquellos que, mediante el abuso y el engaño, se arrogan una representación inexistente.
- b) A nuestro modo de ver, los Estados-nación de Colombia y Chile requieren adecuar la infraestructura del Estado para efectivamente responder a través de normativa específicas.
- c) Es importante acoger el aporte de organismos internacionales y ONG que se han especializado en estas materias, sin embargo, vemos con preocupación que estas mismas se conviertan en “negocios lucrativos” que usando y abusando de la ignorancia de nuestros pueblos, arrastran a nuestras naciones a un deterioro en la identidad y resguardo de la nación. Los hechos dan cuenta de la

necesidad urgente de incorporar a la discusión de estos temas a quienes específicamente pertenecen o son de las etnias y pueblos originales, y no a quienes dicen representar sus “intereses”.

- d) La riqueza legislativa y la experiencia en la solución de este tipo de conflictos de otros países, de otras culturas, podría efectivamente colaborar en las nuevas miradas de los reconocimientos étnicos, pero siempre teniendo presente las realidades tanto de Colombia como de Chile.

Conclusiones

Se puede concluir que efectivamente en el caso de Colombia y Chile existen reconocimientos jurídicos y legales de las etnias, con la diferencia de los principios constitucionales sustentados en la Carta Fundamental de Colombia, y que dan cuenta de una preocupación concreta por parte del legislador (Figuera, 2015). También podemos sostener que este tema ha venido efectivamente a ocupar la agenda internacional, y cuyos efectos los podemos constatar en nuestros respectivos países, y especialmente durante los últimos tiempos en que la violencia callejera ha hecho de la protesta un espacio, a nuestro modo de ver equivocado, de reivindicar los derechos de las etnias y los pueblos originarios, es decir más allá del reconocimiento constitucional como lo es en el caso de Colombia o legal en el caso de Chile, existe una percepción de que este tema no se agota ni se ha respondido por la voluntad política del legislador (Cimadamore, 2006).

Los fallos de tribunales, tanto colombianos como chilenos, recogen efectivamente el espíritu del legislador, sin embargo, también dan cuenta de que se requieren otros espacios de discusión a quienes realmente son parte del origen de aquellas etnias que han estado presente en nuestros territorios, es decir, la opinión pública necesita acercarse mucho más a conocer la realidad que afectan a nuestras etnias y pueblos originales y como el Estado ha sido incapaz de satisfacer sus legítimas demandas. Entendemos que estos derechos son de última generación, sin embargo, la realidad concreta de nuestros países es que somos naciones en vía de desarrollo y que, a

pesar de los modelos económicos, nuestros Estados no son capaces de satisfacer las necesidades más básicas de la población, ni menos aquellas necesidades de reconocimiento cultural por parte de las etnias. Los ordenamientos jurídicos de nuestros países dan cuenta de una realidad innegable, y que somos proyectos políticos sociales inacabados, y que más allá de los esfuerzos que en ciertos momentos de la historia han acontecido, este tema tan complejo y profundo nos van a acompañar durante mucho tiempo.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, consideramos que es muy relevante poner este tema en el centro de discusión de la vida académica, pero con un enfoque distinto, es decir, en nuestras conclusiones queremos proponer que las casas de estudio y cuya vocación por el saber es la razón de su existencia, puedan crear unidades o departamentos donde el tema de las etnias y los pueblos originales puedan ser estudiados y trabajados en forma sistemática, y nazcan de estos lugares iniciativas económicas, sociales, políticas, jurídicas, religiosas que vengan a iluminar el trabajo de nuestros legisladores, y que mantengan fielmente la preocupación que debe tener un Estado moderno y democrático para satisfacer las necesidades de todos sus integrantes. También podemos concluir que resulta innegable la riqueza y aportes de las etnias presentes desde siempre en Colombia y Chile, y que más allá de los conflictos que se han sostenido en el tiempo, sus integrantes están insertos y han alcanzado algunos espacios en el desarrollo de sus propias identidades, lo cual por cierto requiere efectivamente el apoyo por parte de la sociedad.

173

También podemos concluir que se requiere efectivamente sincerar el tema de las etnias, pues a nuestro modo de ver, existe un uso y abuso por parte de ideologías rupturistas que van horadando la unidad de nuestros pueblos en la diversidad de nuestras culturas, y que vienen a impedir que la sociedad en su conjunto alcance el desarrollo y el progreso con el aporte y la riqueza de las diferencias. Se va a requerir efectivamente centros de pensamiento sociales y políticos, pero en especial de aporte jurídicos mucho más creativos que puedan permear la evolución de reconocimientos étnicos por parte de los procesos constitucionales de nuestros pueblos, y

finalmente creemos que las universidades son los espacios para recoger las riquezas y el conocimiento cultural de nuestras etnias, darles el lugar que les corresponde, y avanzar hacia una comunidad dotada de talentos y orígenes históricos distintos, pero que están en búsqueda permanente del bien común.

Referencias bibliográficas

Archila, M. (2010). *Significado del bicentenario de la independencia para los indígenas colombianos*. Bogotá: UST.

Ballén Ariza, M. (2007). *Abordaje hermenéutico de la investigación cualitativa. Teorías, procesos, técnicas*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

Burgos, F. (2003). *Las minorías étnicas en la Constitución colombiana*. **Revista Derecho del Estado**.

Castillo, L. (2007). *Etnicidad y nación: el desafío de la diversidad en Colombia*. Cali: Universidad del Valle.

CEPAL. (02 de 03 de 2010). *Ley sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia y sobre sus derechos lingüísticos y los de sus hablantes (Ley No. 1.381 de 2010)*. Obtenido de <https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-reconocimiento-fomento-proteccion-uso-preservacion-fortalecimiento-lenguas-grupos>. Fecha de consulta: 02 de marzo de 2022.

Cimadamore, A. (2006). *Pueblos indígenas y pobreza enfoques multidisciplinares*. Buenos Aires: CLACSO.

Corte Constitucional de Colombia. (09 de 03 de 1998). *Sentencia T-652/98. Acciones de tutela por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-652-98.htm>

Corte Suprema de Chile. (15 de 02 de 2016). *Sentencia Rol 65.349-2016*. Obtenido de https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJp

c3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydH-VhbC5wanVkJmNsIiwiYXVkJjoiaHR0cHM6XC9cL29maWN-pbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwuc. Fecha de consulta: 07 de abril de 2022.

Corte Suprema de Chile. (21 de 04 de 2018). *Sentencia Rol 19.268-2018*. Obtenido de <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2020/04/corte-suprema-rol-19268-2018.pdf>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2022.

Figuera, S. (2015). *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica: una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Barranquilla: Universidad del Norte.

Gros, C. (1991). *Colombia indígena identidad cultural y cambio social*. Bogotá: Cerec.

Martínez Durango, L. (2022). *Reflexiones sobre el recorrido histórico de los movimientos estudiantiles, las teorías marxistas y las universidades públicas de Colombia*. Revista Izquierdas .

Martínez Durango, L., & D Amato Castillo, G. (2022). *Identidad y protección en derecho ambiental de los indígenas Mokaná en Malambo, Atlántico*. **Jurídicas**.

175

Martínez Durango, L., D Amato Castillo, G., Navarro Suarez, D., & Berdugo Blanco, Y. (2021). *Environment and political ecology in the Mokaná indigenous culture of struggle (Malambo, Colombia)*. **Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues**.

Martínez Durango, L., Gutiérrez Reyes, A., D Amato Castillo, G., Freja Calao, A., & Bermejo Galán, J. (2021). *Protección y garantía integral de los derechos laborales en Colombia*. **Revista de Psicología Positiva y Bienestar** .

Monje, J. (2015). *El plan de vida de los pueblos indígenas de Colombia, una construcción de etnoecodesarrollo*. **Luna Azul**.

Morales, A. (2017). *Educación, desarrollo y representaciones sociales: estudios interdisciplinarios del Caribe*. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

Navarro Suárez, D., Martínez Durango, L., D Amato Castillo, G., & Cab-

era Merlano, L. (2018). *Conflictos ambientales en la comunidad indígena Mokaná del municipio de Malambo: una mirada desde el derecho administrativo, 2012 - 2015*. En D. d. Suárez, **Metateoría y praxis de la justicia restaurativa, ambiental y iusfilosófica**. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

Sánchez, E. (2010). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Secretaria General del Estado. (2022). Constitución Política de la República de Colombia. *Secretaria General del Senado*.

Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

Senado de la República de Chile. (06 de 12 de 2007). *Proyecto de reforma constitucional que reconoce el aporte de los pueblos originarios a la conformación de la nación chilena*. Obtenido de https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5324-07. Fecha de consulta: 15 de abril de 2022.

Unidad de Planeación Minero Energética. (02 de 04 de 2022). *Legislación sobre derechos y comunidades indígenas*. Obtenido de Legislación sobre derechos y comunidades indígenas: http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/areas/minorias/contenid/minoria3.htm#:~:text=Entre%20las%20leyes%20m%C3%A1s%20importantes,la%20ley%20de%201993. Fecha de consulta: 24 de abril de 2022.

Villa, W., & Houghton, J. (2004). *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*. Bogotá: IWGIA.

La categoría de la no discriminación territorial en el Derecho Constitucional como factor garante del principio de igualdad de los derechos humanos*

Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor**

Resumen

La prohibición de las formas de desigualdades en que se expresa el principio de igualdad y no discriminación que garantiza los derechos humanos previsto en las Constituciones de la postguerra de los estados democráticos como Colombia, es insuficiente frente a modos de exclusión más complejos, generados por diferencias en el acceso a las nuevas tecnologías y los desequilibrios sociales y económicos de nuestras sociedades; es así como la ubicación territorial de los individuos y grupos de personas puede constituir un factor de exclusión que fomenta restricciones en el disfrute y acceso a los derechos humanos en virtud del lugar en que habitan, cuestión muchas veces ignorada en las Constituciones. El análisis es exploratorio, sobre los tipos de igualdad y discriminación previstos en el Derecho y doctrina, a los fines de indagar acerca de antecedentes de la nueva forma de discriminación que se

177

* Avance del proyecto de investigación titulado: "La discriminación territorial como factor de violación del principio de igualdad de los derechos humanos", investigador responsable: Ronald Chacín Fuenmayor, proyecto adscrito al grupo de investigación CINJUN de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales y educación de la Universidad del Sinú-Elías Bechara Zainúm, en ejecución desde el 13-6-2022.

** Doctor en Derecho. Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela. Magister en Ciencia Política. Magister en Derecho Público (ambas maestrías en la Universidad del Zulia). Abogado Universidad del Zulia. Profesor e investigador emérito categoría titular de la Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela. Actualmente docente e investigador Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm. Montería, Colombia. de la ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1915-4021> ronaldchacin@unisinu.edu.co. Integrante del Grupo de Investigación CINJUN, categoría "A". ronaldchacin@unisinu.edu.co.

advierde (discriminación territorial), analizando los conceptos de igualdad y discriminación, los factores que atentan contra la inclusión, para el logro del objetivo principal, consistente en fundamentar la necesidad de establecer normativamente la prohibición de desigualdad en virtud del territorio, por tener implicaciones, en este caso negativas, sobre el Derecho, concretamente sobre el goce y disfrute de los derechos humanos. Se constata que la ubicación territorial, especialmente la relativa a los territorios marginados genera en sus habitantes privaciones de derechos como la igualdad de oportunidades, el derecho al acceso a los servicios básicos, entre otros, situaciones que afectan sus derechos fundamentales y justifican la consagración constitucional de prohibición de discriminación o desigualdad territorial.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, desigualdad territorial, derechos humanos.

*The category of territorial non-discrimination in
Constitutional Law as a guarantor factor of the principle
of equality of human rights*

178 **Abstract**

The prohibition of the forms of inequalities in which the principle of equality and non-discrimination that guarantees human rights is expressed, provided for in the post-war Constitutions of democratic states such as Colombia, is insufficient in the face of more complex modes of exclusion, generated by differences in access to new technologies and the social and economic imbalances of our societies; This is how the territorial location of individuals and groups of people can constitute an exclusion factor that encourages restrictions on the enjoyment and access to human rights by virtue of the place where they live, an issue that is often ignored in the Constitutions. The analysis is exploratory, on the types of equality and discrimination provided for in the Law and doctrine, in order to inquire about the background of the new form of discrimination that is noticed (territorial discrimination), analyzing the concepts of equality and discrimination, the factors that threaten inclusion, for the achievement of the main objective, consisting of substantiating the need to establish normatively the prohibition of inequality by virtue of the territory, for having implications, in this case negative, on the Law, specifically on the enjoyment and enjoyment from the human rights. It is verified that the territorial location, especially that related to marginalized territories, generates in its inhabitants deprivation of rights such as equal opportunities, the right to access basic services, among others,

situations that affect their fundamental rights and justify the constitutional consecration prohibition of discrimination or territorial inequality.

Keywords: Equality, discrimination, territorial inequality, human rights

Introducción

La igualdad como una exigencia de justicia, es un concepto de gran relevancia no solo en el derecho, sino en la ciencia política, en la sociología, en la economía y otras ciencias, por significar una posición humanizante de los fenómenos sociales. La historia no ha sido la excepción, es así como la igualdad ha sido el motor, el pretexto o justificación de cambios sociales, económicos y culturales, como la extensión de derechos a todos los seres humanos, independientemente de su condición social, económica, raza, sexo, ideología, religión, entre otros aspectos. Es por ello que en los procesos de constitucionalización del derecho, evolución de los derechos humanos, manifestados en cartas de derechos, constituciones y normas en general, la igualdad ha sido un elemento indispensable como eje fundamental de los ordenamientos jurídicos puesto que se entiende como un elemento primordial de un orden justo. El problema a investigar radica en aquellas circunstancias que atentan contra la igualdad en la vida humana que debe ser reconocida por el derecho.

179

Si bien es cierto las Constituciones y las normas internacionales han establecido con mucha claridad la necesidad de preservar la igualdad entre las personas y por ende prohibir diferentes tipos de discriminaciones o tratos excluyentes en el goce y disfrute de los derechos y por ello se proscriben distinciones arbitrarias fundadas en sexo, raza, condición social, económica, religión, ideología filosófica o política, no obstante, existen aún circunstancias, elementos que atentan contra la igualdad y que conspiran contra la armonía social, un orden justo y más humano, como las relativas a la ubicación territorial, o la desigualdad territorial que se constituye en un factor que genera o consolida desigualdades al negar o menoscabar condiciones que contribuyen al bienestar social, al progreso y el derecho a un futuro que debe tener todo ser humano.

Al parecer este aspecto, no es considerado por los ordenamientos jurídicos al establecer las cláusulas constitucionales de igualdad.

A esto apunta el presente escrito, en justificar la propuesta de un nuevo elemento de discriminación, como lo es el territorio o lugar de residencia de la persona humana en general, lo cual genera exclusiones desde el punto de vista de la efectividad de los derechos humanos, el uso y disfrute de los servicios públicos básicos, en fin, la calidad de vida, el acceso a oportunidades, al proyecto de vida, entre otros.

El trabajo se divide en tres partes: en primer lugar se analizará a grandes rasgos la categoría de igualdad, a la luz de autores jusfilosóficos y constitucionalistas, considerados los más eminentes y pertinentes en la temática relacionado con este problema, que comprende su relación con la diferenciación y discriminación y así mismo con la justicia; en segundo lugar, los tipos de discriminación y en tercer lugar, sobre las consideraciones que nos llevan a justificar a la desigualdad por la ubicación territorial del ciudadano o persona como un tipo de discriminación, cuya prohibición debe ser consagrada de manera diáfana y expresa en el constitucionalismo actual.

180

Es una investigación con elementos exploratorios y a la vez descriptivos, porque busca profundizar en las categorías igualdad y discriminación, indagando si existe un antecedente o tipología similar a la discriminación territorial planteada y así empezar a describir desde el punto de vista jurídico, estas circunstancias que atentan contra la igualdad y el ejercicio de derechos, ignorados por las cláusulas constitucionales de cartas magnas contemporáneas. El método será analítico y hermenéutico por cuanto se abordarán Constituciones, leyes, normas y jurisprudencia de Colombia, a modo referencial y también normativas del derecho internacional de los derechos humanos y de otros países. La técnica consistirá en la indagación documental sobre fuentes doctrinarias y normativas fundamentalmente.

El valor de la igualdad

La justicia se considera como el valor más sublime del derecho, constituye su norte, y el mismo está integrado a su vez por otros valores como la libertad, la seguridad jurídica, el bien común,

la solidaridad y la igualdad. La idea de justicia se asume como la correcta distribución de cargas y beneficios en la sociedad, y para ello esta distribución tiene que ser igual, es decir, la igualdad es un requerimiento de la justicia, indiferentemente los elementos a distribuir: salarios, bienes, servicios, derechos, deberes, prestaciones individuales o sociales (Ross, 1963).

El maestro escandinavo Ross (1963) advierte sobre la igualdad absoluta, si todos deben ser tratados de la misma manera independientemente de la circunstancia o situación en que se encuentren, su estado civil, si es niño o adulto, si es culpable de asesinato, de ser así, entonces, esto no consistiría en igualdad, ni justicia, la igualdad para que sea verdadera, justa, debe considerar cada una de estas distinciones, de lo contrario, el trato igualitario no sería relevante para ser tratado como un valor o principio jurídico. Igualdad y por lo tanto justicia, siguiendo a Ross (1963), significa que nadie de forma arbitraria, es decir, sin justificación razonable para ello, sea tratado de manera distinta al trato que se le brinda a cualquier otra persona.

181

No discriminación como esencia de la igualdad

Es por ello qué dentro del concepto mismo de la igualdad, es inherente, la no discriminación, es decir, que nadie de manera injustificada sea tratado de forma diferente, o sea se utilicen criterios que no son relevantes sino excluyentes o relegatorios como raza, sexo, religión, condición social y económica, ideas políticas o filosóficas, entre otras, prohibidas en tratados internacionales y en las constituciones de la mayoría de los Estados con formas de gobierno democráticas como Colombia.

Dentro de los tipos de igualdad se parte de la igualdad formal y la igualdad material, desarrollando ambos tipos se tiene que la igualdad formal hace referencia de la igualdad ante la ley, como exigencia de la generalidad del derecho, toda persona debe ser tratada de manera igual, en las mismas circunstancias, por la exigencia de que están regidas bajo el mismo ordenamiento jurídico. Es la garantía de que todos los ciudadanos estén sometidos a las mismas reglas y órganos administrativos y jurisdiccionales. Es el reconocimiento a todos de la

cualidad de ciudadano o de persona, la ley tiene que aplicarse a todos sin que existan ningún tipo de personas dispensadas de ese trato. Es la igualdad de trato jurídico para las personas en circunstancias sustancialmente iguales (Pérez Luño, 2006).

Siguiendo al mismo autor, la igualdad material implica la idea de equiparación de individuos en distintas circunstancias mediante el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales, es la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes. La igualdad implica también la equiparación por convención, declarando la igualdad ante elementos distintivos que no son relevantes para la aplicación de la ley, es la manera de excluir la discriminación.

En resguardo de la igualdad es importante evitar equiparar arbitrariamente situaciones diferentes o por el contrario, el de establecer arbitrariamente distinciones que no son relevantes, en este sentido Pérez Luño (2006) afirma que la igualdad absoluta genera el uniformismo, de tratar casos distintos de la misma manera, lo que produce injusticia. La igualdad entonces no puede ser absoluta, de tratar casos diferentes como si fueran iguales, produciendo consecuencias injustas por no considerar diferencias sustanciales significativas que justifican un trato distinto, siempre y cuando sea más favorable.

La igualdad para que sea un elemento de la justicia, debe desechar, diferenciaciones arbitrarias o no justificables, que son las típicas prohibiciones de las cláusulas constitucionales que establecen el principio de igualdad y no discriminación para garantizar el valor de la igualdad y expandirse en la concepción y efectividad de los derechos humanos, como lo son la raza, sexo, condición social, religión, entre otros, que generan tratos diferenciadores menos favorables que al resto de la población. La igualdad tiene como un elemento en su definición la ausencia de discriminación más no de diferenciaciones justificadas¹. La igualdad en términos de cláusulas constitucionales, temática central de esta investigación, la denomina Díaz de Valdez (2015: 154): "Igualdad constitucional"

1 Existirán diferencias justificadas en virtud del mérito, de la experiencia, de las aptitudes, entre otros, tal como lo explica Ross(1963): "Sobre el Derecho y la Justicia" p. 261-280.

que debe establecerse en las cartas fundamentales y las leyes que la desarrollan mediante estos elementos:

- -Igualdad general, que se identifica con la igualdad formal ante la ley como consecuencia de la generalidad del derecho, de estar todos por igual sometidos a un ordenamiento jurídico.
- -Igualdad como Protección de Bienes Públicos Importantes (Derechos Fundamentales), que implica no proteger la igualdad como tal sino vincularla al uso y disfrute de los derechos fundamentales, como la igualdad de acceso a la participación política, al disfrute del libre tránsito, entre otros.
- -Igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a ciertos grupos, relacionados con aspectos como religión, edad, sexo, raza, entre otros.
- -La igualdad como obligación positiva (acción positiva) de promover la igualdad de oportunidades (y de facto), se refiere al deber del Estado de remover los obstáculos que dificultan la igualdad de acceso a ciertos bienes, ventajas o derechos, como la designación en un concurso a un cargo por credenciales abiertos a los ciudadanos que cumplan con determinada preparación, donde el acceso a la educación es vital, siendo en muchos casos la gratuidad, subsidios o beneficios en razón de la minusvalía económica una medida legítima para lograr una educación de calidad.

183

Con respecto a la Constitución Política de 1991 se establece en el artículo 5 la igualdad en la protección de los derechos fundamentales y el artículo 13 la igualdad ante la ley o general y la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen familiar o nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica, así mismo al final del mismo artículo se consagra la igualdad positiva en virtud de establecer el deber del Estado de proveer las condiciones para que la igualdad sea efectiva y proteger especialmente a las personas por sus condiciones económica, física, mental. Así mismo, la declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 establece el principio de igualdad y no discriminación en sus artículos 1 y 2, también la

Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, suscrita en 1969, ratificada por Colombia en 1972 y puesta en vigor en 1978 establece en el artículo 1.1:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social** (negritillas agregadas).

Y el artículo 24: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en 1966, ratificado por Colombia en 1968 y en vigor desde 1976 establece en su artículo 2.2: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, también, el pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, suscrito en 1966, ratificado por Colombia en 1969 y en vigor desde 1976 prevé en su artículo 2.2: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El artículo 2.1. Prevé la obligación de los Estados de establecer progresivamente medidas para que estos derechos sean efectivos. Enfatizando en la igualdad como no discriminación, se plantean precisamente sus tipos, los cuales deben prohibirse en un Estado de Derecho²: Los tipos de discriminación (directa, indirecta e interseccional):

2 Véase: Amnistía internacional (2022). Discriminación. Sitio web: [amnesty.org](https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/) y disponible en: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/>, fuente analizada sobre esta parte de los tipos de discriminación.

La discriminación directa tiene lugar cuando se hace una distinción expresa entre grupos de personas, la cual da como resultado que los individuos de algunos grupos tienen menos capacidad para ejercer sus derechos, por ejemplo, una ley que exige que las mujeres, y no los hombres, aporten pruebas de un determinado nivel educativo como condición indispensable para ejercer su derecho al voto, esto constituirá discriminación directa por razón de sexo.

La discriminación indirecta tiene lugar cuando una ley, una política o una práctica se presenta en términos neutrales (es decir, no hace ninguna distinción explícita) pero también perjudica de modo desproporcionado a un grupo o grupos específicos; por ejemplo, una ley que exige que todas las personas presenten pruebas de un determinado nivel educativo como requisito previo para ejercer su derecho al voto, esto tendrá un efecto discriminatorio indirecto sobre cualquier grupo que tenga menos probabilidades de haber alcanzado ese nivel educativo (como los grupos étnicos desfavorecidos o las mujeres).

La discriminación interseccional ocurre cuando varias formas de discriminación se combinan y dejan a un grupo o grupos específicos ya en situaciones de desventaja, en otra situación de desventaja aún mayor, por ejemplo, la discriminación contra las mujeres en muchos casos supone que a ellas se les pague menos que a los hombres por el mismo trabajo. La discriminación contra una minoría étnica suele comportar que a las personas que forman parte de ella se les pague menos que a otras personas por el mismo trabajo. Cuando las mujeres pertenecientes a un grupo minoritario reciben un salario inferior al de otras mujeres, y al de los hombres del mismo grupo minoritario, sufren discriminación interseccional debido a su sexo, género y origen étnico. Amnistía internacional también advierte y presenta datos empíricos actuales de varios países precisando sobre las formas de discriminación: por género, grupos étnicos y castas, migrantes (xenofobia), con los grupos LGTBI y discapacitados (Amnistía Internacional 2022).

Sobre la Discriminación Estructural: La discriminación estructural o “desigualdad estructural” incorpora “datos históricos y sociales” que explican desigualdades de derecho (de *jure*) o de

hecho (de facto), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de grupos vulnerables por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias” (Alegre y Gargarella 2007). Conforme a Pelletier Quiñones la discriminación estructural puede presentarse en una zona geográfica determinada, en todo el Estado o en la región (Pelletier Quiñones 2014).

En otras palabras, los grupos contextualmente o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual “disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo” (Giménez Gluk, 2004).

La exclusión a los habitantes de un territorio ¿discriminación territorial?

186

En virtud de las clasificaciones planteadas, todos pertinentes y justificadas porque atentan contra la igualdad y dignidad del ser humano, se aprecia no obstante, un aspecto o factor que no es tomado en cuenta al menos por la mayoría de las tipologías de las discriminaciones cuando se desarrolla la temática de la igualdad, es la referida al lugar, región, ciudad o municipio que dentro de una misma nación constituye una causa importante de discriminación, que de manera anticipada el trabajo propone denominarla “Discriminación territorial”, que aunque relacionada, no se refiere estrictamente a las desigualdades territoriales como consecuencia de los diferentes niveles de desarrollo, sino como éstas afectan al individuo o grupos habitantes que terminan con menos oportunidades por pertenecer a una región de mucha pobreza y necesidades que les impide optar a mejores condiciones de vida, al acceso a bienes y servicios, el ejercicio de derechos fundamentales e incluso el derecho a tener instituciones que satisfagan sus necesidades.

La desigualdad territorial se refiere a territorios heterogéneos, resultado de un factor dispar de asentamiento, acompañado de un desequilibrio de distribución de las riquezas y las oportunidades de bienestar material, por eso hay territorios con dinámicas exitosas

en desarrollo territorial mientras que otros no logran salir de la trampa del estancamiento, niveles de pobreza altos y persistentes (CEPAL 2016). Por eso el territorio se considera como uno de los ejes estructurantes de las desigualdades sociales, tienen un gran peso sobre la magnitud y reproducción de estas en distintos ámbitos del desarrollo social. Perjudican tanto en su conjunto como a las personas que viven en territorios rezagados (Czytajlo 2017). En efecto, el lugar sí importa, las desigualdades por territorios generan, reproducen o agravan las desigualdades de diversos tipos, porque existen territorios marginados donde existe poco desarrollo, condiciones muy precarias para el logro del bienestar, como el acceso a los servicios públicos básicos, carretera, servicios de salud, entre otros, es decir, hay más pobreza: pobreza como necesidad, vinculada a la privación de ciertos bienes y servicios requeridos para vivir y funcionar como miembros de la sociedad (CEPAL 2016).

Como se ha planteado, “el lugar de nacimiento o residencia determina oportunidades y condiciones socioeconómicas, incide en la realización de los derechos políticos, económicos y sociales y puede ser una fuente de discriminación en sí, como pueden ser el género, la raza o la religión” (ILPES 2012: 12):

187

Es precisamente en el territorio donde se cristalizan, conectan y entrecruzan las desigualdades sociales analizadas...y donde ocurre la reproducción intergeneracional de la pobreza. Además, algunos de los grupos poblacionales que experimentan en forma más severa las desigualdades y las privaciones de derechos (en especial los pueblos indígenas, pero también en algunos casos los afrodescendientes), tienden a concentrarse en los lugares rezagados. Concebir al territorio como un eje estructurante de las desigualdades sociales no equivale a un determinismo geográfico, es decir, no se busca atribuir a la localización geográfica un efecto directo y causal, puesto que más relevante que el espacio en sí es la estructura social que en él se asienta y las relaciones que se generan con otros territorios (CEPAL 2016: 62-63).

La CEPAL en el mismo estudio de 2016 presenta una radiografía de varios países latinoamericanos donde se demuestra la falta de recursos, servicios, altos niveles de pobreza de ciertas ciudades, provincias o regiones dentro de un mismo Estado, con niveles inferiores al promedio, ‘por ejemplo, en el caso colombiano se

muestra la región del Chocó (CEPAL 2016: 65).

Las desigualdades territoriales ha sido un tema muy reiterativo y notorio en las ciencias sociales, así mismo ha sido tema de cumbres mundiales, políticas de organismos internacionales como el Banco Mundial, entre otros (Aché Aché, 2012) y la razón de esto es porque generan disfuncionalidad en los territorios y en consecuencia, conforme a Wilkinson y Pickett 2009: Deteriora las relaciones sociales por pérdida de confianza en la vida comunitaria y en el liderazgo político; impide la formación de capital social e institucional, la esperanza de vida es menor, así como la escolaridad, mayor tasa de delincuencia y muy baja movilidad social. Las consecuencias de esto son nefastas por afectar la estabilidad social y política: estas exclusiones son terrenos fértiles para el crecimiento del terrorismo, el fanatismo y el crimen, es decir, atentan contra la convivencia pacífica y democrática (Aché Aché 2012).

188 Al excluirse territorios de las necesidades básicas, sus habitantes tienen menos oportunidades para llevar a cabo libertades para realizar proyectos de vida individuales y colectivos y esto lo reiteran Gómez Jiménez y Duque (1998), las libertades no se entienden solamente como aquellas consagradas en los derechos civiles y políticos, sino las referidas a los económicos, sociales y culturales, es la manera básica de desarrollar las capacidades básicas a las que se tiene derecho (Sen 2000). Muchos de los grupos o individuos que viven en estas condiciones, están muy conscientes de ello y por ello el clásico éxodo dentro de los mismos países desde los ámbitos rurales a las ciudades, por cuanto se ha demostrado que la exclusión territorial de las zonas del campo se hace común y de modo reiterado, áreas de pobreza en los países latinoamericanos y en otros ámbitos mundiales.

En este sentido vale destacar el trabajo de Gómez Jiménez 2003 que explica como la pobreza en los años noventa en Colombia afectó tanto al campo y a las ciudades, pero con un empeoramiento en las áreas rurales, llegando incluso a tener 82% de pobreza mientras que en la ciudad la pobreza llegaba al 51%. El Centro latinoamericano para el desarrollo rural (2017), plantea las causas de las desigualdades territoriales en nuestros países, es decir la existencia de territorios

marginados, basados en Tomaselli, las trampas localizadas de pobreza, referido a cualquier mecanismo que se refuerza a sí mismo y que impide que un grupo social o un territorio logre vencerla, cualquier semilla que se plante no dará frutos, cualquier proyecto que se haga no prosperará en virtud de esas condiciones.

Esta marginación territorial no solo afecta al territorio rezagado sino a todo el territorio de una nación, las ciudades receptoras de las migraciones entran en una aglomeración, causa que el país no alcance su potencial y quede rezagado en un todo. Esto se debe a que el factor territorial no ha sido considerado en el diseño de las políticas públicas de desarrollo, no se han tomado en cuenta las particularidades de cada territorio y las políticas son homogéneas para todo un país, lo que no ha fomentado que los territorios apartados superen sus desventajas.

Una de las prácticas homogéneas son las empleadas para atacar la pobreza inmediata como la entrega de “bonos”, una vez se acaba el bono sigue la pobreza, no se ataca la pobreza estructural. Y esto es así porque las políticas son diseñadas desde el centro y por ello el centralismo es una de las causas de estas marginaciones territoriales (Bebbington *et al.*, 2016).

189

Es una situación compleja, el centralismo genera trampas de pobreza y de desigualdad en calidad de vida, actividades económicas y también de oportunidades, por ejemplo, si una persona logra estudiar y graduarse no puede desempeñarse en el territorio donde reside porque no haya empleo en virtud de ser un territorio relegado, tiene que marcharse, dejando el lugar sin un profesional que pudiera aportar al mejoramiento de la calidad de vida y desarrollo. Toda esta compleja problemática que se ha hecho patética en gran parte de América Latina, evidenciada en estudios desde los años noventa hasta el presente³.

No es lo mismo nacer en un lugar o en otro en Latinoamérica, del lugar depende las oportunidades que tengan cada persona o grupo de personas, además las condiciones del territorio interactúan con

3 Estudios en México, Perú y Chile así lo revelan. Véase: Bebbington, Anthony; Escobar, Javier, Soloaga Isidro y Tomaselli, Andrés (2016). Trampas territoriales de pobreza y desigualdad – Síntesis de resultados- En: Trampas Territoriales de Pobreza, Desigualdad y baja Movilidad Social: los casos de Chile, México y Perú (Compendio coordinado por los mismos autores).

otros factores determinantes de oportunidades (género, clase social, etnia, su condición o no de ciudadano, el ser extranjero, entre otros. El territorio pesa en la generación de exclusiones pero más pesa las estructuras sociales, los actores e instituciones que las reproducen, consolidan o acentúan (Berdegué 2016) Los individuos al momento de su nacimiento enfrentan opciones de vida totalmente diferentes, lo cual los hace desigual en el acceso de oportunidades a:

- Servicios básicos (agua potable, saneamiento y electricidad).
- Acceso a una vivienda de calidad, donde dicha calidad se define por las características de sus pisos, techos y muros y por su nivel de hacinamiento.
- Acceso a la educación.
- El capital humano o profesionales formados con capacidades de aportar sus conocimientos en sus localidades.

Incluso esto suele ser desigual dentro de las mismas zonas de una misma ciudad, la segregación en contra del centro y la periferia en favor de áreas privilegiadas que sí cuentan con servicios públicos, comercio, instituciones y otros aspectos esenciales. Dentro de la misma vida urbana, en cada municipio o ciudad, determinados grupos y sus miembros sufren discriminación a partir de su situación en el territorio, “segregación residencial”, lo que en las ciudades latinoamericanas puede ser visto a partir de espacios de concentración demográfica de determinados colectivos caracterizados por cierto perfil étnico-racial (Rodríguez, 2017).

Conforme al mismo autor, como consecuencia de esa segregación residencial, se genera una peligrosidad diferenciada por edad y sexo, jóvenes con poca educación e ingreso que se convierten en población vulnerable, o de género, en el caso de las mujeres quienes sufren de un tipo de violencia especial. Como consecuencia de esto se plantea el derecho a la ciudad (Czytajlo 2017), consistente en que los lugares marginados dentro de una misma localidad o municipio puedan contar con todos los servicios básicos y los aspectos de desarrollo que cuentan las zonas privilegiadas allí existentes.

En Latinoamérica una de las soluciones legales y políticas que se han implementado es la descentralización, por cuanto tal como

se indicó anteriormente, se ha reconocido que una de las causas de la discriminación territorial se debe a la centralización política y económica, el olvidar a las comunidades alejadas de la capital y las grandes ciudades y siendo por esto importante otorgarles poder a los municipios, lo cual puede fomentar el reconocimiento de las necesidades de la población en los territorios excluidos y encausar su satisfacción a través de sus autoridades elegidas, que administren sus propios recursos. Es el caso de Colombia el artículo 1° de su Constitución Política de 1991 lo declara como Estado Social de Derecho, unitario y descentralizado, donde la soberanía reside en el pueblo y busca entre sus fines el orden justo y la prosperidad general, sin discriminación alguna⁴.

Así mismo el artículo 209 de la carta magna colombiana prevé la descentralización como uno de los mecanismos fundamentales para el ejercicio de la función administrativa, junto a la delegación y a la desconcentración de funciones, siguiendo entre otros como principio rector a la igualdad, lo que se especifica en los artículos 286 y 287 que establece la división político-territorial entre los departamentos, los distritos, municipios y territorios indígenas, que tendrán autonomía para gobernarse por sus propias autoridades electas, ejercer sus competencias o funciones, propias de la función administrativa, administrar sus recursos, establecer los tributos necesarios y participar en las rentas nacionales.

191

El modelo de descentralización es cónsono con el Estado social de derecho, siendo necesaria que ésta sea una realidad, partiendo de la relación estrecha que deben tener los gobernantes electos de las entidades territoriales con sus gobernados a fin de que conozcan y satisfagan sus necesidades de manera inmediata, ya que por ser un mandatario cercano al territorio es el agente idóneo para solucionar los problemas que se presenten (García Largo *et al.*, 2014), lo que conlleva a una planeación, gestión y administración de sus propios intereses o necesidades, garantizando la nación los recursos necesarios para ello.

Tal planeación, gestión de intereses, autonomía de las localidades, incluso las más cercanas como los municipios, debe favorecer el reconocimiento de las desigualdades de cada territorio y la atención

4 Véase también los artículos: 2, 3 y 5 de la Constitución Política de Colombia vigente de 1991.

de éstas. A pesar de las fallas que haya podido tener el proceso de descentralización en Colombia y otros países latinoamericanos en virtud de la tensión existente entre las entidades intermedias y locales con el gobierno central, no hay duda que es un avance en favor del reconocimiento de los intereses de las regiones que debe apuntar a contrarrestar la desigualdad territorial y las discriminaciones colectivas y personales que se generan en los territorios apartados.

No obstante, a pesar de la aplicación de la descentralización política y administrativa en Colombia como en otros países, se puede advertir que aún el reconocimiento explícito de las desigualdades territoriales y las que se generan en detrimento de derechos fundamentales, esta forma de exclusión no se encuentra consagrada como prohibición en la carta magna, ni aún en los tratados internacionales analizados, siendo necesario el reconocimiento expreso en las cláusulas que garantizan el valor de la igualdad y el principio de la no discriminación, además del sexo, la raza, la condición social, económica, étnica y política.

Conclusiones

Se concluye sobre el logro del objetivo principal de esta investigación, la justificación normativa de la discriminación territorial, en efecto, este tipo de exclusión se hace necesaria expresarla como cláusula constitucional en resguardo del valor de la igualdad, o lo que es en esencia lo mismo: el principio de igualdad y no discriminación fundamental en un Estado social y democrático de derecho que persigue la efectividad de los derechos humanos, teniendo fundamento que sea reconocida jurídicamente con rango constitucional, tal como se encuentran las otras formas de discriminación prohibidas (edad, sexo raza, condición social, religión, ideas políticas, entre otras), por varias razones:

- Los estudios sociales y de políticas públicas han demostrado, por lo menos en el ámbito latinoamericano que el territorio es un factor de desigualdad por cuanto existen zonas marginadas dentro de un mismo país, incluso dentro de una misma ciudad, que por pertenecer a esos lugares relegados les provoca una exclusión en el goce de derechos por afectar servicios básicos, calidad de

vida, la igualdad de oportunidades que puedan contribuir a un proyecto de vida, es decir, al goce del derecho a un futuro.

- Desde el punto de vista personal, no solo desde los derechos colectivos, el pertenecer a un territorio genera limitaciones para el acceso a derechos sociales (salud, educación, empleo), que son esenciales para el desarrollo de la autonomía o despliegue de la personalidad, por lo cual el estudio de los derechos humanos, derechos fundamentales, temáticas propias del derecho constitucional tienen que considerar sobre manera este factor, si sobre todo se agrega a personas vulnerables desde el punto de vista del sexo, raza, condición social, entre otros, que se encuentran en estos territorios marginados.
- La consideración constitucional de este factor de discriminación debe producir efectos favorables en el sentido de ser más obligante para los mandatarios tomar en cuenta todos los territorios, municipios, zonas, localidades, hasta los más apartados, con población escasa y excluida, todos los habitantes de la entidad territorial que tengan a cargo son importantes, merecen dignidad, calidad de vida, para que individual, familiar comunitaria o colectivamente en general, puedan desplegar todos sus derechos, fortaleciendo su desarrollo y libertad personal.
- Finalmente, la igualdad de oportunidades, elemento esencial de la justicia en una sociedad, sería un derecho efectivo en territorios que hoy están rezagados para que los ciudadanos o mejor dicho cualquier persona, pueda efectivamente lograr el bienestar y la prosperidad general.

193

Referencias bibliográficas

Aché Aché, Daniel Benjamín (2012). *Geografía de las desigualdades territoriales socio-económicas y socio-ambientales*. **Revista Terra**. Volumen 28 N° 43. Caracas-Venezuela.

Alegre, M. y Gargarella, R (2007). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. Buenos Aires. Pp. 166 y 167

Amnistía Internacional (2022). *Discriminación*. Sitio web: [amnesty.org](https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/)., disponible en: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/> (Fecha de consulta: 2 de abril de 2022).

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por Colombia en 1968.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por Colombia en 1969.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París, 10 de diciembre de 1948

Asamblea General de las Naciones Unidas. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)*. París, 10 de diciembre de 1948.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de República de Colombia*. **Gaceta Constitucional** N° 116 de 20 de julio de 1991.

Bebbington, Anthony; Escobal, Javier y Soloaga, Isidro y Tomaselli, Andrés (2016). *Trampas territoriales de pobreza y desigualdad – Síntesis de resultados-* En: **Trampas Territoriales de Pobreza, Desigualdad y baja Movilidad Social: los casos de Chile, México y Perú** (Compendio coordinado por los mismos autores). México. Universidad Iberoamericana. Pp. 13-55.

Berdegú, Julio (2016). Prólogo del libro: *Trampas Territoriales de Pobreza, Desigualdad y baja Movilidad Social: los casos de Chile, México y Perú* (Compendio coordinado por Bebbington, Anthony; Escobal, Javier y Soloaga, Isidro y Tomaselli, Andrés). México. Universidad Iberoamericana. 387p.

Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural CLDR (2017). *Desigualdad Territorial: Los territorios rezagados afectan el desarrollo de todo un país*. Entrevista a Andrés Tomaselli.

CEPAL -Comisión Económica para América Latina y del Caribe- (2016). *La matriz de desigualdad social en América Latina*. I Reunión de

la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe Santo Domingo, 1 de noviembre de 2016

Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos. Convención americana sobre derechos humanos “Pacto de San José” Suscrita en la San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, ratificada por Colombia en 1972.

Czytajlo, Natalia Paola (2017). *Desigualdades socio-territoriales y de género en espacios metropolitanos*. Bitácora. Universidad Nacional de Colombia, N° 27, septiembre-Diciembre. Pp. 121-134

Díaz de Valdés, José Manuel (2015). *La igualdad constitucional: múltiple y compleja*. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 42 N° 1, pp. 153 – 187

García Largo, Ana Beatriz; Colmenares Laguado, Jorge Eliecer, Rolón Romaña, Gustavo Adolfo (2014). *La realidad de la descentralización en Colombia a partir de la Constitución de 1991*. En: Hipótesis Libre N° 9. Bogotá. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/view/3720#:~:text=La%20descentralizaci%C3%B3n%20administrativa%20fue%20constituida,las%20funciones%20p%C3%ABlicas%20para%20el (Fecha de consulta: 3 de mayo de 2022).

195

Giménez Gluk, D (2012). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Edit. Bosch, Barcelona.

Gómez Jiménez, Alcides (2003). *Colombia: el contexto de la desigualdad y la pobreza rural en los noventa*. **Cuadernos de Economía. Universidad Nacional de Colombia**. Volumen 22, N° 38. Enero. Bogotá.

Gómez Jiménez, Alcides y duque, Martha (1998). *Tras el velo de la pobreza: la pobreza rural en Colombia y los desafíos para el nuevo milenio*. En: **Volumen 3 de la Misión Rural**, Colombia.

ILPES (Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social) (2012), *Panorama del Desarrollo Territorial en América Latina y el Caribe*.

Pelletier Quiñones, Paola (2014). *La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de los derechos humanos*. **Revista IIDH** No. 60 (jul. – dic).

Pérez Luño, Antonio Enrique (2006). *Teoría del Derecho*. Madrid. Tecnos.

Rodríguez, Jesús (2017). *Determinados grupos sufren discriminación a partir de su situación en el territorio*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Estudios Urbanos. Disponible en: <http://ieu.unal.edu.co/en/medios/noticias-del-ieu/item/determinados-grupos-sufren-de-discriminacion-a-partir-de-su-situacion-en-el-territorio> (Fecha de consulta: 4 de mayo de 2022).

Ross, Alf (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires. EUDEBA. 376p.

Sen. Amartya (2000). Bogotá. *Desarrollo y libertad*. Planeta.

Wilkinson, Richard y Pickett, Kate (2009). *Desigualdad: un análisis de la (in) felicidad colectiva*. Editorial Turner Noema. Madrid

Nationality and citizenship in the perspective of the trilemmatic debate

Judith Josefina Hernández García de Velazco *, John Eric Rhenals Turriago**, Ana Cecilia Chumaceiro Hernández***

Abstract

In this research, developed from a transdisciplinary perspective the intervention systems for freedom and security are discussed against nationality as a fundamental human right, privileged in America and the European Union from the normative factual concretion. Discussion is facilitated through the use of methods; historical research for objective and precise review; documentary research, based on documentary, bibliographic, and newspaper sources, in strict reference to the categories analyzed (nationality, citizenship, rights, legitimacy, validity, and effectiveness), extracted from various sources with selectivity criteria. The evidence indicates no perspective of valid trilemmatic application regarding the dignity of the exercise of nationality. In general terms, it is concluded that

197

- * Post-doctorate in State, public policy and social peace, Ph.D. in Social Sciences, mention Management. Master in Business Administration. Graduated in Political and Administrative Sciences, mention Political Sciences. Undergraduate, Postgraduate, and Doctorate teacher and researcher in the public and university sector. The author of book-chapters, lecturer (issues of Democracy, Participation, Public Policy, Social Happiness, others), and funded research projects. Chief Editor of the JURÍDICAS CUC Journal, La Universidad de la Costa CUC. Researcher categorized by COLCIENCIAS at SENIOR level. <https://orcid.org/0000-0002-5621-9496>. jhernand86@cuc.edu.co.
- ** Lawyer graduated from the of La Universidad de la Costa of Barranquilla- Colombia, Specialist in Civil Procedural Law from the Autonomous University of Bucaramanga- Colombia, Master of Laws from the University of Barranquilla and Doctor in Social and Legal Sciences with Cum Laude mention from the Rey Juan Carlos University of Spain EU. Professor and researcher at the Universidad de la Costa in Barranquilla at the undergraduate and postgraduate levels. Orcid code 0000-0002-1836-6241. jrhenals2@cuc.edu.co.
- *** Business Sciences Department of La Universidad de la Costa, Street 58 # 55-66. Barranquilla, Colombia, Tlf.: +57 3053801619. anachuma@gmail.com, achumace@cuc.edu.co.

this trilemmatic debate must be assumed from a transdisciplinary dialogue that promotes legitimacy from political construction and evidence validity from legal theory. It guarantees effectiveness in the same shared space, from integration, in terms of joint interests and peaceful and democratic coexistence.

Keywords: Nationality, citizenship, human rights, legitimacy, validity, and effectiveness.

Nacionalidad y ciudadanía en la perspectiva del debate trilemático

Resumen

En esta investigación, desarrollada desde una perspectiva transdisciplinar, se discuten los sistemas de intervención por la libertad y la seguridad frente a la nacionalidad como derecho humano fundamental, privilegiado en América y la Unión Europea desde la concreción fáctica normativa. La discusión se facilita mediante el uso de métodos; investigación histórica para revisión objetiva y precisa; investigación documental, basada en fuentes documentales, bibliográficas y periodísticas, en estricta referencia a las categorías analizadas (nacionalidad, ciudadanía, derechos, legitimidad, validez y eficacia), extraídas de diversas fuentes con criterios de selectividad. La evidencia no indica una perspectiva de aplicación trilemática válida respecto a la dignidad del ejercicio de la nacionalidad. En términos generales, se concluye que este debate trilemático debe asumirse desde un diálogo transdisciplinario que promueva la legitimidad desde la construcción política y la validez de la evidencia desde la teoría jurídica. Garantiza la eficacia en un mismo espacio compartido, desde la integración, en términos de intereses comunes y de convivencia pacífica y democrática.

Palabras clave: Nacionalidad, ciudadanía, derechos humanos, legitimidad, vigencia y eficacia.

Introduction

The concept of nationality and its historical evolution.

In the construction of nationality from the nation.

In the historical evolution of "nationality," a distinction is made between definitions of *Latin origin* and *those of German origin*¹. In the definitions of Latin origin, the will, the thought, and *dignity of the human being stand*

1 These references were consulted in Surattea U, (1975), pp. 17-20.

out; Geographical and political conditions are also mentioned, prevailing the same, concerning ethnic-cultural considerations. It is also significant that the religious content and the references to fulfilling the task of God present in these definitions, among which we can point out:

The definition offered by (Mazzini, 2009)², in which the mentioned elements are present:

“A nationality is a common thought, a common principle, a common goal [...]. A nation is the association of all men who, grouped by language, certain geographical conditions, or the role assigned to it in history, recognize the same principle and march under the rule of a unified right to freedom. Conquest of a definite objective. The harmonious activity, applying all the individual forces that the association orients towards that objective, constitutes national life. It is the task that God imposes on people in humanitarian work. It is his mission, the task that he must carry out on earth so that the thought of God can be carried out in the world; the work that gives him the right to citizenship in humanity, the baptism that gives him character and assigns him a position among his brothers”³.

Some historians tried to distinguish some fundamental principles of «nationality» By 1851, the jurist Mancini⁴ contributed determining components to the definition of nationality, stating the following:

199

“Nationality is the product of various factors: geography, which indicates the natural limits [...]; the race, formed by the slow fusion of several different races; the language, so precious to ensure moral unity. However, all this is not enough because all inert elements need a breath of life. This breath is the awareness of nationalities, the feeling that it acquires of itself

2 Mazzini Giuseppe (2009). “In 1836 Mazzini himself affirmed: “when we speak of nationality, we refer to nationality as it will be conceived by free peoples, brothers and sisters. The nationality of peoples has never existed, it lies in the future”. pp. 22-23

3 *ibidem*, “The difference established here between “nation” and “nationality” refers more to a means-end relationship, in which the nation constitutes the path through which the objective of the people will be fulfilled. Nationality becomes an idea, and even a feeling, that finds its expression in the nation. pp. 30-32

4 Mancini P.S. (1817-1888), a native of Castel Baronia, Italy, who founded the political newspaper *Il Riscatto* in 1848, seeking a liberal orientation, in his effort he only achieved exile fleeing from King Fernando II; Mancini’s theoretical contribution to the Philosophy of Law is perceived through his figure in the legal and political thought of the 19th century and as founder of International Law has been his “conception of nationality”, for him the principle of nationality meant Above all, a moral value, an axiological reality that can be evidenced by reading his lessons and applying the axiological scale appropriately to them, evidently there arises the will for autonomy and freedom, information that transcends a narrow empirical path about territorial, ethnic or linguistic circumstances.

and that makes it constitute itself inside and manifest itself outside [...], some men close by numerous material ties will not form a nation without the moral unity of common thought, of a predominant idea. It is the "I think therefore I am" of the philosophers applied to a nationality."⁵

Parallel to these contributions, these definitions were enunciated with a general character.

In the initial conceptualizations, the emphasis is focused on the desire or will of the individuals, and the ethnic linkage and the pre-existing cultural unity are transcended. However, in the definitions of German ancestry, "natural" components are assigned to nationalities, such as religion, language, and territory, and the sense of the historical culture of nationality is emphasized.

On the other hand, from the internationalist perspective, on the contrary, definitions such as those of (Espinar, 1986:13-14) state that "the notion of nationality has a multipurpose

conceptual content of different legal projections." The first relates to "a collectivity of individualized people based on a common origin, the same language, and a shared tradition."

200

We could continue exposing different dogmatic edges of nationality. For this reason, we have considered it pertinent to choose one of the many options to define the scope proposed by the present study (Otero, 1988).

"When we speak of nationality, we understand a natural or fundamental right, which refers to the common link that unites the different people with a common origin and a shared territory and traditions and that normally links them to a certain State and makes them recipients of its norms. Of private law."

Further, nationality emerges through citizenship from exercising citizenship in its relationship with society and the individual. In binding terms, actions are expanded from the social and institutional framework to achieve interrelationships that benefit people and the generality (Hernández, 2007).

5 The theory of nationality supported by Mancini P.S. (1817-1888), is based on eclectic doctrinal sources from there builds and bases the "new" International Law, for its definition 'le part of the Aristotelian formula: *definitio fit per genus proximum et diferentiam*, which applies to the Law de Gentes this defining method which leads us to the universal human right, which is nothing more than the general concept of law.

Nationality in the context of recognition and regulation as a Fundamental Human Right

In resolutions 7/10 and 10/13, the United Nations Human Rights Council⁶ confirmed that nationality is a *fundamental human right* based on Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights⁷. The right to nationality is recognized in several international legal instruments, including the Universal Declaration of Human Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the International Covenant on Civil and Political Rights⁸, the Convention on the Rights of the Child⁹, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women¹⁰, the Convention on the Nationality of Married Women¹¹, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities¹² and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families¹³. The Convention's

6 Human Rights Council 13th period of sessions Agenda item 3 Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary General, December 14, 2009, p. 72-74.

7 The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) is a declaratory document adopted by the General Assembly of the United Nations in its Resolution 217 A (III), on December 10, 1948 in Paris; in this, the human rights considered basic are collected in its 30 articles, from the letter of San Francisco (June 26, 1945). The union of this declaration and the International Covenants on Human Rights and their protocols comprise what has been called the International Bill of Human Rights. While the Declaration is generally an orientation document, the Covenants are international treaties that oblige the signatory States to comply with them.

8 International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Adopted and open for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 2106 A (XX), of December 21, 1965. Entry into force: January 4, 1969.

9 Convention on the Rights of the Child (CRC) is an international treaty of the United Nations, adopted and open for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 44/25, of November 20, 1989. Entry into force: 2 of September 1990.

10 Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. Adopted and open for signature and ratification, or accession, by the General Assembly in its resolution 34/180, of December 18, 1979. Entry into force: September 3, 1981.

11 Convention on the Nationality of Married Women is an international treaty of the United Nations. Approved on January 29, 1957 and entered into force on August 11, 1958.

12 The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol were approved on December 13, 2006 at the United Nations Headquarters in New York, and were opened for signature on March 30, 2007.

13 The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families is a UN treaty that seeks to respect the rights of migrant workers and their families, as the name of the convention indicates. This convention, which

nationality issue is also regulated to reduce cases of Statelessness¹⁴, the Convention Relating to the Status of Stateless Persons¹⁵, and the Convention Relating to the Status of Refugees¹⁶. In this regard, to fully understand the scope of *the regulation of the right to nationality as a fundamental right*, it is essential to recall the specific norms and principles outlined in those instruments.

In this way, its recognition and regulation as a fundamental human right is clear and extensive in the following order of regulations: a) *Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights provides that everyone has the right to nationality*. It also prescribes that no one shall be arbitrarily deprived of his nationality or the right to change his nationality.¹⁷ 5. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination provides, in the initial paragraph and paragraph d) iii) of Article 5, that the States Parties undertake to prohibit and eliminate racial discrimination in all its forms. Moreover, it guarantees every person's right to equality before the law, regardless of race, color, and national or ethnic origin, particularly in the enjoyment of, among other rights, the right to nationality¹⁸. 6. The International Covenant on Civil and Political

was adopted on December 18, 1990, is based on texts 97 and 143 on migrant workers of the International Labor Organization. The treaty entered into force on July 1, 2003.

- 14 Convention to reduce cases of statelessness. Adopted on August 30, 1961 by a Plenipotentiary Conference that met in 1959 and again in 1961, pursuant to General Assembly resolution 896 (IX) of December 4, 1954. Entry into force: December 13 from 1975.
- 15 Convention on the Status of Stateless Persons. Adopted on September 28, 1954 by a Plenipotentiary Conference convened by the Economic and Social Council in its resolution 526 A (XVII), of April 26, 1954. Entry into force: June 6, 1960.
- 16 Convention on the Status of Refugees. Adopted in Geneva, Switzerland, on July 28, 1951 by the Plenipotentiary Conference on the Status of Refugees and Stateless Persons (United Nations), convened by the General Assembly in its resolution 429 (V), of December 14, 1950. Entry into force: April 22, 1954.
- 17 The Universal Declaration of Human Rights is a declaratory document adopted by the United Nations General Assembly in its Resolution 217 A (III), on December 10, 1948 in Paris. Article 15. 1. Every person has the right to a nationality. 2. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or the right to change his nationality.
- 18 International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Adopted and open for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 2106 A (XX), of December 21, 1965. Entry into force: January 4, 1969. Article 5. In accordance with the fundamental obligations stipulated in the Article 2 of this Convention, the States Parties undertake to prohibit and eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone to equality before the law, without distinction as to race, color, or national or ethnic origin, particularly in the enjoyment of the following rights: (...)

Rights also provides, in article 24, paragraph 3, that every child has the right to acquire a nationality¹⁹: b) *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* provides, in the initial paragraph and paragraph d) iii) of Article 5, that the States Parties undertake to prohibit and eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of every person to equality before the law, without distinction as to race, color, and national or ethnic origin, particularly in the enjoyment of, among other rights, the right to a nationality²⁰.

In the same sense, it is found that: c) *Article 9 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* provides that state parties shall grant women the same rights as men concerning the nationality of their children. According to the Convention, States Parties shall also grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality and shall guarantee, in particular, that neither marriage with a foreigner nor the change of nationality of the husband during marriage cause the wife's nationality to automatically change, make her stateless or force her to adopt the nationality of the spouse²¹. The Convention on the Nationality of Married Women establishes similar guarantees regarding the nationality of married women²².

203

d) Other civil rights, in particular: (...) iii) The right to a nationality; (...).

19 International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and open for signature, ratification and accession by the General Assembly in its resolution 2200 A (XXI), of December 16, 1966. Entry into force: March 23, 1976. Article 24. 3. Every child has the right to acquire a nationality.

20 *Ibidem*.

21 Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, was approved in 1979 by the UN General Assembly, entering into force in September 1981. Article 9. 1. The States Parties shall grant women equal rights men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure, in particular, that neither marriage to a foreigner nor the husband's change of nationality during marriage automatically changes the nationality of the wife, renders her stateless or obliges her to adopt the nationality of the spouse. 2. The States Parties shall grant women the same rights as men with respect to the nationality of their children.

22 Convention on the Nationality of Married Women. Opened for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 1040 (XI), of January 29, 1957, entered into force: August 11, 1958. Article 1. The Contracting States agree that neither the celebration nor the dissolution of marriage between nationals and foreigners, nor the change of nationality of the husband during the marriage, may automatically affect the nationality of the woman.

Finally, within this legislative line, they may also mention: e) *The International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and their families* provides, in Article 29, that the children of migrant workers shall have the right to nationality²³.

At the regional level, numerous instruments also guarantee the right to nationality. For example, Article 6 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child²⁴ establishes the right of children to acquire a nationality and prescribes that the legislation of the States parties provide for the acquisition of nationality by children born in their territory to whom the nationality of another State is not granted. Article 20 of the American Convention on Human Rights provides that everyone has the right to one nationality and that everyone has the right to the nationality of the state in whose territory they were born if they do not have the right to another.²⁵ The Convention also establishes that no one shall be arbitrarily deprived of his nationality or right to change it. The Arab Charter of Human Rights provides, in its article 29, that everyone has the right to a nationality and that no one can be arbitrarily or illegally deprived of their nationality²⁶. The Charter also provides that States Parties shall take, following their nationality laws, such measures as they deem appropriate to enable the child to acquire the nationality of his or her mother, with due regard, in all cases, to the child's best interests.

23 *International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families*. Adopted by the General Assembly in its resolution 45/158, of December 18, 1990. Entry into force on July 1, 2003. Article 29. All children of migrant workers shall have the right to have a name, to register their birth and to have a nationality.

24 *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, of July 11, 1990. Date of approval: July 11, 1990. Entry into force: November 29, 1999. Art. 6. Name and nationality. Every child has the right, from her birth, to have a name. Every child must be registered immediately after her birth. Every child has the right to acquire a nationality. The States Parties to this Charter shall undertake to ensure that their constitutional legislation recognizes the principles according to which a child shall acquire the nationality of the territory where he was born if, at the time of his birth, he has not been granted nationality by another State of according to its laws.

25 *American Convention on Human Rights (Pact of San José)*. Adopted in San José, Costa Rica on 11/22/69. Entry into force on 07/18/78 Article 20. Right to Nationality. 1. Every person has the right to a nationality. 2. Every person has the right to the nationality of the State in whose territory he was born if he has no right to another. 3. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or the right to change it.

26 On September 15, 1994, the Arab Charter of Human Rights was adopted in Cairo by the Council of the League of Arab States.

It shall do everything possible to resolve the problem of the Statelessness of children born in its territory or of the children of its citizens residing outside its territory. It cannot escape this analysis; article 7 of the Covenant on the Rights of the Child in Islam²⁷ provides that the child has the right, from birth, to have his or her nationality determined and that the States Parties shall preserve the identity of the child, including his or her nationality. It also establishes that children of unknown parentage have the right to nationality. Likewise, article 4 of the European Convention on Nationality²⁸ provides that the rules of each State party on nationality must be based on the principles that everyone has the right to a nationality, that Statelessness must be avoided, and that no one can be arbitrarily deprived of their nationality. Other provisions of the Convention establish the obligation of States to put these principles into practice.

The Convention complements the legal framework on human rights that has just been exposed to reduce the cases of stateless persons²⁹ , and the Convention on the Status of Stateless Persons³⁰ deals specifically with the issue of Statelessness. In particular, Articles 1 and 4 of the Convention to Reduce Statelessness provide that States Parties shall adopt safeguards to prevent Statelessness by

205

27 Covenant on the Rights of the Child in Islam. Adopted by the 32nd Islamic Conference of Foreign Ministers in Sana'a, Republic of Yemen, in June 2005.

28 The current European rules on nationality are codified in the European Convention on Nationality (STE n° 166), adopted by the Council of Europe in 1997, which entered into force in 2000. This Convention consolidates in a single text all the issues matters relating to the acquisition and loss of nationality. The essential principles of the Convention are the prevention of statelessness, non-discrimination in matters related to nationality and respect for legitimate private and public interests. The Convention aims to facilitate the acquisition of a new nationality and the recovery of a previous one, to guarantee that nationality will only be lost for a justified reason and may not be arbitrarily withdrawn, and to ensure that nationality application procedures are fair, fair and appealable. Likewise, it establishes the principles related to people in danger of statelessness as a result of the succession of States and regulates the military obligations of people who have more than one nationality.

29 Convention to reduce cases of statelessness. Adopted on August 30, 1961 by a Plenipotentiary Conference that met in 1959 and again in 1961, pursuant to General Assembly resolution 896 (IX) of December 4, 1954. Entry into force: December 13 from 1975.

30 Convention on the Status of Stateless Persons. Adopted in New York, United States, on September 28, 1954 by a Plenipotentiary Conference convened by the Economic and Social Council in its resolution 526 A (XVII), of April 26, 1954. Entry into force: June 6, 1960.

granting nationality to persons who would otherwise be stateless and who, either born in its territory, whether they are children born abroad of one of its nationals. The Convention also requires States parties to prevent Statelessness from losing or depriving nationality. According to Article 32 of the Convention on the Status of Stateless Persons, States shall facilitate the assimilation and naturalization of stateless persons as much as possible.

Since nationality is the legal bond that unites a person with a State, it is structured as a right with the following components: the right to acquire a nationality, not be deprived of it, and change it, as established in Article 20 of the American Convention on Rights. Humans ³¹.

It should also be noted that the principle of *non-discrimination* is a standard norm applicable in international human rights instruments. For example, the principle of non-discrimination is established in Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights, among other instruments.³² , Article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights³³, Article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights³⁴, Article 5 of

206

31 American Convention on Human Rights. Art.20. 1. Every person has the right to a nationality.2. Every person has the right to the nationality of the State in whose territory he was born if he has no right to another. 3. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or the right to change it.

32 The Universal Declaration of Human Rights. It was proclaimed by the General Assembly of the United Nations in Paris, on December 10, 1948 in its Resolution 217 A (III). Article 2. Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or any other condition. In addition, no distinction shall be made based on the political, legal or international status of the country or territory on whose jurisdiction a person depends, whether it is an independent country, a territory under trusteeship administration, non-autonomous or subject to any another limitation of sovereignty.

33 International Covenant on Civil and Political Rights. This pact was adopted by the General Assembly of the United Nations on December 16, 1966, and entered into force on March 23, 1976. Article 2. Right to legal remedy when your rights have been violated, even if the violator acted in charge official.

34 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Adopted and open for signature, ratification and accession by the General Assembly in its resolution 2200 A (XXI), of December 16, 1966. Entry into force: January 3, 1976. Article 2. (...) 2. The States Parties to this Covenant undertake to guarantee the exercise of the rights set forth therein, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic position, birth or any other social

the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination³⁵, Article 3 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities³⁶, Article 2 of the Convention on the Rights of the Child³⁷, Articles 2 and 3 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women³⁸, and Article 1 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families³⁹.

condition.

- 35 International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Adopted and open for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 2106 A (XX), of December 21, 1965. Entry into force: January 4, 1969. Article 5 In accordance with the fundamental obligations stipulated in article 2 of this Convention, the States Parties undertake to prohibit and eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone to equality before the law, without distinction of race, color and national or ethnic origin, particularly in the enjoyment of the following rights: (...).
- 36 The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol were approved on December 13, 2006 at the United Nations Headquarters in New York, and were opened for signature on March 30, 2007. Article 3. Principles general – The fundamental concepts of respect for the inherent dignity and autonomy of persons with disabilities, non-discrimination, participation, inclusion, equality and accessibility are those that guide the interpretation of the obligations contained in the Convention.
- 37 Children's rights convention. Developed over 10 years with input from representatives of various societies, cultures, and religions, the Convention was approved as an international human rights treaty on November 20, 1989. Article 2. 1. The States Parties shall respect the rights set forth in this Convention and will ensure its application to each child subject to their jurisdiction, without distinction of any kind, regardless of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, economic position, physical handicaps, birth or any other condition of the child, their parents or their legal representatives. 2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions or beliefs of his or her parents or guardians or their relatives.
- 38 Convention on the elimination of all forms of discrimination against women. Adopted and open for signature and ratification, or accession, by the General Assembly in its resolution 34/180, of December 18, 1979. Entry into force: September 3, 1981. Article 2. The States Parties condemn discrimination against women in all their forms, agree to pursue, by all appropriate means and without delay, a policy aimed at eliminating discrimination against women and, to this end, undertake to: (...). Article 3. The States Parties shall take in all fields, and in particular in the political, social, economic and cultural fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, with the aim to guarantee the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on equal terms with men.
- 39 International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families. Adopted by the General Assembly in its resolution 45/158, of December 18, 1990. Article 1. 1. This Convention shall be applicable, except when it provides otherwise, to all migrant workers and members of their families without distinction. for reasons of sex, race, color, language, religion or conviction, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic situation, property, marital sta-

This is how its recognition as a fundamental human right inevitably leads to several international instruments considering nationality as *a right and prerogative of the person*. Thus, within such a progressive trend, the Inter-American Court of Human Rights has affirmed that:

“Nationality, as the majority accepts it, must be considered a natural state of the human being. Such a state is the foundation of its political capacity and civilian capacity. Hence, although it has traditionally been accepted that the determination and regulation of nationality are the responsibility of each state, the evolution in this matter shows us that international law imposes certain limits on the discretion of the States and that, in its current state, in the regulation of nationality not only competences of the States concur but also the demands of the integral protection of human rights

Specifically, the Convention to Reduce the Cases of Stateless Persons⁴⁰ promptly refers to the topic, recognizing in the first article⁴¹ the right to obtain a nationality “... by operation of law at the time of birth...” or “... utilizing an application filed before a competent authority by the interested party or on his behalf, in the manner prescribed by the legislation of the State from which he

tus, birth or any other condition. 2. This Convention shall be applicable throughout the migration process of migrant workers and their families, which includes preparation for migration, departure, transit and the entire period of stay and exercise of a remunerated activity in the State. of employment, as well as the return to the State of origin or the State of habitual residence.

40 Convention to reduce cases of statelessness. Adopted in New York, United States, on August 30, 1961 by a Plenipotentiary Conference that met in 1959 and again in 1961, in compliance with resolution 896 (IX) of the United Nations General Assembly of December 4 of 1954. Entry into force: December 13, 1975, in accordance with article 18.

41 Convention to Reduce Cases of Stateless Persons. Article 1. Each Contracting State shall grant its nationality to a person born in its territory who would otherwise be stateless. This nationality will be granted: a) By right at the time of birth, or b) By application submitted to the competent authority by the interested party or on his behalf, in the manner prescribed by the legislation of the State in question. Except as provided in paragraph 2 of this article, the request may not be rejected. Any Contracting State whose legislation provides for the granting of its nationality by application, according to subparagraph b of this paragraph, may also grant its nationality by operation of law at the age and under the conditions prescribed by its national legislation. 2. Any Contracting State may subordinate the granting of its nationality according to subparagraph b of paragraph 1 of this article to one or more of the following conditions: a) That the application be submitted within a period fixed by the Contracting State, which must begin no later than the age of 18 and may not end before the age of 21, it being understood that the interested party must have a period of at least one year to sign the application personally and without authorization;

is trying...". Other international instruments determine the right to nationality as an essential and fundamental right of the human being, understood as a normal condition of every individual, that of being a subject of some State.⁴²

The Inter-American Court of Human Rights has stated⁴³, which corresponds to each state, to establish the possibility of acquiring nationality by someone who has initially been a foreigner through regulations of domestic law. Notwithstanding the preceding, the States autonomously regulate this fundamental right. However, these state regulations cannot violate other higher principles of international law or render the law itself null and void.⁴⁴

Citizenship, and rights: identity and nationality

It was hardly necessary to close these study topics with the transcendent evolution of the concept of *nation and nationality* with the contemporary interpretation, which currently receives the notions of *citizenship* and its corresponding rights.

The dynamics of the gradual recognition of fundamental human rights and constitutional rights of the same order, as (Rodríguez, 2013) points out today, present nationality as one of the legal elements that most immediately configure *the identity of people*. Nationality defines the relationship of belonging of the individual to a State and the situation of the person in front of the other States in which nationality is not enjoyed, for which he is a foreigner. However, nationality is not the only element that defines the subject's identity concerning the state since legal consequences are derived from that

209

42 American Convention on Human Rights. Article 20. Right to Nationality. 1. Every person has the right to a nationality 2. Every person has the right to the nationality of the State in whose territory he was born if he has no right to another. 3. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or the right to change it.

43 Advisory Opinion No. 4 of 1984. Inter-American Court of Human Rights. Number 36.

44 Regarding Nationality and the granting by each State, in the "Nottebohm Case" the International Court of Justice stated "Naturalization is not something to be taken lightly. Asking for it and obtaining it is not a common act in life, of a man. It entails for him the breaking of a bond of fidelity and the establishment of another bond of fidelity. It carries with it distant consequences and a profound change in the destiny of the one who obtains it. It concerns him personally and it would be to ignore its profound meaning not to retain from her more than the reflection on the fate of her assets [Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, pp. 24" Cf. OC. 4 of 1984. Inter-American Court of Human Rights.

bond of belonging that confers a special status and *rights that make the person a citizen* (Boll, 2007). Thus, nationality and citizenship are closely related, although their relationship is difficult to define.⁴⁵ In some states, they are interchangeable terms.

In contrast, in others, a clear distinction is made between the internal aspect of membership to a State that confers a series of political, social, and economic rights and the external manifestation of that belonging. Thus, it has been frequent to link the exercise of citizenship rights to possessing nationality. However, history has also shown us how they could be citizens without being national (Lizcano, 2012).

The analysis that we have exhausted up to this level of the study allows us to infer that nationality has been registered throughout its historical evolution as a *presupposition* for the enjoyment of political, civil, or social rights. These rights are linked to citizen status. However, the evolution in the perception of rights also entails a change in *the conception of these statutes of national and citizen*.

210 As exposed by (Zúñiga, 2010), in the transition to modernity, "citizenship mutates from an original model articulated on the government-subject relationship to the modern liberal approach proposed by Locke and linked to representation and political participation. While the subject's approach was centered on the human activity of the government toward society, the modern model of representation and political participation draws the link between government and society as a two-way street where the government can influence the citizens. Like these in the government, in dialogue, or reciprocal feedback. "It also ends by specifying that in the "modern model of citizenship, unlike the Greek and Roman citizenship model, participation in the decision of public affairs is mediated by the representatives in order to make the project of large-scale democracies plausible. However, the scale of this amalgamation between democracy and representation allows democratic development in vast territories and causes profound transformations in practice and the citizen imagination." (Arrieta, 2019)

In this way, the fact of verifying that nationality is a *condition to be able to access rights* leads to the assumption that nationality is not only a “good pleasure” of the state -which determines who its nationals are- *but that it becomes a right, and fundamental* because it is the one that allows us to have rights. Thus, nationality would confer the “right to have rights” (Hall, 1999).

On the other hand, it is observed that the protection of people *no longer rests so much on belonging to a State as on the existence of internationally recognized human rights* (Spiro, 2002). This perspective then leads us to suppose that citizenship, as an internal extension of the notion of nationality, does not become such a conclusive component in the full recognition of the prerogatives in favor of the person, although it is always true that these rights only can be invoked against the state. Moreover, this also supposes a perception that the construction of the individual's rights *has an aspect beyond belonging to a State*.⁴⁶

On the occasion of what has been said, currently, in addition to the recognition of nationality and its most direct component, citizenship around globalization and universalization of rights, there arises the occasion of fundamental human rights, the “inclusive” trends that open the window to another series of phenomena and situations that affect cultural and ethnic aspects, (Lagunes, 2014). Faced with a new reformulation of the inclusive exercise of the Nation, *identity, and citizenship institutes*, sociology has explored, from Simmel to Bauman (Bauman, 1991), a strategic figure that serves as a prototype of identity phenomena: *the foreigner*. Simmel has a double character: he is not one of us but confronts us. The foreigner comes from a different and remote origin, and he is a prototypical example of ambivalence which means, in Bauman's words, “the possibility of assigning more than one category to an object or event.” Because the foreigner refuses to belong to the “we,” he becomes a constant threat to the world of order. Bauman points out that contact with the

46 This phenomenon of overcoming “national” parameters in the enjoyment of citizenship rights is what Soysal coins as “post-national” citizenship, Vid. Soysal, Y., “Citizenship Change in Europe: Observations on Postnational Membership and the Nation State,” in Citizenship, Nationality and Migration in Europe, CESARANI, D. /FULBROOK, M. (eds.), ROUTLEDGE, London/ New York, 1996, p. 17-29.

foreigner produces two kinds of fear: first, heterophobia, that is, the resentment of difference associated with something that disturbs the order of the familiar; secondly, proteophobia, that is, the feeling that the other does not fit into the structure of the established order. That is why we constantly try to “tame” the foreigner –and the ambivalence he entails– through neutralization and stigmatization strategies (Bauman, 1995).

In Bauman’s terms (Bauman, 1990), explaining the neuralgic point of the condition of the foreigner in the face of the *existing tensions between the currents of exclusion and inclusion*, the author states that in the context of the *polynomial nation, nationality, citizenship, and identity*, the foreigner introduces heterogeneity and ambivalence. The foreigner “disrupts the comfortable tranquility of life by asking questions that none of the ‘locals’ remember asking or answering.” Such questions turn what was self-evident into puzzles. That is, they defamiliarize the familiar. Likewise, the foreigner leads us to think that identity is defined precisely against them since not being included in a “we” allow us to formulate a more precise definition of that “us.” Social theory, according to this same author, would consist of following the foreigner to the extent that “familiarity” is “the enemy of inquiry and criticism” and, therefore, the function of social theory would be to act like a “nosy and sometimes irritating foreigner.” Following Bauman’s recommendation, Let us take this metaphor to approach the notions of *nationality, identity, and citizenship*.

The advent of modernity in the West is concomitant with the definition of the Nation-State. From there, *political reflection* has become much more sophisticated and complex. New phenomena such as the spread of capitalism, the formation of various democratic experiences, the emergence of mass political parties, and the expansion of the scope of individual action and rights have given rise to many theories and political projects whose variety can be observed today. The modern state is defined by (Weber, 1997: 33-35) as “(...) that human community that within a certain territory claims for itself (successfully) the monopoly of legitimate physical coercion (...)” as the sole source of the “right” of coercion,” has been the result of this process. Thus, intimately linked to the conception

of the territory is that of the nation, which is intermingled with the state, thus giving way to the Nation-State, *and the crystallization of this symbiosis will be nationality.*

The Nation-State admits two great consolidating plans: the first where the external conditions are explicit, and the second where the internal conditions determine its construction. On the superficial level, as a first measure, there is the collective identity linked to a territory and the deeds developed for its defense. That is why the nation needs to have a strong memory against oblivion (Zuñiga, 2008), constantly represented to be remembered by different generations. The media play a leading role in this constant presentation of what keeps us together.

It was (Weber, 1997:33-35) the only significant thinker who paid particular attention to the distinction between *ethnic group and nation*, thus providing an analytical key to distinguish between different processes and announcing some of the problems facing contemporary society. Weber defines an ethnic group as: "(...) those human groups that, based on the similarity of exterior habit and customs, or both at the same time, or on memories of colonization and migration, harbor a subjective belief in a common origin. In such a way that belief is important for the expansion of communities". From this configuration, nationality can be defined as a "communal form of bond between many individuals who share the 'subjective feeling of building a whole.' Moreover, who identifies such a whole with the origin, the trajectory, the present time, and the future of a specific town. "

213

(Hernandez, 1991).

Thus, for this examination, citizenship *implies membership*, belonging to a State, a political system, and equality without distinction before that state. In contrast, the notion of national (or ethnic) identity implies *recognition of common ties that, in turn, include some degree of exclusion and segregation*. One is located in the sphere of politics, the other in that of culture. Historical situations, either of the two can grow to the detriment of the other and produce different results. While in the light of classical theories of modernization, the gradual disappearance of solidarity groups characterized by linguistic, religious, or cultural identities was assumed. The

contemporary world seems to be witnessing the reaffirmation, rediscovery, or reconstruction of such identities as a result precisely of the extension of the capitalist economy, the empire of national states, and the development of a legal system of international scope, a process that various analysts have theorized as typical of the so-called postmodern society (Borja *et al.*, 1998: 33-36).

Other trends like (Haberle, 2006:151), expanding the previous legal framework, present "*identity through the constitution*" or identity thanks to constitutional roots. From the sociological aspect of the subject, this vision requires resorting to philosophical, psychological, and sociological knowledge. In this sequence of warnings, this author specifies, "Roles mark intersubjective connections as proposals that offer to mean so that an individual's identity develops decisively through their roles in society. For their part, the roles consist of a set of social norms, which allows us to glimpse the relevance of the Constitution for identity: since numerous roles are stabilized and sometimes even recorded through the law, there is an important path, if well indirect, for the construction of identity through the Constitution, that is, to penetrate the law that determines the roles played in society. "The constitutionalization of the legal and political systems in favor of human and fundamental rights thus gain a significant additional dimension." (Rhenals, 2013:291-318)

There seems to be some agreement, following (Weber, 1997:56-57) that ethnicity refers to groups that, for various reasons, attribute a shared history but do not necessarily claim political expression in the form of a state. The nation would emphasize the opposite pole, common destiny, and a direct reference to political association. Hence, an ethnic group, in particular circumstances, can express itself as a nation by demanding that cultural limits coincide with political limits. Thus, a complex relationship between ethnicity and nationalism is derived.

Conclusions

Thus, the undoubted tensions defined in this study from its transdisciplinary perspective could be overcome by consolidating a vision of Constitutional Law, scientifically promoting exercises

in moral and political philosophy applied to the legal, political and social phenomenon around dignification. Of nationality as a human and fundamental constitutional right.

This scientific approach will allow for integration from the trilematic discussion to address the Philosophy of Law with the multiple iusphilosophical notions that influenced, and currently influence, the way of conceiving and operating the so-called constitutionalization of International Law regarding the human and fundamental right to nationality or citizenship in the context of the European Union and Latin America.

Any socio-legal problem surrounding the human race and its evolution related to human and fundamental rights, especially that of nationality or citizenship and its effective recognition, must necessarily be faced and resolved through the adoption of a trilematic debate aimed at methodologically promoting dialogue from the political (legitimacy), the legal theory (validity) and the sociological (effectiveness).

References

215

- Advisory Opinion OC-4 OF 1984. Inter-American Court of Human Rights. Proposal to amend the Constitution of Costa Rica.
- American Convention on Human Rights (Pact of San José.). Adopted in San José, Costa Rica, on 11/22/69. Entry into force on 07/18/78 Article 20.
- Arrieta López, M. (2019). *De la democracia a la Aretectracia: origen, evolución y universalización / From Democracy to the Aretectracia: Origin, Evolution and Universalization*. Utopía y **Praxis Latinoamericana**, 24, 115-132. Retrieved from: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/29689>. Fecha de consulta 12 de enero de 2022
- Bauman, Z, TIM M. (1990). *"Pensando sociológicamente."*, **Cambridge: Blackwell**, pp. 17-18.
- Bauman, z., Tester, K. (1991). *"La ambivalencia de la modernidad"*. **Pensamiento y cultura**, núm 7, Universidad de la Sabana, Cundimarca- Colombia, 2004, pp. 152-155. Available in: <https://www.redalyc.org>. Fecha de consulta 15 de marzo de 2022

Bauman, Z. (1995). *"La vida en fragmentos. Sobre ética pos-moderna. Ensayos en la moralidad posmoderna"*. Oxford: Blackwell, pp. 255- 277.

Boll, A. M. (2007). *Multiple nationality and international law*, martinus ni-jhoff Publishers, Boston/Leiden, pp. 71 y ss.

Borja, J.y Castells M. (1998). *"Local y global. La gestión de las ciudades en la era de la información"* España: Taurus, pp. 33-36.

Covenant on the Rights of the Child in Islam. Adopted by the 32nd Islamic Conference of Foreign Ministers in Sana'a, Republic of Yemen, in June 2005.

Convention on the Elimination of all forms of discrimination against women. The General Assembly adopted and opened for signature and ratification, or accession, in its resolution 34/180, December 18, 1979.

Convention on the Nationality of Married Women. Opened for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 1040 (XI) of January 29, 1957

216 Convention on the Rights of the Child (CRC) is an international treaty of the United

Nations, adopted and opened for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 44/25 of November 20, 1989.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol were approved on December 13, 2006, at the United Nations Headquarters in New York.

Convention on the Status of Stateless Persons. It was adopted on September 28, 1954, by a Plenipotentiary Conference convened by the Economic and Social Council in its resolution 526 A (XVII) of April 26, 1954.

Convention on the Status of Refugees. Adopted in Geneva, Switzerland, on July 28, 1951, by the Plenipotentiary Conference on the Status of Refugees and Stateless Persons (United Nations).

Espinar Vicente, J. M.A (1986). *Derecho internacional privado*, vol. 2. °, la Nacionalidad, ed. Tat, Granada, pp. 13 y 14.

- Háberle P. (2006). "Verdad y estado constitucional, trad. de Guillermo Mañón Garibay". México, UNAM, pp. 151.
- Hall, S. (1999). "El convenio europeo sobre la nacionalidad y el derecho a tener derechos", **E.L.R.**, vol. 24, pp. 586-602, pp. 587-58.
- Hernández, M.A. (1991). "La modernización social y el mundo moderno", en: Gutiérrez, Carlos (ed.), **La investigación en Colombia, en las artes, las humanidades y las ciencias sociales**, Misión de Ciencia y Tecnología, Bogotá: Uniandes, pp. 75-77.
- Hernández de Velazco, J. J. (2007). *Toma de decisiones públicas desde las perspectivas del proceso tecnocrático y la participación ciudadana: Caso venezolano*. **Revista Venezolana De Gerencia**, 12(40). <https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/rvg/article/view/10476/10464>, Fecha de consulta: 30 de enero de 2020.
- Hernández de Velazco, J.J., Chumaceiro Hernández, A. C., y Ravina Ripoll, R. (2019). *Mirada transdisciplinaria de la participación ciudadana y la felicidad social en el discurrir del milenio*. **Revista Utopía Y Praxis Latinoamericana**. AÑO: 24, n° EXTRA 3, pp. 46-59. ISSN 1315-5216 / ISSN-e:2477-9555 <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/29685/30740>. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2022.
- Human Rights Council 13th period of sessions Agenda item 3 Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary General, December 14, 2009, p. 72-74.
- International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. It was adopted and open for signature and ratification by the General Assembly in its resolution 2106 A (XX) of December 21, 1965.
- International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and opened for signature, ratification, and accession by the General Assembly in its resolution 2200 A (XXI), December 16, 1966.
- International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families. The General Assembly adopted it in its resolution 45/158 of December 18, 1990.

Lagunes López, O. (2014). *Los derechos humanos en el escenario de la globalización actual. Notas críticas para una nueva fundamentación de los derechos humanos*. **Clivajes Revista de Ciencias Sociales**. Núm. 2. Disponible <https://clivajes.uv>.

Lizcano Fernández, F. (2012). *Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo*. **Polis. Revista Latinoamericana**. 32. La Política: deliberación, técnica y movimiento. URL: <http://journals.openedition.org>.

Mancini, P.S. (1851), Available in: Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti, <https://appelloalpopolo.it/?p=10330#:~:text=Il%2022%20gennaio%201851%2C%20Mancini%20svolse%20a%20Torino%2C,parlando%20degli%20elementi%20etnici%20o%20materiali%20della%20nazionalit%C3%A0>. Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021.

Mazzini, Giuseppe. (2009) *Un cosmopolitismo de las naciones*. Editado por Nadia Urbinati. Publicado por la Universidad de Princeton. New Jersey. Estados Unidos de América. pp. 22-23.

218 Otero, M. (1988). *La nacionalidad como Derecho Fundamental*. *Anuario de filosofía del derecho*. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, pp. 5-7. Available in: <https://www.boe.es>. Fecha de consulta; 06 de febrero de 2022.

Rhenals Turriago, (2013). *El activismo judicial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los toxicómanos en Colombia*. **Revista IUSTA**, vol. 2, núm. 39, julio-diciembre, 2013, pp. 291-318 Universidad Santo Tomás Bogotá, Colombia.

Rhenals Turriago, J. (2018). *Una mirada reflexiva a la constitucionalización del derecho internacional en el contexto del reconocimiento al derecho fundamental a la nacionalidad*. **REIB: Revista Electrónica Iberoamericana**, ISSN-e 1988-0618, Vol. 12, N°. 2, 2018, págs. 96-123. Available in: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 01 de febrero de 2022.

Rodríguez Pineau E. (2013). *"Identidad y nacionalidad"*. UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Editor: Boletín Oficial del Estado; Universidad Autónoma de Madrid, pp. 25-26.

Spiro, P. J. (2002). «*Abrazando la doble nacionalidad*», en **Dual Nationality Social Rights and Federal Citizenship en los EE. UU., y Europa; La reinención de la ciudadanía**, Berghahn Books, pp. 19-33, pp. 25.

The Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion No. 4 of 1984. Inter-American Court of Human Rights. Number 36. Fecha de Consulta: 22 de mayo de 2022 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf.

The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families is a UN treaty that seeks to respect the rights of migrant workers and their families, as the Convention indicates. This Convention was adopted on December 18, 1990.

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) is a declaratory document adopted by the General Assembly of the United Nations in its Resolution 217 A (III) on December 10, 1948, in Paris.

Zúñiga Añazo, Y. (2010). "*Ciudadanía y género. representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo.*" **Revista de Derecho** Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 17 - Núm. 2, pp. 133-163.

219

Zúñiga Reyes, D. (2008). *Nación, identidad y ciudadanía: del ejercicio de inclusión al de exclusión*. CS [online], n.2 [cited 2021-12-12], pp.165-180. Available in: <https://doi.org/10.18046/recs.i2.415> Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2022.

Weber, M. (1997). "*Economía y sociedad*" Colombia: Fondo de Cultura Económica, pp. 33-35.

African Charter on the Rights and Welfare of the Child, July 11, 1990. Date of approval: July 11, 1990. Entry into force: November 29, 1999. Art. 6.

Convention to reduce cases of Statelessness. Adopted on August 30, 1961, by a Plenipotentiary Conference that met in 1959 and again in 1961, according to General Assembly resolution 896 (IX) of December 4, 1954.

Educación en los tiempos de la Covid-19: una mirada crítica

Carlos Martínez*, Nurys Martínez Guerra**

Resumen

La pandemia mundial ocasionada por la Covid-19 obligó una pausa que sirvió de momento propicio para reevaluar las acciones conducentes a la apropiación social de nuevas estrategias para seguir los procesos educativos y de práctica. El objetivo del presente trabajo es analizar las metodologías aplicadas para la realización de la intervención social requerida en tiempo de crisis y distanciamiento social y de los procesos de virtualidad sincrónica y asincrónica que facilitaron la implementación del uso de las tecnologías de la información y la comunicación como herramientas de solución ante la crisis del momento, sin perder la originalidad y la esencia de su perfil profesional y disciplinar como trabajadores sociales. Se concluye que, a pesar del distanciamiento social obligatorio, virtualmente se logró avanzar y no dejar de lado el acompañamiento necesario a la población vulnerable.

Palabras clave: Educación, pandemia, COVID 19, Trabajo Social, innovación social.

Education in the times of Covid-19: a critical look

Abstract

The global pandemic caused by Covid-19 forced a pause that served as a propitious moment to reassess actions leading to the social appropriation of new strategies to continue educational and practice processes. Therefore, the objective of this article is to present the methodologies used to carry out the social intervention required in times of crisis and social distancing. Similarly,

* Colombiano. PhD en Pensamiento Político. Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Educación. Programa de Trabajo Social. Docente investigador en innovación social aplicada a Ciencias Sociales. Universidad del Sinú. Colombia. carlosmartinezo@unisnu.edu.co

** Colombiana. Trabajadora social, magíster en Educación. Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Educación. Programa de Trabajo Social. Docente investigadora en sistematización de experiencias. Universidad del Sinú. Colombia. nurysmartinez@unisnu.edu.co

to observe the processes of synchronous and asynchronous virtuality that led them down the path of implementing the use of information and communication technologies as tools to solve the crisis, without losing the originality and essence of their professional profile and discipline as Social Workers. It is concluded that, thanks to its use and despite the mandatory social distancing, it was possible to advance and not neglect the necessary support for the vulnerable population.

Keywords: Education, pandemic, COVID 19, Social Work, social innovation.

Introduction: “El Mundo Paró”

En la portada de la Revista *Time* de marzo 30 de 2020, si se observa con detenimiento y no con la ligereza propia de estos tiempos de oscurantismo pandémico, se ve una agraciada mujer cuyo cabello posa y se desliza a través de sus hombros hasta terminar a la altura del pecho. A pesar del tapabocas, su mirada fija y expresiva narra desde el silencio la voracidad del encierro provocado por la pandemia. Esa mujer de expresión retraída en insoportable levedad está enmarcada por una cornisa blanca que le da la sensación de estar estática, atrapada en un tiempo incierto. Es el vivo retrato que simboliza como un cuadro medieval la evidencia de la peste de los nuevos tiempos. Acompañan la imagen, tres palabras contundentes: El Mundo Paró. (Time. 2020. Portada).

221

El logro de esta fotografía que plasma la mirada que habla desde el alma, fue lograda por la fotógrafa Ángela Strassheim. Una mujer nacida en Bloomfield, una pequeña ciudad situada en el estado de Iowa en Estados Unidos, que se graduó en Fotografía en la Universidad de Yale y se certificó en Fotografía Forense y Biomédica. Como se comenta en la edición, fue a visitar a Cheryl Chutter en Connecticut. No fue por labores profesionales, solo pasó a dar el aliento necesario a su amiga de 51 años, quien fuera diagnosticada con la Covid-19 el 17 de marzo de 2020. Chutter estaba en su primer día de cuarentena, y mientras la fotógrafa se acercaba a la casa, vio esa imagen en la ventana. Se sorprendió del poder de la semántica expresada por la imagen del rostro cubierto por la máscara que parecía transmitir visualmente la frustración, el miedo y el aislamiento. La fotografía resume, en palabras de Strassheim,

que todos estamos presos en nuestras casas y la ventana es un espejo para mirarnos a nosotros mismos.

Ninguna persona, excepto quienes detentan en aparente secreto el manejo de informaciones sobre el advenimiento de guerras biológicas y este tipo de menesteres que se narran desde las teorías contemporáneas denominadas “*conspirativas*”, tenía en sus planes que el año bisiesto de 2020 fuera para la humanidad el punto de freno ocasionado por el enemigo invisible de la Covid-19:

El verdadero nombre de la epidemia en curso debería indicar que ésta muestra en cierto sentido -nada nuevo bajo el cielo contemporáneo-. Su verdadero nombre es SARS 2, es decir “Severe Acute Respiratory Syndrom 2”, nominación que inscribe de hecho una identificación “en segundo tiempo”, después de la epidemia SARS 1, que se desplegó en el mundo durante la primavera de 2003. Esta enfermedad fue nombrada en aquel momento como la primera enfermedad desconocida del siglo XXI...Es pues claro que la actual epidemia no es definitivamente el surgimiento de algo radicalmente nuevo o increíble (Agamben, Zizek, Jean Luc, Berardi, López, Butler, Badiou, Harvey, Han, Zibechi, Galindo, Gabriel, Yañez, González y Preciado, 2020; 68).

222

Acorde con los registros del Ministerio de Salud de Colombia publicados por las diferentes redes sociales, el primer caso de COVID, se confirmó el 6 de marzo en Bogotá, la cifra de contagiados empezó a crecer de tal manera que, para el 19 de septiembre de 2020, en Colombia ya se confirman 758 398 casos positivos, 24 039 muertes y 627 685 recuperados. Si bien las cifras reflejan la estadística de la pandemia, para nada evidencian la verdadera realidad social que se esconde en cada una de las situaciones vividas a expensas de la Covid-19, que ha convertido a cada nicho de sobrevivientes en un mundo aparte. Bien lo señala el investigador, Boaventura de Sousa:

La pandemia actual no es una situación de crisis claramente opuesta a una situación normal. Desde la década de los ochenta, a medida que el neoliberalismo se impuso como la versión dominante del capitalismo y este se sometió cada vez más a la lógica del sector financiero, el mundo ha vivido en un estado de crisis permanente. Una situación doblemente anormal. Por un lado, la idea de una crisis permanente es un oxímoron, ya que, en el sentido etimológico, la crisis es, por naturaleza, excepcional y temporal, y constituye una oportunidad de superación para originar un mejor estado de cosas. Por otro, cuando la crisis es pasajera, debe explicarse por los fac-

tores que la provocan. Sin embargo, cuando se vuelve permanente, la crisis se convierte en la causa que explica todo lo demás. Por ejemplo, la continua crisis financiera se utiliza para explicar los recortes en las políticas sociales (salud, educación, seguridad social) o la degradación salarial. Así, impide preguntar sobre las causas reales de la crisis (De Sousa, 2020; 5).

Es decir, han pasado más de dos milenios desde el surgimiento de las primeras formas de gobierno. Dentro de ellas se encuentra el modelo político de la Democracia. Es decir, se han recorrido en ese transcurso lineal del tiempo, más de dos mil años y aun la sociedad en su conjunto no ha logrado comprender que se requiere con urgencia, la búsqueda de la igualdad social para evitar que esa olla a presión que es el planeta, explote, como lo viene haciendo de forma gradual a través de los diferentes movimientos sociales que hoy sacuden al mundo en diferentes lugares y que no buscan en el fondo de sus quejas y reclamos, otra cosa que lograr los elementos básicos de la supervivencia: alimento, vivienda y trabajo.

Se parte del supuesto fundamental que Niall Ferguson advierte en su más reciente trabajo, en el cual señala que se está viviendo una gran convergencia, una gran desaceleración en Occidente que se resume en boca de los expertos como el des apalancamiento, adjetivo que no califica otra cosa que el doloroso proceso de la reducción de la deuda con las consecuencias de devastación humana que ya se han visto reflejadas en las caídas de gobiernos como el de Grecia y muchos otros países que están a la puerta de la hambruna generalizada. Estos llamados de atención que se hacen desde el orden hemisférico son un interesante punto de referencia para consolidar un análisis sobre la realidad que se vive en el territorio nacional (Ferguson, 2013). Es decir,

Este crecimiento masivo, sin consideración de límites, apoyado en el manejo a gran escala de los stocks de los materiales contenidos en la corteza terrestre, conduce al deterioro del patrimonio natural que ha legado la evolución, tanto por la extracción de recursos no renovables, como por la generación de residuos, resultando en el extremo globalmente inviable. Pero, además, el modelo socioeconómico capitalista no se ha expandido sólo a costa de los sistemas naturales, sino también a partir de la incautación de los tiempos de las personas para ponerlos al servicio del mercado. Es evidente en el caso de las personas empleadas en el mercado laboral en

el que venden su fuerza de trabajo a cambio de un salario. Sin embargo, la apropiación ha sido menos visible o totalmente invisible en lo referente a los tiempos dedicados a la reproducción social y mantenimiento de la vida cotidiana. El cuidado de los cuerpos vulnerables constituye un elemento profundamente material e insoslayable para la supervivencia humana...En realidad, somos interdependientes a lo largo de todo el ciclo vital, aunque sea en estos períodos cuando lo advertimos con más claridad. Por el hecho de vivir en sociedades patriarcales, son las mujeres las que asumen en mucha mayor medida este trabajo y lo realizan mayoritariamente en el ámbito privado de los hogares (Herrero, 2012; 38).

Por ello, se debe reflexionar sobre el retorno a la exploración de los orígenes, es decir, volcar la mirada hacia ese “conócete a ti mismo”, que evidenció su gran carencia al explotar de forma desmedida en todo tipo de problemas generados tras el encierro acaecido por la pandemia. Da la sensación que la “normalidad” está afuera, en el consumo, en el centro comercial, en el bar de la esquina y no en la propia realidad de la vida privada. Es decir, todas las precariedades asomadas sin timidez en el encierro se nutren de la ilusión consumista, antes que soportarse en sí mismos y su relacionamiento con los demás. En la construcción del sentido de responsabilidad al cuidado de sí mismos y de su entorno.

No en vano, las formas en que los humanos aprehenden su propio ser es haciéndolo visible en las imágenes de sus dioses y diosas. De hecho, la diosa madre dondequiera que se encuentre, es una imagen que inspira una percepción del universo como todo orgánico, sagrado y vivo, de la que ella es núcleo:

Es una imagen de la que forman parte, como sus hijos, la humanidad, la tierra y toda forma de vida terrestre. Todo está entrelazado en una red cósmica que vincula entre sí todos los órdenes de la vida manifiesta y no manifiesta, porque todos ellos participan de la santidad de la fuente original (Baring y Cashford, 2005; 11).

De igual manera comentan que,

Al volver la mirada...hacia estas figuras, las más antiguas, parece como si la madre hubiese sido la primera imagen de la vida para la humanidad. Esto debe remontarse a los tiempos en que los seres humanos se reconocían como hijos de la naturaleza, vinculados con todas las cosas, formando parte del todo (Baring y Cashford, 2005;28).

De esta manera, el retorno a los orígenes que categorizan a la Pacha Mama como sujeto de derechos es indispensable:

La pandemia de la COVID-19 es un desafío para la economía mundial. Medidas políticas estrictas introducidas por gobiernos de todo el mundo para reprimir la propagación del virus también significan una interrupción de la economía mundial y los flujos de inversión. Según el informe económico provisional de la OCDE Evaluación publicada en marzo, las perspectivas de crecimiento siguen siendo muy inciertas debido al brote de COVID-19. Se prevé que el crecimiento anual del PIB mundial caiga al 2,4 por ciento en 2020 en comparación con un ya débil 2,9 por ciento en 2019. Esto significa que toda la economía mundial podría entrar en recesión, ya que el crecimiento anual global por debajo del 2,5 por ciento se toma a menudo como el umbral recesivo para el mundo. Se espera que el comercio mundial caiga entre un 13% y un 32% en 2020 a medida que la pandemia de COVID-19 altera la actividad económica normal y la vida en todo el mundo. Además, la OMC subraya que en caso de que las empresas y los consumidores consideren esto como una conmoción temporal y única, la posibilidad de un rebote más fuerte es mayor. Una incertidumbre prolongada o recurrente probablemente conducirá a más empresas y consumidores cautelosos. En un análisis publicado recientemente, la UNCTAD revisó sus proyecciones sobre el impacto potencial de la pandemia de COVID-19 en la IED y las cadenas de suministro mundiales. La actualización predice una presión a la baja sobre la IED global estimado en -30% a -40% antes de 2021, considerablemente más que su predicción inicial de -5% a 15% desde principios de marzo. Además, las revisiones a la baja de las ganancias de 2020 de las principales 5000 empresas multinacionales con una participación significativa de la IED mundial se estima en -30% en promedio. En general, las industrias más afectadas son la energía, los materiales básicos, las aerolíneas, automoción, y hoteles y restaurantes (Hora y Omic, 2020; 1).

225

La compra excesiva de cosas suntuarias de verdadera inutilidad ha logrado llevar al planeta a un acto de depredación tal, que lo tiene al borde del colapso. Hay que recordar la “Paradoja de Esterlin”, quien, en la segunda mitad de la década de los setenta descubrió que en los países donde las necesidades de vivienda, alimentación, agua y energía estaban cubiertas, la felicidad promedio no aumentaba. Por consiguiente, el economista Richard Esterlin logró demostrar que más dinero no significa más felicidad (Patel, 2012). Así mismo, el economista de Cornell, Robert Frank, encontró que buscar la

felicidad a través de los yates, los Rolex y otras vanas suntuosidades, tienen consecuencias graves, en especial en momentos en que la desigualdad social aumenta. En una palabra, cada vez se concentran más riquezas en manos de pocos, cuyos estilos de vida son endiosados por los medios de comunicación y generan que las expectativas de la mayoría se vuelvan más y más inalcanzables. Los bienes que deberían alegrarnos nos hacen cada vez menos felices (Patel, 2012):

Cara a limitar la acumulación y a reducir gradientes de desigualdad es fundamental modificar el sistema monetario internacional, para establecer regulaciones que limiten la expansión financiera globalizada. Se debería lograr regular la dimensión de los bancos, controlar su actividad, aumentar su coeficiente de caja, limitar las posibilidades de creación de dinero financiero y dinero bancario y suprimir los paraísos fiscales, con el fin de que no constituyan vías de escape para que los oligarcas sitúen su patrimonio y negocios fuera de las leyes estatales. Se trata de revincular la oferta monetaria a su base económica real, con el fin que la primera realmente sea la que incide en una demanda efectiva que, en el sentido del apartado anterior, ayude a incrementar la ecoeficiencia. Es decir, articular una política monetaria, que más allá de ser instrumento de estímulo o freno a la demanda, fuera también gestora de esa demanda (Herrero, 2012).

226

Deberíamos recurrir a la paradoja que en su momento propuso John Stuart Mill: para ser feliz hay que dejar de buscar la felicidad. Razón de sobra tenía este pensador clásico, pues como ha señalado recientemente, Joseph Stiglitz, el precio de la desigualdad se da porque el 1% de la población tiene lo que el 99% necesita. Estos argumentos de los economistas invitan a reflexionar sobre una pregunta fundamental: la situación actual obliga a preguntar por el tipo de planeta y sociedad en los que queremos vivir porque debemos empezar a imaginar que en alguna oportunidad la dignidad y la Humana Conditio constituirán el deber ser.

La educación en los tiempos de la Covid-19

En estos tiempos que tuvimos que mirarnos de manera detallada al espejo para tomar la decisión de reinventar la vida en aras de sobrevivir a los estragos de la pandemia, se evoca a Martin Schoeller, uno de los fotógrafos más importantes del mundo. Radicado hace muchos años en Nueva York, una de sus mayores enseñanzas es la relacionada con el

uso del llamado “primerísimo primer plano”, que le permite sin ningún tipo de retoque, filtro, ni nada que se le parezca, transmitir a través de la imagen, la intención de la verdad que está implícita en ella.

Se recuerda a Schoeller porque en sus enseñanzas hay dos lecciones que deben ser aprehendidas para aplicarlas a la vida misma. La primera lección es tratar de ver en un profundo acercamiento como el que hace el fotógrafo a los rostros, nuestra cara para realizar una arqueología al interior de nuestro sedimento que permita comprender la razón de ser y estar en este planeta. La segunda lección que nos enseña es no realizar ningún tipo de retoque a las fotos, salvo, algunas mejoras en la luz. Este ejercicio de no manipular la imagen debe aplicarse a todas las acciones que se emprenden desde las intenciones de formar seres humanos en pro de la edificación de una sociedad más justa, incluyente y equitativa que se comprometa desde la bioética a la construcción de un tejido social que reoriente el sentido de la condición humana.

Desde este prisma de análisis, uno de los aspectos más reveladores de la acción comunicativa que ofreció este primer plano consistió en la develación ocasionada por la declaratoria universal de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud: (OMS). La OMS a inicios del bisiesto 2020, a través de su director general, Tedros Adhanom, impactó a las familias no solo con la hecatombe mental provocada por el advenimiento de la Covid-19 sino también por el giro acelerado que se presentó en el manejo de la continuidad de las acciones habituales, dentro de ellas, lo referente a los aspectos educativos de los estudiantes.

Nadie esperaba pasar de la noche a la mañana de la comodidad de la presencialidad en el aula de clase a las incomodidades propias de una virtualidad aun esquiva para muchos, que obligó, como Schoeller nos enseñó, a mirarnos en el propio espejo del primer plano, para comprender el talante del que estábamos contruidos a la hora de iniciar un proceso consagrado en la autogestión. No es para menos. En un Estado Social de Derecho como el nuestro, a pesar de los esfuerzos, la realidad del mejoramiento de la conectividad a la Internet dejó ver en “primerísimo primer plano” su rostro más precario. Peor aún, la extrema pobreza que se esconde bajo el tapete

de miles de hogares también amarró en la ventana el trapo rojo ante la carencia de computadores, tabletas, teléfonos inteligentes y todo tipo de dispositivos electrónicos del siglo XXI que se volvieron casi imprescindibles a la hora de impartir una clase o cualquier tipo de acción comunicativa desde la anormalidad del encierro aparentemente inteligente, voluntario, selectivo y preventivo. Desde esta lógica,

El punto no es disfrutar sádicamente el sufrimiento generalizado en la medida en que ayuda a nuestra causa; por el contrario, el punto es reflexionar sobre un hecho triste de que necesitamos una catástrofe para que podamos repensar las características básicas de la sociedad en la que nos encontramos (Agamben, Zizek, Jean Luc, Berardi, López, Butler, Badiou, Harvey, Han, Zibechi, Galindo, Gabriel, Yañez, González y Preciado, 2020; 24).

Es decir, se debe iniciar desde la más profunda reflexión, la creación de estrategias para reducir el elevado índice de analfabetismo digital, examinar la forma en que las mejores prácticas de la gobernanza de Oriente y Occidente puedan generar retos comunes, como se ha señalado, determinar qué combinación equilibrada de meritocracia y democracia, de autoridad y libertad, de comunidad e individualidad es capaz de crear el cuerpo político más sano, y la forma de gobernanza más inteligente para guiar los destinos de la sociedad del siglo XXI (Berggruen y Gardels, 2012).

No obstante, aunque suene extraño, los ejercicios de educación no presencial han existido a través del tiempo. Si observamos desde el espejo retrovisor de la historia, hacia 1969 se crea la primera experiencia del proceso de implementación de una educación diferencial que tenía por objetivo, impartir lo que hoy se entiende como educación superior a distancia, de esta manera se funda en Reino Unido por parte de Royal Charter el 23 de abril de 1969, Open University, una experiencia exitosa de educación a distancia que lleva más de cincuenta años. A partir de esa fecha la expansión de esta modalidad ha sido inusitada. Posteriormente, aparece la reconocida, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España, modelo seguido por diferentes lugares del mundo.

Para el caso de Colombia, en el año 1972 la Pontificia Universidad Javeriana inicia su programa Educadores de hombres nuevos, transmitido por televisión. En 1973 la Universidad de Antioquia y la

Universidad del Valle incursionan en la educación a distancia. Para 1975 hacen su aparición la Universidad Santo Tomás y la Universidad de la Sabana, con la implementación del mismo sistema educativo. En el año 1982 la creación de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), en ese entonces denominada Universidad del Sur, permite que se instituya la educación a distancia como modalidad de educación superior. Durante el gobierno de Belisario Betancur se adoptó la modalidad de educación a distancia como política educativa nacional (Yong y Bedoya, s.f., p. 4). A pesar de ello, como se recalca en muchos escenarios académicos y se pone en evidencia a través de las acciones diarias,

En el contexto actual un gran número de personas convive cotidianamente con las tecnologías de la comunicación y la información. Sin embargo, esta convivencia no implica que la persona tenga un conocimiento preciso y profundo de las oportunidades que ofrecen estos espacios virtuales para el proceso enseñanza aprendizaje (Arias, González y Padilla, 2010; 213).

Realmente aún no se ha podido cubrir la brecha referente al analfabetismo digital o cibernético del que habla Bernardo Kligberg en sus postulados sobre la responsabilidad social empresarial. Del mismo modo, se debe empezar por propender porque se rupte la estratificación académica generada desde la moda de la publicación indizada. Se ha perdido el sentido de la universidad y los propósitos fundacionales que ya desde el siglo XI se ofertaban a los discentes. Los nuevos tiempos perciben el escenario académico a partir de la relación con los “clientes” y no con los “estudiantes”. De seguro que esta tendencia contemporánea de mercado y consumo de bienes y servicios puede relacionarse con la primera operación moderna de propaganda que tuvo su primigenio ejercicio sistemático bajo el gobierno de Woodrow Wilson, presidente de Estados Unidos, quien creó una comisión de propaganda gubernamental conocida con el nombre de *Comission Creel*, que en seis meses logró convertir una población pacífica en una histérica y belicista que quería ir a la guerra mundial y destruir todo aquello que olera a Alemania, para salvar el mundo (Chomsky y Ramonet, 2010; 8).

Este ejercicio sistemático de control de la sociedad a través de certeros procesos de manipulación fue continuado por el ejercicio

de una democracia que consolidó al ciudadano en espectador. Se creó una teoría progresista sobre el pensamiento democrático liberal en el que la revolución del arte de la democracia podía utilizarse para fabricar consenso, es decir para producir en la población, mediante las nuevas técnicas de propaganda, la aceptación de algo inicialmente no deseado. El creador de este fantástico elemento de manejo de masas fue Walter Lippmann (Chomsky y Ramonet, 2010; 10), o, por ejemplo, el mismo Edward Bernays, quien desarrolló la ingeniería del consenso que describió como la esencia de la democracia (Chomsky y Ramonet, 2010; 21).

230

Desde esta perspectiva, hoy es más valiosa una hoja de vida llena de certificaciones y publicaciones indizadas, que el conocimiento de las habilidades blandas que esa persona tiene para transmitir su conocimiento a los demás. Se ha cosificado la educación y se referencia al académico a partir de la premisa “dime cuántos artículos Q tienes y te diré quién eres”, antes que pensar en una escala salarial digna que construya desde los escenarios universitarios el sentido de la responsabilidad investigativa. Se propende porque se publique de manera acelerada como si escribir fuese un acto de ligereza semestral, sin profundidad, sólo por el mero deber contractual y la figuración que, como maquillaje, únicamente cubre el rostro, pero no el fondo. Revisemos detenidamente el acaparamiento corporativo que se hace desde quienes controlan la información y el valor de cada publicación a ver si ello tiene el sentido de generar verdadera humanización de la academia.

Desde el ejercicio de educar para la libertad con un carácter crítico, se debe orientar la educación hacia preguntas cruciales como las que formuló Andy Stalman en un escrito sobre la educación en el siglo XXI (Stalman, 2013): ¿cómo transformamos el sistema para que los jóvenes puedan potenciar la capacidad creativa e imaginativa, experimentar sin temor a recibir un castigo por equivocarse?, ¿cómo hacemos para que se animen a tener instinto emprendedor y que comprendan que vivimos en una aldea global, sin caer en el mundo-consumo propiciado por el consenso dirigido?

Construyamos desde la credibilidad local un escenario que valore más el contenido que la etiqueta de la forma e iniciemos la

aventura del Open URL para todos, desde la protección jurídica del Creative Commons que impulsó el abogado especializado en Derecho Informático, Lawrence Lessig. Sin olvidar que los orígenes de la creación de plataformas sin costo iniciaron con Aaron Swartz quien desde la universidad de Harvard y el Massachusetts Institute of Technology en California, logró decodificar Jstore y hacer llegar a miles de personas artículos sin costo alguno. Si bien el 19 de julio de 2011 es arrestado por cargos relacionados con delitos informáticos, la lección, a pesar de su suicidio el 11 de enero de 2013, queda de enseñanza al mundo: el conocimiento debe llegar a la gran mayoría sin valor monetario ni estratificación social, como ya lo hacen CLACSO, Reddit, Open Library y Sci-Hub, entre otros.

De hecho, si alguna reflexión ha despertado en el universo académico la pandemia, es la relacionada con la continuidad de la plena presencialidad en el trabajo y en el estudio. Si bien desde hace un tiempo se implementan en el mundo modelos diferenciales de educación que combinan presencialidad y asistencia virtual, el intempestivo surgimiento de la Covid-19 provocó casi que de manera forzada establecer estrategias como el *Blending Learning*. Es decir, se tuvo que iniciar el proceso de adaptación tanto de los docentes como los estudiantes al uso de herramientas facilitadas desde las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's). De hecho, en el ambiente académico que empieza a cambiar de paradigma y por tanto de sus elementos narrativos, ya se escucha hablar de entornos y foros virtuales de aprendizaje, recursos multimedia, grupos de *whatsapp*, videoconferencias, *flipped classroom*, tecnologías transmisivas, interactivas y colaborativas, *microlearning*, *building resilience*, *liquid learning* e infinidad de conceptos que han ingresado abruptamente al mundo cotidiano en lo que antes parecía un lenguaje solo para uso exclusivo de los programadores de ingeniería de sistemas. Inclusive hoy ya se habla de e-SocialWork y su principio de inserción desde la virtualidad el e-inclusión.

De igual manera, hay que tener en cuenta que han surgido dentro de los procesos desiguales de modernización tecnológica varios factores que pueden ayudar a contribuir de manera decidida en este proceso. Por ejemplo, la revolución informacional que evidenció de

manera acertada la teoría de la relatividad de Einstein, al reducir espacio y tiempo en términos de comunicación, se ha insertado en el lenguaje de la actividad política. Términos como *Blogosfera*, *Weibo* y la moda de *microblogging*, que son la versión china del *Twitter*, constituyen un “existencialismo”, que se resume en una frase: “texteo, luego existo”, por hacer referencia solo a unos ejemplos de la nueva tendencia conceptual que ha emergido del uso del ciberespacio y que pueden de forma decidida acercar las relaciones entre la comunidad y los sujetos actuantes en la política.

Por su parte en el escenario educativo lo más usado es el Sistema de Gestión de Contenido (Content Management Systems), que acompañado por el Sistema de Gestión de Aprendizaje (Learning Management Systems), como software que automatiza la administración de acciones de formación y el Learning Content Management System, que propenden por fortalecer el seguimiento a las actividades propuestas, el contenido de las mismas y la comprensión de las intenciones comunicativas de cada actividad en pro del proceso de formación, se logra establecer la parametrización desde las diferentes plataformas adquiridas por las universidades para poder continuar ofertando el ejercicio académico ahora con vinculación de las estrategias de aprendizaje autónomo:

La nueva articulación presupone un giro epistemológico, cultural e ideológico que respalde las soluciones políticas, económicas y sociales que garanticen la continuidad de una vida humana digna en el planeta. Este cambio tiene múltiples implicaciones. La primera es crear un nuevo sentido común, la idea simple y evidente de que, especialmente en los últimos cuarenta años, hemos vivido en cuarentena, en la cuarentena política, cultural e ideológica de un capitalismo encerrado en sí mismo, así como en la cuarentena de la discriminación racial y sexual sin las que el capitalismo no puede sobrevivir. La cuarentena causada por la pandemia es, después de todo, una cuarentena dentro de otra (De Sousa, 2020; 31).

No obstante, de lo que sí estamos seguros es que la Internet, de la mano de la virtualidad de la educación ha sido, como lo fue la radio, la televisión, el cine, el teletipo, el fax, la computadora personal y un cúmulo de innumerables avances técnicos y tecnológicos, un cambio paradigmático. Cambio cuyo paradigma estará centrado más en la creatividad, la innovación, las estrategias, metodologías,

conductas y comportamientos tanto de los que enseñamos como de los que aprendemos, a fin de lograr propuestas de Educación Virtual, Abierta y a Distancia, más acordes con las necesidades de la humanidad y, sobre todo, en consonancia con el derecho a la educación universal (Nieto, 2012; 143).

Claro está, sin caer en el extremo propuesto en algunos casos por quienes nos gobiernan y que han tratado de realizar repetidamente:

Las universidades y las escuelas se cierran de una vez por todas y que las lecciones sólo se den en línea, que dejemos de reunirnos y hablar por razones políticas o culturales y sólo intercambiamos mensajes digitales, que en la medida de lo posible las máquinas sustituyan todo contacto -todo contagio- entre los seres humanos (Agamben, Zizek, Jean Luc, Berardi, López, Butler, Badiou, Harvey, Han, Zibechi, Galindo, Gabriel, Yañez, González y Preciado, 2020; 33).

En estos nuevos tiempos de pandemia y educación multimodal, es tal la mezcla de saberes a nivel de la realidad virtual y la Internet, que debemos recordar que,

En las últimas décadas, los términos “virus” y “viral” se utilizaron principalmente para designar virus digitales que estaban infectando nuestro espacio web y de los cuales no nos dimos cuenta, al menos hasta que se desató su poder destructivo (por ejemplo, de destruir nuestros datos o nuestro disco duro). Lo que vemos ahora es un retorno masivo al significado literal original del término: las infecciones virales funcionan de la mano en ambas dimensiones, real y virtual (Agamben, Zizek, Jean Luc, Berardi, López, Butler, Badiou, Harvey, Han, Zibechi, Galindo, Gabriel, Yañez, González y Preciado, 2020; 26).

233

Sin olvidar que,

Una educación virtual de calidad puede contribuir a mejorar los indicadores de desempeño del país, como el Knowledge Index (KI) y el Knowledge Economy Index (KEI) del Banco Mundial; estos establecen la condición del conocimiento y la economía del conocimiento por cada país a nivel global. Al revisar los datos, se puede observar que, en este sentido, Colombia ganó tres posiciones: pasó del puesto 79 en el año 2000 al 76 en 2012. Sin embargo, al realizar una revisión detallada, se evidencia que todos los indicadores individuales presentan una reducción. Ello muestra que, a pesar de mejorar la posición, la condición de la gestión del conocimiento en términos generales se ha deteriorado. Esta debería poner una alerta con relación a estos indicadores y, en especial, a los referidos a la educación y las TIC, que

están directamente relacionadas con la oferta de programas en modalidad virtual (Yong, Nagles, Mejía y Chaparro, 2017; 98).

Se puede argumentar como una primera síntesis que,

La situación actual que atraviesa la humanidad es bastante preocupante y lleva a que los habitantes de un Planeta que se encuentra en un proceso de devastación reflexionen e implementen cambios en su estilo de vida; esto puede ser una ventaja y un buen resultado si se revisa desde el punto de vista del positivismo. La educación no escapa del punto crítico que debe llevar a la reflexión, sobre todo cuando un virus obligó a profesores y maestros a salir de su zona de comodidad para empezar a diseñar estrategias de enseñanza y aprendizaje diferentes a la clase magistral, lo cual es interesante porque puede darle sentido a la necesidad de formación en pedagogía y en el conocimiento pedagógico y tecnológico del contenido, que llevará necesariamente a derribar muros, mitos, creencias y actitudes cimentadas en la costumbre arraigada de transmitir conceptos a una generación que ya no requiere estas formas de aprender y que necesita que se le dé respuesta a sus propias necesidades (Moreno-Correa, 2020; 24).

234

Estrategias para el fortalecimiento de las prácticas de Trabajo Social en tiempo de pandemia

Como se pudo observar en los anteriores apartados, la pausa social de carácter obligatorio y urgente a la que se vio convocada la sociedad en su conjunto, motivó a replantear el ejercicio profesional del Trabajo Social en torno al ajuste de las modalidades de intervención a partir de una mirada dinámica aplicable a las realidades territoriales con el objetivo de comprender cómo se expresan los problemas sociales en la vida cotidiana, especialmente en tiempo de pandemia.

Esta rápida expansión de la enfermedad llevó a cuestionamientos académicos que implicaron tomar determinaciones para no dejar de prestar el servicio educativo a cientos de estudiantes, realizar el acompañamiento a las comunidades como eje fundamental de la misión del Programa y, ante todo, para no permitir que todos los grupos de interés se derrumbaran en el pesimismo propio de la sensación de no futuro.

Una de estas rápidas adaptaciones tuvo que realizarse frente al cuestionamiento de cómo lograr las prácticas de Trabajo Social

desde la asistencia virtual. Se hizo necesario pensar en estrategias que desde las diferentes herramientas derivadas de la innovación social logaran suplir el ejercicio presencial frente a uno virtual de los estudiantes hacia sus comunidades, partiendo del supuesto fundamental que el apoyo de lo tecnológico es solamente un medio para lograr un fin asertivo orientado desde el componente disciplinar, pero que no suplanta, salvo casos muy excepcionales como este, la intervención física:

La pandemia y la cuarentena revelan que hay alternativas posibles, que las sociedades se adaptan a nuevas formas de vida cuando es necesario y se trata del bien común. Esta situación es propicia para pensar en alternativas a las formas de vivir, producir, consumir y convivir en los primeros años del siglo XXI. En ausencia de tales alternativas, no será posible prevenir la irrupción de nuevas pandemias, que, por cierto, como todo sugiere, pueden ser aún más letales que la actual. Seguramente no falten ideas, pero ¿pueden conducir a una acción política para lograrlas? A corto plazo, lo más probable es que, cuando termine la cuarentena, las personas se quieran asegurar de que el mundo que conocieron no haya desaparecido. Volverán a las calles impacientes, ansiosas por circular libremente otra vez. Irán a parques, restaurantes, centros comerciales, visitarán a familiares y amigos, regresarán a rutinas que, por más que hayan sido tediosas y monótonas, ahora parecerán tranquilas y seductoras. Sin embargo, volver a la «normalidad» no será igual de fácil para todos (De Sousa, 2020; 29).

235

Así mismo, uno de los aspectos más relevantes en términos de nuevos aprendizajes propios de situaciones exógenas en los modelos de análisis sincrónicos es el relacionado con la sistematización de estas experiencias que arrojaron variables de análisis que pueden evidenciar el sentir, pensar, hacer y actuar de los estudiantes y los docentes. De hecho, el propósito de la práctica estudiantil buscó avanzar, teniendo como fundamento que las poblaciones debían ser abordadas e intervenidas dadas las circunstancias por las que se atraviesa en una pandemia. Por ello se implementó la estrategia desde Trabajo Social a partir de la asistencia virtual sincrónica y asincrónica, logrando fortalecer la responsabilidad social, el compromiso en la vida personal para el crecimiento del ser, el saber, el hacer y el convivir en familia y comunidad.

En este sentido es de notar que una primera categoría de análisis surgida de la experiencia de la necesidad de implementar

la práctica virtual sincrónica y asincrónica, es la relacionada con las reflexiones frente a la interrelación con el otro. Un primer paso consistió en generar la credibilidad para rupturar cognitivamente el presupuesto de prevención ante las actuaciones frente a nuevas realidades, por ejemplo, se destacan dentro de las preocupaciones iniciales la de pensar sobre cómo se llevarían a cabo las prácticas de Trabajo Social desde la virtualidad, ya que desde la profesión se está en constante relación y vinculación con los otros, de hecho, pensar en usar la tecnología y la asistencia virtual para intervenir en comunidades era casi que inimaginable. De otra parte, esta experiencia de implementación de la realización de prácticas virtuales inició con una fuerte resistencia de los estudiantes quienes no podían comprender cómo podrían causar impacto social sin estar presentes recorriendo la comunidad, promoviendo las actividades y encuentros habituales. No obstante, se logró rupturar la prevención, dar un paso adelante y realizar las actividades a distancia, con resultados satisfactorios para todos.

236

Acorde con la nueva adaptación, la primera estrategia desde las orientaciones de la dirección del Programa se consolidó a partir del seguimiento de la realidad de contagio desde la visibilización del estado epidemiológico y cómo este influenciaría en las localidades. Se hizo necesaria esa contextualización para poder alimentar las nuevas estrategias a ser utilizadas en pro de llegar a un adecuado proceso de intervención. Fue indispensable fortalecer aptitudes y actitudes desde la creatividad para poder desarrollar las estrategias tendientes a dar continuidad a las intervenciones en los diferentes escenarios.

Lo segundo se centró en definir los medios tecnológicos para lograr impactar diferentes entornos de la sociedad a través de la asistencia virtual con contenidos direccionados a brindar apoyo y orientación en tiempos de crisis. Se sentaron las bases para orientar de manera pertinente los desafíos a los que se enfrentan los profesionales en el ámbito académico para dar continuidad a los procesos que de una u otra manera se ven obstaculizados por situaciones ajenas al contexto. Desde el Programa de Trabajo Social se observó una oportunidad inmejorable para abrir nuevos

escenarios que beneficien a las comunidades. Esto se convirtió *per se* en el indicador necesario para la atención mediante las redes sociales en concordancia con las nuevas dimensiones culturales, organizativas y mentales de la sociedad actual.

Los primeros obstáculos fueron superados prontamente al consolidar ecosistemas de comunicación por medio de la creación de grupos desde la plataforma digital de los teléfonos móviles más conocida y usada: whatsapp. Gracias a ello, se identificaron las personas que deberían ser atendidas a través de seguimiento por llamadas telefónicas. De la misma manera se invitó a la comunidad a participar de actividades realizadas en páginas de Facebook creadas como espacios *online* de información veraz y oportuna, asesoría y ayuda, en las temáticas neurálgicas surgidas desde las problemáticas sociales que emergieron de los contextos de pandemia y aislamiento social. Si bien la mayor dificultad se presentó por la falta de medios tecnológicos en los integrantes de las comunidades, también es cierto que la respuesta de la gran mayoría fue positiva y participaron en la medida de sus posibilidades. Las estudiantes practicantes, resistentes al comienzo, ya estaban en un nivel imparable de creatividad y destreza en el uso de las herramientas TIC's al poco tiempo. Se deja como sugerencia desde el aprendizaje vivido, la necesidad de que el trabajador social desarrolle sus habilidades blandas a partir del mejoramiento del uso multimodal de TIC's para convertirlas en instrumento de desarrollo humano que le permita fortalecer las relaciones entre individuos, promover, restaurar, mantener y mejorar el bienestar de las personas, las familias y las comunidades, entre otras actividades de asistencia virtual sincrónica o asincrónica.

237

De hecho, tal y como se advierte por parte de los investigadores,

El contexto supone dos elementos muy importantes: el primero tiene que ver con conocer a los estudiantes antes de iniciar el proceso, caracterizarlos teniendo en cuenta su familia, con quién viven, sus compañeros, su situación socio económica, sus opiniones sobre política, clima, la misma institución, los medios de comunicación, la música, entre otras realidades, lo cual es muy importante para modelar el tipo de actividades y medios que se pueden usar...El segundo elemento tiene que ver con los conocimientos previos que trae el estudiante, los conceptos previos que sabe y conoce acerca del tema que se va a desarrollar, tal como dice el pro-

fesor Zambrano, hay que saber cómo relacionar el conocimiento que trae el estudiante con el conocimiento experto del profesor para comprender como se da el contexto de enseñanza, aprendizaje y evaluación. Además, es necesario identificar cómo interactúan esos conocimientos, el del alumno y el del maestro, para garantizar una enseñanza participativa en la que ambos actores “construyen” el conocimiento (Moreno-Correa, 2020; 21).

En este sentido una vez inició la pandemia y los estudiantes fueron confinados al cuidado del hogar, desde el Programa de Trabajo Social se realizó un aplicativo exitoso de más de 495 estudiantes, a través de un formulario con preguntas diseñado desde forms de Microsoft 360 con informe final desarrollado desde Sway de la misma licencia que tiene la universidad en sus plataformas de apoyo a la investigación y la docencia, bajo la línea del proyecto de innovación social. De manera muy resumida se puede decir que esta medición realizada de manera exclusiva al Programa de Trabajo Social permitió conocer la realidad de ubicación del estudiante, la composición de su núcleo familiar, la geografía de su ubicación en el departamento, la tenencia de equipos de cómputo para el trabajo, el tipo de sistema operativo de su teléfono móvil, la dedicación de tiempo a las actividades académicas en pandemia, la utilización y conocimiento de páginas alternativas y redes sociales, la participación en webinar nacionales e internacionales y demás componentes propios que permitieran delinear el mapa social que acercara a la comprensión de la realidad cotidiana del estudiante para así trazar las estrategias de impacto tanto para el grupo de estudiantes como para la comunidad, por supuesto, siempre en la búsqueda de la intervención a través de la atención virtual que le apunta al desarrollo humano.

Todos los insumos de análisis anteriormente señalados y cumpliendo con los protocolos del cuidado de sí mismo a partir del distanciamiento social permitieron la realización posterior de un trabajo integral virtual en el que se abordaron temas de violencia, pautas de crianza, salud mental, autoestima y compromiso social, que involucraron los diferentes actores de la sociedad como la familia, la comunidad, los líderes, la escuela, las instituciones, las entidades territoriales entre otros, logrando una resignificación del sentido de la profesión a través de la formación de los estudiantes de práctica, quienes lograron con estos ejercicios, el mejoramiento

de las competencias como parte clave del sentido de solidaridad y responsabilidad ética de la profesión que está al servicio de los demás.

Es necesario mencionar que mantener el foco y el objetivo de la intervención condujo a generar ideas creativas e interactivas de intervención desde la virtualidad, que hicieron al estudiante planear y ejecutar actividades desde los enfoques cualitativo y cuantitativo, a partir de herramientas multimodales como encuestas virtuales, formularios diseñados desde las plataformas forms de Microsoft 360 y Google, grupos focales virtuales, entrevistas virtuales, actividades de intervención virtual, videos, póster, dinámicas de grupos por medio de páginas web, Facebook, whatsapp, Instagram, salas de virtualidad sincrónica como *Teams*, *Zoom*, *Google Meet*, *Skype*, *Jitsi*, entre otras, generando de esta manera una enriquecedora experiencia que con el paso de los días permitió a los estudiantes mostrarse más desinhibidos y actuantes frente a la comunidad. De hecho, no solo generaron un gran abanico de iniciativas, sino también demostraron la capacidad de adaptación e implementaron estrategias de contingencia en medio de las dificultades presentadas, respondiendo de esta manera a las necesidades del entorno y propiciando en el desarrollo de estas un ambiente más creativo y armonioso.

239

El segundo elemento que surge es el relacionado con la intervención social desde la virtualidad, que se adaptó a las necesidades sociales del momento y permitió desde las diferentes herramientas tecnológicas señaladas con anterioridad, hacer un giro total a la intervención con la población objeto de atención. Este ejercicio colectivo tuvo su inicio con la adaptación de los planes de trabajo a modo virtual teniendo en cuenta el momento y el contexto. Se logró de esta manera impactar diferentes entornos de la sociedad a través de la herramienta virtual con contenidos direccionados a brindar apoyo y orientación en tiempos de crisis.

A través de la implementación de diferentes métodos educativos y materiales de apoyo como afiches y videos generados por los estudiantes mediante el desarrollo de acciones comunicativas, se propuso como meta afianzar valores y generar el deseo por la continuación de los proyectos de vida en familia. Así mismo se ejecutaron ejercicios propios del proceso disciplinar, identificando

debilidades y fortalezas durante la ejecución de cada una de las actividades propuestas, para tomar correctivos y ajustes que facilitaran el logro de los propósitos y metas. Por ejemplo, de manera directa e indirecta se logra que las familias ingresen a la página de Facebook, para generar un impacto de motivación y cuidado emocional en los tiempos de cuarentena mediante mensajes asertivos. De igual manera, se generaron nuevos conocimientos frente a la manera de intervenir en los diferentes contextos y se evidenció el aporte social de la universidad a través de los estudiantes de Trabajo Social en acciones tendientes a la promoción y prevención en tiempos de pandemia, brindando a los hogares beneficiarios un acompañamiento en temas relevantes y pertinentes como relaciones interpersonales y familiares, buen uso del tiempo libre, cultura del autocuidado, violencia de género, convivencia ciudadana, proyecto de vida, fortalecimiento de valores, entre otras, de las acciones de carácter disciplinar. De hecho, en el análisis de impacto de otras esferas del conglomerado social, se espera que,

240

La nueva articulación presupone un giro epistemológico, cultural e ideológico que respalde las soluciones políticas, económicas y sociales que garanticen la continuidad de una vida humana digna en el planeta. Este cambio tiene múltiples implicaciones. La primera es crear un nuevo sentido común, la idea simple y evidente de que, especialmente en los últimos cuarenta años, hemos vivido en cuarentena, en la cuarentena política, cultural e ideológica de un capitalismo encerrado en sí mismo, así como en la cuarentena de la discriminación racial y sexual sin las que el capitalismo no puede sobrevivir. La cuarentena causada por la pandemia es, después de todo, una cuarentena dentro de otra (De Sousa, 2020; 31).

Como aporte de la experiencia ganada por parte del Programa de Trabajo Social es posible hacer referencia a los siguientes ejemplos que evidencian la asertividad y el aprendizaje profundo de las actividades realizadas. Un primer caso se tiene con los aprendizajes sobre la atención psicosocial a partir de la creación de nuevas estrategias, habilidades, enseñanzas y reinventiones personales que propendieron por el empoderamiento del rol profesional desde la virtualidad. En este sentido, los estudiantes a través de las prácticas tomaron el rol de educadores-sociales promoviendo el tema del autocuidado y el cumplimiento de los protocolos de bioseguridad direccionados desde

el gobierno nacional, a través de videos, diapositivas, juegos, canciones, realización de elementos de protección con material reciclable, entre otros recursos. También realizaron actividades que promovieron el fortalecimiento de la comunicación y la unidad familiar, así como temáticas de prevención en el manejo de conflictos al interior de los sistemas familiares. De la misma manera, teniendo en cuenta los datos estadísticos sobre el aumento de la violencia intrafamiliar, los estudiantes se movilizaron a realizar acciones de pedagogía social a fin de prevenir conflictos en la convivencia, tal como violencia de género y así fortalecer relaciones asertivas, procesos comunicativos y manejo del estrés, entre otros. Se demostró la actitud positiva en situaciones difíciles, de la misma manera se orientó en la reorganización de ideas para lograr dar una perspectiva diferente a la pandemia desde las líneas de intervención de la profesión y permitir que las comunidades conocieran las habilidades y capacidades surgidas en tiempo de aislamiento.

Otro caso de estudio se puede evidenciar a partir de estrategias de mejoramiento de la comunicación para el adecuado uso y aprovechamiento del tiempo libre en las familias. En este sentido, las estudiantes desarrollaron una propuesta interactiva a partir de Facebook denominada “Pá cuidarnos en familia”, con ella se aportaron herramientas, técnicas, estrategias y recursos para comunicarse de forma positiva y asertiva. Del mismo modo, desde las emisoras comunitarias se logró la implementación de programas de educación con temáticas variadas como orientación sobre las pautas para el buen trato al interior de la familia en época de confinamiento, análisis de las causas y consecuencias de la necesidad de cumplir con el aislamiento preventivo para contrarrestar la pandemia mundial, realización de retos familiares para aprovechar el tiempo libre en épocas de confinamiento a partir de narrativas ancestrales y anécdotas de la vida cotidiana, y socialización de las normas preventivas utilizadas a nivel nacional en la pandemia, entre otros aspectos formativos. Es de resaltar que, gracias a estos medios se posibilitó llevar un mensaje de motivación y aprendizaje a las familias. De hecho, los estudiantes coincidieron que su máximo impacto en las acciones realizadas en el marco de

las prácticas institucionales está en la puesta en marcha de ejercicios epistemológicos, axiológicos y metodológicos de la profesión de Trabajo Social en medio de la pandemia.

Un tercer caso de ejemplo asertivo surgió de la necesidad de implementar estrategias virtuales de prevención de la Covid-19 y su impacto en las familias y comunidades, a partir del fomento del autocuidado, el manejo del estrés y la promoción de rutas de atención ante problemáticas de salud o de índole social, debido a que en Colombia, las problemáticas latentes en el sistema familiar se recrudecieron, poniendo sobre el tapete estadísticas alarmantes de abusos a niños, niñas y adolescentes, la violencia intrafamiliar, el abandono a adultos mayores, desempleo y otros fenómenos catalogados como otro tipo de virus. La virtualidad tomó fuerza para brindar un acompañamiento lo más cercano y óptimo posible; redes sociales como YouTube y herramientas como blogs y *padlet* y escenarios de encuentros sincrónicos facilitaron el proceso de atención a los participantes, vinculando constantemente el manejo de las emociones como la ansiedad y el estrés que causa el aislamiento obligatorio.

242

Es de notar que, en las prácticas comunitarias, se obtuvo la participación y el apoyo de la comunidad, la cual estuvo pendiente de cada información suministrada en la página y perfil de Facebook denominado “#Sembrando Esperanza”. De otra parte, fue un reto dar a conocer la importancia de las redes sociales como una herramienta de fácil acceso para intervenir a distancia, para interactuar con amigos y conocer nuevas personas. La experiencia desarrollada virtualmente fue útil para seguir con la intervención con la comunidad, dando apoyo emocional e información útil como soporte para enfrentar esta pandemia. Por lo tanto, debemos mantener una posición neutral y deliberante aplicando los principios de la profesión de Trabajo Social.

Una tercera categoría identificada desde la sistematización de la experiencia es la relacionada con los procesos de formación virtual. Si bien desde la academia no estamos exentos a las nuevas transformaciones que poco a poco han ido permeando en los procesos que se adelantan para hacer frente a las exigencias de los escenarios virtuales en pro de dar continuidad a los procesos de formación, aun

se requiere el mejoramiento de las habilidades blandas en torno al manejo conversacional y uso de las TIC's.

Una cuarta categoría que emergió desde la sistematización de las prácticas fue el relacionado con el surgimiento de las necesidades actuales que han generado cambios significativos en todas las esferas de la sociedad. Surgieron nuevos retos y desafíos a los cuales se les hizo frente muy a pesar de la contingencia presentada por la Covid-19. Se han afectado muchas dimensiones de la vida que estábamos acostumbrados a vivir, factores como la salud, el empleo, el deporte, la recreación y, sobre todo, la educación, tuvieron un giro absoluto. A causa de la pandemia, a septiembre 13 de 2020, se tienen ya cifras escalofrantes: 28 989 073 casos positivos, 925 373 muertos y 20 867 685 recuperados, según los datos de los centros estadísticos de monitoreo mundial ligados a la OMS.

Conclusiones

La ruptura abrupta de la presencialidad en las diferentes actividades de la vida diaria cambió la planeación y agenda que ya se tenían propuestas, lo que llevó a una adaptación a la virtualidad, teniendo en cuenta el contexto en la cual viven muchas personas con precariedades para el acceso a la Internet y a equipos tecnológicos, lo cual no ha sido fácil, fue un reto que nos invitó a utilizar toda la creatividad posible para continuar nuestra labor como profesionales del Trabajo Social de una manera eficaz, eficiente y efectiva. Se tuvieron que implementar bajo condiciones muy inusuales y eventos inesperados derivados de la pandemia, las prácticas institucionales que obligaron a iniciar el nuevo camino de la asistencia virtual sincrónica y asincrónica.

El uso de TIC's estaba en el pódium de lo investigativo y evaluativo, o como un instrumento de comunicación para activar redes entre equipos de trabajo de estudiantes o realizar asesorías en horas incómodas, pero ahora los retos para la academia, y especialmente, para las carreras cuya formación requiere de interacción directa con individuos o grupos poblacionales ha tenido que replantear la dimensión instrumental y la lectura del contexto de intervención desde la asistencia virtual sincrónica y asincrónica.

Invitar a nuestros estudiantes a afrontar el proceso de aprendizaje de manera intencional, autónoma y efectiva fue nuestro principal reto, no sin obstáculos, pero con la convicción de que el proceso debía continuar y así honrar el derecho fundamental a la educación, contribuyendo a la formación del discente, sin importar el camino lúgubre adornado de pesimismo, desigualdades y carencias que al final se desvanecieron con el resplandor de la motivación y el compromiso, único combustible para avanzar y aquilatar la resiliencia como símbolo de resistencia y adaptación. De todo esto aprendimos lo fundamental, la autorregulación como base del proceso, en el cual solo la decisión por aprender marca la diferencia entre estar detrás de una pantalla e interactuar.

En cuanto al cuerpo docente, el tema de la virtualidad genera en sí una responsabilidad adicional, pues mantener la atención en la presencialidad ya es un reto, en la virtualidad se convierte en un reto aún más complejo, pues se batalla con muchos más agentes distractores externos que influyen en el éxito de la clase, por aspectos como la conectividad, los micrófonos encendidos, todos estos factores conllevan a que se tripliquen los esfuerzos por parte del docente para obtener el mismo objetivo: transmitir información para generar conocimiento. Experiencias y enseñanzas que los estudiantes manifiestan quedarán para la historia de sus vidas, dado que con todos sus esfuerzos, dedicación y compromiso lograron cumplir las metas y objetivos propuestos desde las prácticas académicas.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G., Zizek, S. Jean Luc, N., Berardi, F., López, S., Butler, J., Badiou, A., Harvey, D., Han, B-C., Zibechi, R., Galindo, M., Gabriel, M., Yáñez, G., Manrique, P. y Preciado, P. (2020). *La sopa de Wuhan*. ASPO. Fecha de consulta 18 de enero de 2022. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10038>
- Arias, N., González, C. y Padilla, J. (2010). *Educación a distancia y educación virtual: una diferencia necesaria desde la perspectiva pedagógica y la formación del ser humano*. UNAD. **Revista de Investigaciones** 9 (3): 207-221. DOI: 207-221. Fecha de consulta 14 de febrero de 2022. <https://doi.org/10.22490/25391887.726>

- Baring, A. y Cashford, J. (2005). *El mito de la diosa*. Siruela.
- Berggruen, N. y Gardels, N. (2012). *Gobernanza inteligente para el siglo XXI*. Taurus.
- Chomsky, N. y Ramonet, I. (2010). *Cómo nos venden la moto: información, poder y concentración de medios*. Icaria.
- De Sousa, B. (2020). *La cruel pedagogía del virus*. Akal.
- Ferguson, N. (2013). *La Gran Degeneración: cómo decaen las instituciones y mueren las economías*. Debate.
- Herrero, Y. (2012). *Propuestas ecofeministas para un sistema cargado de deudas*. **Revista de Economía Crítica** 13: 30-54. Fecha de Consulta marzo 14 de 2022. <https://revistaeconomicritica.org/index.php/rec/article/view/521>
- Hora, A. y Omic, A. (2020). *The Impact of Covid-19 from the Perspectives of IPAS*. World Association of Investment Promotion Agencies. Fecha de consulta enero 17 de 2022. <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/investment-promotion-agencies-in-the-time-of-covid-19-50f79678/>
- http://www.tendencias21.net/branding/m/La-Educacion-en-el-sigloXXI_a77.html
- Moreno-Correa, S.M. (2020). *La innovación educativa en los tiempos del Coronavirus*. **Revista Salutem Scientia Spiritus** 6 (1): 14-26. Fecha de consulta marzo 2 de 2022. <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1087909>
- Nieto, R. (2012). *Educación virtual o virtualidad de la educación*. **Revista Historia de la Educación Latinoamericana** 14 (19): 137-150. Fecha de consulta abril 10 de 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4378556>
- Patel, R. (2012). *Cuando nada vale nada: cómo reformar la sociedad de mercado y redefinir la democracia*. Icono.
- Sennet, R. (2011). *El declive del hombre público*. Anagrama.
- Stalman, A. (2013). *La Educación en el siglo XXI*.

Time: 2020. Portada. Fecha de consulta febrero 21 de 2022 <https://time.com/magazine/us/5806214/march-30th-2020-vol-195-no-11-u-s/>

Yong, É. y Bedoya, D. (s.f.). *De la educación tradicional a la educación mediada por TIC: los procesos de enseñanza aprendizaje en el siglo XXI*. <https://acceso.virtualeduca.red/documentos/ponencias/puerto-rico/1061-184b.pdf>

Yong, É., Nagles, N., Mejía, C. y Chaparro, C. (2017). *Evolución de la educación superior a distancia: desafíos y oportunidades para su gestión*. **Revista Virtual Universidad Católica del Norte** 50: 80-105. Fecha de consulta abril 23 de 2022. <https://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/814>

Alcance del derecho de asociación sindical en Colombia y en Venezuela

José Gregorio Noroño Sánchez*, Juan Javier Humaney Posada**,
Ángela Patricia Petro Hernández***

Resumen

En esta investigación se determinó el génesis y evolución de las organizaciones sindicales desde la perspectiva del derecho comparado de Colombia y Venezuela; el presente trabajo analizó y caracterizó las organizaciones sindicales desde el derecho positivo de cada legislación. Para ello, se hizo un recorrido por los antecedentes de las organizaciones sindicales; igualmente, se establecieron las normas que rigen el derecho de asociación sindical de cada país, los convenios de la OIT ratificados, los precedentes judiciales y las diferencias y similitudes de las nociones de derecho de asociación sindical. Para la presente investigación se obtuvieron datos desde diferentes fuentes documentales tales como: libros, artículos de revistas, sentencias, leyes, códigos, normas, entre otros. Por otro lado, las principales conclusiones dan cuenta de un desarrollo moderado y limitado por la participación del Estado en sus diferentes formas, se parte de la hermenéutica jurídica a las normas que rigen el derecho sindical de ambas naciones, a pesar de brindarle protección a las organizaciones sindicales, es poco el apoyo que reciben por parte de los gobiernos y menos aún de los empleadores.

247

Palabras clave: Organizaciones Sindicales, Derecho Comparado, Derecho Positivo, Legislación, Hermenéutica Jurídica.

* Postdoctor en Integración y Desarrollo de América Latina, Doctor en Ciencias Gerenciales, Magister Scientiarum en Derecho del Trabajo y Abogado, Docente e Investigador de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm (Montería - Colombia), Abogado egresado de la Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín (URBE) Maracaibo- <https://orcid.org/0000-0001-9777-2733>-josenorono@unisnu.edu.co -Investigador Junior reconocido por Colciencias (Minciencias).

** <https://orcid.org/0000-0002-4207-6287?lang=en> , Tv 14C # 44-69 Montería-juanhu-
maney@unisnu.edu.co Universidad del Sinú, Colombia.

*** <https://orcid.org/0000-0001-7876-8747> Tv 14C # 44-69 Montería, angelapetro@unisnu.
edu.co Universidad del Sinú, Colombia

Scope of the right of trade union association in Colombia and in Venezuela

Abstract

This research determined the genesis and evolution of trade union organizations from the perspective of comparative law in Colombia and Venezuela; The present work analyzed and characterized the union organizations from the positive law of each legislation. To do this, a tour of the history of trade union organizations was made; Likewise, the norms that govern the right of union association in each country, the ratified ILO conventions, the judicial precedents, and the differences and similarities of the notions of the right of union association were established. For the present investigation, data were obtained from different documentary sources such as books, magazine articles, sentences, laws, codes, and norms, among others. On the other hand, the main conclusions show a moderate and limited development due to the participation of the State in its different forms, based on the legal hermeneutics of the norms that govern the trade union rights of both nations, despite providing protection to the trade union organizations, they receive little support from governments and even less from employers.

Keywords: Trade Union Organizations, Comparative Law, Positive Law, Legislation, Legal Hermeneutics.

Introducción y Antecedentes Históricos del Auge de las Organizaciones Sindicales.

Las precarias condiciones de vida de la clase obrera, los conlleva a organizarse para la defensa de sus intereses, es aquí, donde aparecen los primeros movimientos obreros de protesta, “En medio de una gran represión contra las primeras movilizaciones obreras que reclamaban mejores condiciones salariales y de vida, se crean los sindicatos en los países de vanguardia industrial. La consolidación hegemónica del capitalismo a nivel mundial determinó el desarrollo de su fase superior, el Imperialismo; pero paralelamente también emergieron los principios que rigen al movimiento sindical clasista: la independencia y la lucha de clases, la alianza obrero-campesina, el internacionalismo proletario, la toma del poder y la construcción de la sociedad socialista”¹.

1 Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar.

El sindicato en criterio de Franco (2014) tiene su origen en los trabajadores sastres de Inglaterra en los albores de 1720, que piden elevar los salarios y abandonar el trabajo una hora antes. Estos sindicatos de trabajadores de los sastres de las fábricas y otras agrupaciones a fines, al principio conservadoras, se nutrieron del sindicalismo solo o a partir de 1828 y más abiertamente a partir de 1864 bajo la inscripción de la ideología de Marxista.

Nace el Cartismo

El Cartismo, insiste Franco (2014) fue un movimiento propio de la **primera etapa** del movimiento obrero, tuvo una índole esencialmente política. El término procede de la *"Carta del Pueblo"*, documento enviado al Parlamento Británico en 1838, en el que se reivindicaba el **sufragio universal** masculino y la participación de los obreros en dicha institución. Los defensores del Cartismo pensaban que cuando los trabajadores alcanzasen el poder político, podrían adecuar las leyes a sus intereses de clase. La **duración** de este movimiento abarcó una década, entre 1838 y 1848.

El Cartismo supuso la toma de contacto de las masas obreras con la acción política. Hasta entonces habían concentrado su empeño en la conquista de mejoras de carácter laboral. En la *"Carta"* demandaban el sufragio universal, la *supresión del certificado de propiedad* como requisito para formar parte del Parlamento, *inmunidad parlamentaria*, *un sueldo para los diputados*, etc.; estas peticiones poseían un marcado carácter político y eran necesarias según sus defensores para conseguir una profunda transformación social.

El movimiento fracasó, en criterio de Tate y Morgan (1971) entre otras causas, por las divisiones internas que pronto se manifestaron distinguiéndose entre una *aristocracia* pensante y unos *proletarios* pensados. Ambas partes se personificaron en las figuras de Feargus O'connors y O'Brien, de perfil revolucionario, ambos partidarios de acciones contundentes que incluían el empleo de la huelga general, por lo que fueron conocidos como la *fuerza física* y en William Lovett, un obrero autodidacta y de perfil reformista, que junto a Owen se encontraban inclinados a demandas de tipo económico y laboral, por lo que fueron conocidos como la *fuerza moral*, los cuales ven en

Feergus al “genio malo que desviará el movimiento y lo conducirá al fracaso”.

El fracaso de la revolución de 1848 asestó el golpe definitivo a las aspiraciones cartistas. En adelante la lucha de carácter político sería abandonada por los obreros ingleses quienes moderaron en gran medida sus reivindicaciones para concentrarse en la lucha de carácter sindical. La acción política se circunscribió al continente, de manera más significativa a Francia. Aunque el Cartismo se malogró, constituyó una importante **experiencia** para la clase obrera en su intento de mejora de las condiciones de vida; su acción forzó al gobierno británico a articular una **legislación** que en ocasiones contó con un elevado contenido social, siendo un ejemplo de ello la “*Ley de las diez horas*”.

250

Con Karl Marx en postura de Lucena (2003) nace la primera I Internacional de Trabajadores en cuyo seno se darán pugnas entre socialistas científicos y socialistas anarquistas. Las opuestas posiciones que representaban Carlos Marx y Miguel Bakunin sobre qué debía ser y cómo debía organizarse el nascente movimiento obrero no sólo marcaron el propio desarrollo de la Primera Internacional de la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT) sino también fue expresión de las dos grandes líneas que en adelante marcarían la trayectoria de los movimientos obreros.

Los estatutos de la Asociación Internacional de Trabajadores se difundieron con una rapidez extraordinaria en muchos países, y en poco tiempo se hizo una gran promoción para la propagación de las ideas socialistas. En el cuarto congreso en Basilea en septiembre de 1869, había dos corrientes muy destacadas: los alemanes y los ingleses, que seguían a Marx en su fe de cómo el Estado tenía que ser después de la abolición de la propiedad privada; le siguieron a Marx también en su deseo de fundar partidos obreros en los varios países y utilizar la maquinaria de la democracia para elegir representantes del trabajo en los Parlamentos.

En el otro lado, en consideración de Russell (1961). las naciones latinas (España, Italia, Portugal), en general, seguían a Bakunin en oponerse al Estado y en negar la eficiencia de la maquinaria del gobierno representativo. El conflicto entre estos dos grupos se encontró cada vez más y cada uno acusó al otro de varios delitos.

En medio de todo el socialismo, el sindicalismo y el anarquismo tienen mucho de común en la parte económica de sus doctrinas; los tres consideran el capital y el sistema de salarios como medios para explotar al trabajador en interés de las clases de propietarios y pretenden que la propiedad en común, en una u otra forma, es el único medio que podrá dar libertad a los productores.

Establece Rusell (1961) que la Primera Internacional fue considerada como uno de los factores que condujeron a la organización de la Comuna de París de 1871, que fue uno de los acontecimientos que marcó el desarrollo de los movimientos obreros. Esta insurrección popular que duró más de dos meses (del 18 de marzo al 28 de mayo de 1871) se originó en un contexto de miseria y explotación de la clase obrera, además del descontento que generó la derrota de Francia en la guerra con Prusia. El 18 de marzo la Guardia Nacional y los obreros se apoderaron de París provocando la huida del Gobierno.

Por su parte, Fernández (2013), considera que en 1889 surge la II Internacional de Trabajadores, que es puesta a prueba por la primera Guerra Mundial de 1914 a 1919. Los trabajadores dicen que la guerra es solo entre los dueños de las fábricas, no de los trabajadores. Pero esta reacción pacifista fracasa, y los trabajadores entran a la guerra al lado de sus patrones. (Gabriel 2014). Entre las acciones más famosas e importantes de la Segunda Internacional está la declaración del 1 de mayo como Día Internacional de los Trabajadores en 1889 (fue una jornada de lucha reivindicativa y de homenaje a los Mártires de Chicago) y el 8 de marzo como Día Internacional de la Mujer Trabajadora en 1910. Estos dos hitos se dieron, debido a que, se exigían mejores condiciones de trabajo, ocho horas diarias de trabajo y salarios dignos.

Luego de la Primera Guerra Mundial de 1914 a 1919 explica Fernández (2013) que se refrenda el tratado de Versalles; acuerdo de paz firmado, tras la conclusión de la Primera Guerra Mundial, entre Alemania y las potencias aliadas vencedoras el 28 de julio de 1919 en la galería de los Espejos del palacio de Versalles, próximo a París. Que busca establecer la paz mundial a través de la paz social, y uno de los peligros que amenaza la paz social es la pobreza, coincidiendo con Franco (2014). Sumado a esto los trabajadores se

dan cuenta que no están listos para unirse internacionalmente en una sola organización de trabajadores.

Como emergencia de este hecho surge la III Internacional de Trabajadores, qué, en opinión de Machicado (2010) nace solo con objetivos laborales, y piden aprobar en el tratado de Versalles la Carta de Trabajo de Berna: en la cual exigen: Jornada de trabajo y salario justo; No trabajo insalubre; Libertad de asociación. Luego de ser estudiado por Samuel Gaspers, comisionado del tratado, estos pedidos son incluidos en la Cláusula 13 del Tratado de Versalles de 1919.

Contexto histórico del derecho de asociación sindical en Colombia y en Venezuela

Organizaciones sindicales colombianas

252 El siglo XIX es considerado por Menezes *et al* (2005) como el auge de los sindicatos colombianos, expresados por medio de organizaciones donde manifestaban las relaciones de solidaridad, las aspiraciones, reivindicaciones e inconformidades sociales y políticas. Estas organizaciones en sus inicios fueron conformadas por sociedades de artesanos, sociedades de socorro y ayuda mutua, grupos e instituciones de caridad y beneficencia y las cooperativas de ahorro. Para las mujeres este proceso de organización se da por sus incursiones en la vida pública, las cuales expresaban primordialmente a través de obras de caridad y beneficencia a favor de los “desvalidos de la fortuna”.

Entre las luchas de estas organizaciones, es importante resaltar a la sociedad de artesanos de Bogotá por el año de 1847, que buscaban competir en el mercado con los productos importados, que a criterio de Cassoni *et al.* (2005) exigían alzas en los impuestos de aduana para los productos que venían del extranjero. Estas sociedades democráticas, replicaron lo que en Francia se daba para 1848, año que se caracterizó por con el golpe de Estado de Luis Bonaparte, quien venía acompañado de aquellos artesanos que sobrevivían aun al desarrollo capitalista e industrial franceses. Parte de la réplica de esta lucha francesa, influyo en los artesanos neogranadinos, que se organizaron para luchar por la defensa de sus intereses comunes; constituidos en sociedades democráticas, en pro de la protección para

los productos colombianos, que incluían entre sus propuestas, la libre importación de mercancías extranjeras, la libertad de los esclavos, y el respeto a los ejidos municipales² usurpados por los latifundistas.

Insisten Cassoni *et al* (2005) que este siglo estuvo enmarcado según los historiadores como el despegue en firme de la industrialización y la modernización del país, los partidos políticos tanto liberal como conservador tuvieron gran protagonismo; acompañados de expresiones radicales socialista que surgen en el decenio del veinte y prolongándose hasta finales de los años treinta; este movimiento social trajo consigo: luchas agrarias, movilizaciones obreras, incursiones de los estudiantes en la política, protestas indígenas y presiones de núcleos de mujeres por cambios en la condición jurídica, social y política de su género.

Por su parte, explica Cuesta (2005) que hacia 1909 los trabajadores de distintos ramos de producción tales como sastres, zapateros y otros artesanos se organizan bajo el nombre de “sociedad de artesanos de Sonsón” con una fuerte influencia de la iglesia católica. Otros sindicatos que aparecen para la época fueron el “sindicato agrícola de fresno” en 1910, el “sindicato nacional de obreras de la aguja” en 1910, el “sindicato central obrero” de ascendencia socialista en 1917, el “sindicato de profesores y maestros del Tolima” en 1918. El Estado otorga reconocimiento legal por primera vez en Colombia a los sindicatos; los pioneros quizás del movimiento fueron el Sindicato de Tipógrafos de Bogotá (1906), y, la Sociedad de Artesanos de Sonsón (1909), de composición gremial promiscua éste último (sastres, zapateros, otros) y bajo patrocinio eclesiástico

253

Las huelgas en Colombia

Otro capítulo más de esta historia se origina con el nacimiento de las huelgas como mecanismos de presión para exigir a los patronos reajustes salariales; es así como Novelli (2009) indica que para 1918 los trabajadores portuarios de la Costa Caribe en Santa Marta, Barranquilla y Cartagena desarrollaron una de las primeras huelgas, donde su principal objetivo consistía en el incremento salarial. Otros obreros de distintas regiones del país replicaron esta idea

2 Un ejido municipal es un campo común de un pueblo, que puede estar registrado o no a nombre de la municipalidad; sin embargo, es administrado por esta.

como forma de lucha de sus intereses laborales. Inicia un periodo de conciencia obrera con contenidos ideológicos y políticos, que derivan en la creación hacia 1919 del partido socialista.

Con la creación del partido socialista, Acota Novelli (2009) conformado por la organización del proletariado de la época, se dirigen tres huelgas históricamente importantes. La huelga de los trabajadores de la Tropical Oil Company, en 1924, cuyo objetivo se enmarca, no solo aumento salarial sino a mejorar las condiciones de trabajo; el resultado no fue el esperado, contrario a ello, la huelga fue satanizada y reprimida, lo que conllevó a una segunda huelga por el año 1927, que igualmente obtuvo los mismos resultados que la anterior.

La tercera huelga, según Ahumada (2001) se puede considerar la más importante, por su carácter trágico e histórico, se da para 1928 en los finales de la hegemonía conservadora con Miguel Abadía Méndez, quien era considerado un represor de la clase obrera y un súbdito hincado a la obediencia del régimen de los Estados Unidos. Esta huelga marco un hecho trágico, heroico e icónico que marcó a los trabajadores colombianos de la época y hasta nuestros días *"La masacre de las Bananeras"*.

Este hecho histórico, considerado por Oviedo (2002) como uno de los más terribles y a la vez más significativos episodios, enluto la historia proletaria del país; más de 25.000 trabajadores bananeros de la United Fruit Company, se lanzaron a la huelga cansados de los malos salarios, las pésimas condiciones de trabajo y seguridad social, así como de los tratos inhumanos; el presidente Abadía Méndez en respuesta a la huelga, reprime militarmente a los huelguistas, en apoyo a la United Fruit Company; los militares en cabeza del coronel Cortés Vargas, reciben la orden de disparar indiscriminadamente contra los trabajadores bananeros reunidos en la plaza central de Ciénaga- Magdalena. Este acto criminal y bárbaro dejó un millar de muertos tendidos. Los sobrevivientes de esta masacre corrieron en desbandada, acosados por las tropas. Luego de este suceso fueron declarados bandoleros y los persiguieron sin tregua, asesinando a cientos más. Se calcula que el total de muertos que hacían parte de esta huelga de trabajadores, pueden ascender a los 1500. Esta

barbarie pone fin a la terrible hegemonía conservadora, iniciando la república liberal con Enrique Olaya Herrera a partir del año 1930.

Las organizaciones sindicales en el gobierno de Alfonso López Pumarejo, en consideración de Oviedo (2002) comienzan a tener un tratamiento más sutil, esta lucha conlleva que para el año 1935 se cree la CST (Confederación sindical de trabajadores), la cual, tres años más tarde, se convierte en la Confederación de Trabajadores de Colombia CTC. Pero este reconocimiento a esta lucha se vio empañada por la confrontación que se dio entre liberales y conservadores, donde la represión oficial y conflictos locales de diverso tipo debilitaron sensiblemente las organizaciones populares; lo que condujo a que emergieran otras formas de lucha y de resistencia llamadas autodefensas, que luego se transformaron en grupos armados en el campo y núcleos conspirativos en las ciudades. La violencia provocó un éxodo de campesinos sin precedentes en la historia nacional.

Con el asesinato del caudillo Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948 en Bogotá y unas masas escépticas de las instituciones y la ley; inicia una nueva era de violencia caracterizada por la ira social en contra del poder de las “oligarquías”. Los movimientos sociales se vieron obligados a ocultarse y armarse para defender sus tierras. La violencia, auspiciada por el estado y los partidos legales, afectó incluso a miembros de la élite política. El movimiento sindical se sumergió en un letargo prolongado del cual sólo vendría a reponerse en la década del setenta³.

255

El inicio de la época de la violencia, según Oviedo (2002) desde 1946 hasta 1958 dejó una cifra entre 200 y 300 mil muertos y el desplazamiento forzado de cerca de 2 millones de personas. Conservadores y liberales crean el frente nacional (1959-1974), pacto para detener la violencia y dividir el poder; con la reconciliación de los partidos “históricos” y su pacto para restablecer el orden y gobernar el país, hubo una rápida recuperación de las organizaciones populares: se reconstruyeron los sindicatos liberales y comunistas; el sindicalismo católico, que había emergido durante la violencia con el auspicio de la iglesia católica y los gobiernos conservadores desplegó una actividad inusitada.

3 Cfr. Sánchez, Gonzalo y Peñaranda, Ricardo, compiladores, *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, CEREC, Bogotá, 1986. Guzmán Campos y otros, *La violencia en Colombia*, Carlos Valencia Editores, Bogotá, 1986.

Los estudiantes participaron activamente en el derrocamiento del gobierno militar de Rojas Pinilla en 1957, presionaron reformas en la educación y se convirtieron en un canal importante de la inconformidad política con el Frente Nacional. Los empleados de “cuello blanco” del Estado, junto con médicos, maestros y jueces, se asociaron en sindicatos y asumieron formas de protesta propias de los obreros.

Entre 1965 y 1980 el sindicalismo logró la tasa de afiliación más alta en su historia, pero ésta no sobrepasó el 16 por ciento de la población ocupada del país. También reaparecieron las luchas agrarias bajo sus formas antiguas, pero entrelazadas con la guerrilla, y se produjo una nueva ola de luchas por la tierra; los efectos de la urbanización y la industrialización del país se dejaron sentir en la irrupción de nuevos sectores medios.

En criterio de Duncan (2006) Aumentaron los grupos de mujeres y su actividad se fue haciendo cada vez más política y más de género; el gobierno militar de Rojas Pinilla había reconocido nominalmente el voto femenino y durante el Frente Nacional las mujeres lograrían ciertas conquistas como el Estatuto de Igualdad jurídica de los sexos y la celebración del año internacional de la mujer⁴. La irrupción de sectores medios también tuvo expresiones en movimientos culturales e intelectuales y en un relativo auge de las expresiones políticas de izquierda.

Organizaciones sindicales venezolanas

En el gobierno de Juan Vicente Gómez (1908-1935), considerado como un periodo de represión por Urquijo (1997) duro más de 27 años, los trabajadores logran crear sus primeras organizaciones de clase y realizar movimientos huelguísticos significativos para la época. La clase obrera da un salto cualitativo en la estructura de la clase obrera, surgiendo del proletariado petrolero. En 1909 se fundó una de las primeras organizaciones de trabajadores de la historia de Venezuela, denominada Asociación de Obreros y Artesanos del Distrito Federal, que editaba el periódico “Unión Obrera”⁵.

4 Cfr. Llana, Lola y Villarreal, Norma. *Historia, género y política. movimientos de mujeres y participación política en Colombia 1930-1991*. Editado por el seminario Interdisciplinar Mujeres y Sociedad, Universidad de Barcelona, y la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología, Barcelona, 1994.

5 Luis Vitale. *Notas para una historia del movimiento obrero venezolano*. p. 49.

Los trabajadores del Gremio de Tipógrafos, cuyos estatutos fueron aprobados en 1909, se convirtieron en uno de los sectores de vanguardia en la promoción de las nuevas organizaciones sindicales.

Las huelgas en Venezuela

Los primeros antecedentes de las huelgas de trabajadores se dieron para el año 1908 con los trabajadores del puerto de La Guaira. Explica Noroño (2014) que fue para marzo del año 1914, cuando los telegrafistas organizaron una de las primeras huelgas de carácter nacional, los orígenes de este movimiento huelguístico se dan a raíz de una rebaja de salarios acordada por la Dirección General de Telégrafo. Los telegrafistas de Caracas comenzaron el movimiento de protesta, logrando el respaldo de sus compañeros de Oriente, Valencia, Trujillo, Maracaibo y otras ciudades.⁶

Los contactos intergremiales permitieron en consideración de Noroño (2020) crear la primera central obrera venezolana. En 1919 “se organizó la Confederación General Obrera’ sobre la base de las corporaciones obreras de los tranviarios de Caracas, del Gran Ferrocarril de Venezuela, del Ferrocarril Caracas-La Guayra, de la Electric Light Co., y de Teléfonos de Caracas⁷.

257

La dictadura de Gómez procuró contrarrestar esta influencia creando una “Federación de Trabajadores”, integrada por algunos elementos incondicionales. Este intento de estatización sindical, es decir, de crear un organismo sindical subordinado al Estado, no tuvo éxito. En 1928, Gómez trató de frenar las luchas obreras dictando una Ley del Trabajo que fijaba la jornada de 9 horas de trabajo. En 1919 hubo “una huelga en las minas de cobre de Aroa, que concluyó con un aumento de salarios de 15 céntimos y medio diario”⁸. Los zapateros de la Casa Boccardo lograron un triunfo en la huelga que realizaron en ese año por aumento de salarios. Los tranviarios también declararon una huelga “por salarios-hora y algunas otras condiciones de trabajo, teniendo que pelear en la calle contra la policía y contra los esquiroles”⁹.

6 Boletín del Archivo Histórico de Miraflores, N° 28-29, enero-abril 1964, Año V, Caracas, 1964.

7 Hemmy Croes, op. Cit., p. 51

8 Hemmy Croes, op. cit., p. 52.

9 P.B. Pérez Salinas, op. ci., p. 41.

La formación del proletariado petrolero en la década de 1920 significó un cambio cualitativo en la estructura del movimiento obrero venezolano, configurándose la primera gran concentración obrera del país. Los primeros movimientos de protesta de los obreros petroleros comenzaron en 1922 y culminaron con el estallido de la primera huelga petrolera en junio de 1925 en Mene Grande. “Allí - dice Pérez Salinas - cansados del trato despótico, arbitrario y humillante de los jefes extranjeros de las compañías, los trabajadores se van a la huelga que es promovida mediante la arenga del obrero fogonero Augusto Malavé, exigiendo un aumento de salarios”¹⁰.

258

Ante la prohibición de formar sindicatos los trabajadores formaron en Cabimas, en 1931, un organismo semiclandestino llamado “Sociedad de Auxilio Mutuo de Obreros Petroleros” (SAMOP) que luego redactó un proyecto de Estatutos y un pliego de peticiones. “La Asamblea constitutiva de SAMOP contó con la asistencia de más de cinco mil obreros, habiendo sido designado presidente el mismo Rodolfo Quintero, quien era para entonces un empleado de la *Venezuela Oil Concessions*. La SAMOP, a pesar de su fachada de organización mutualista, fue en verdad el primer sindicato petrolero”¹¹.

Después de haber constituido Comités de empresa en cada centro petrolero, informa Noroño (2014) que la organización SAMOP resolvió presentar un pliego de peticiones y crear un fondo de resistencia: “Tres días antes del acordado para iniciar la ofensiva, fueron despedidos de las compañías todos los directivos de la SAMOP. El presidente de la organización, Rodolfo Quintero, refiere que, luego Mario Maya gobernador del Distrito Bolívar, y Armando Valbuena, jefe Civil de Cabimas, al frente de quince hombres armados con los viejos fusiles “Mausser” del gomecismo, lo hicieron preso: ‘Fui amarrado - dice - con un grueso mecate y trasladado a la cárcel de Maracaibo donde estuve dos años hasta que pude fugarme y salir del país por la vía de Paraguachón’. Y así fue quebrado ese movimiento”¹².

10 P.B. Pérez Salinas, op. cit., p. 42.

11 P.B. Pérez Salinas, op. cit., p. 44

12 *Ibid.*, p. 44

El movimiento de 1928

El año 1928 fue decisivo en el cambio de táctica de lucha contra la dictadura de Gómez, los universitarios aprovecharon “La semana del Estudiante” y la elección de la reina del festival para realizar una poderosa manifestación de protesta callejera exigiendo libertades democráticas. La represión de Gómez no logró amedrentar al movimiento. Los comerciantes cerraron sus negocios, los tranviarios paralizaron y los albañiles suspendieron las obras, sumándose a numerosos núcleos de trabajadores que se solidarizaron con los estudiantes.

Las jornadas de 1928 no estuvieron limitadas al movimiento estudiantil. La lucha iniciada por los universitarios fue un detonante que hizo prontamente estallar todas las expresiones de rebeldía contenidas desde hacía mucho tiempo en las capas populares. A partir de 1928, la movilización de los trabajadores, estudiantes y capas medias se convirtió en el elemento decisivo en la lucha contra la dictadura gomecista. Luego de las jornadas universitarias, se desencadenaron en 1928 las huelgas de los tranviarios de Caracas, de los bancarios, de los panaderos y los trabajadores del puerto de La Guayra.

259

La lucha de clases en 1936

Después de la muerte de Gómez (17-12-1935) hubo una gran movilización popular que abarcó a diferentes sectores sociales. Fue un movimiento pluriclasista, controlado en definitiva por la burguesía y las capas medias que aspiraban fundamentalmente a conquistar libertades democráticas y nuevas formas de control y redistribución de la renta petrolera. Sin embargo, la clase dominante no tenía un partido burgués estructurado, ni orgánica ni programáticamente. En 1936 estuvo planteado en Venezuela el problema de la toma del poder por el movimiento popular, pero el proletariado y las capas medias radicalizadas carecieron de una dirección política adecuada.

Las acciones populares contra los elementos más odiados del gomecismo se expresaron en el saqueo de las lujosas mansiones levantadas por los incondicionales del dictador. El coronel Maya reprimió las manifestaciones populares provocando 37 muertos,

casi todos obreros petroleros. Sin embargo, el enfrentamiento armado obligo a renunciar al coronel. El proceso de organización de los trabajadores se hizo por múltiples canales: sindicatos, gremios, clubes políticos, Comités y Asociaciones, donde se discutían las nuevas alternativas políticas y las reivindicaciones inmediatas de los explotados. Los trabajadores agrícolas también se organizaron en 1936 en Ligas Campesinas que plantearon resueltamente la lucha por la tierra.

En enero de 1936 se reorganizaron los obreros gráficos, carpinteros, zapateros, tranviarios, telegrafistas, albañiles, tabaqueros y choferes. Los empleados también se incorporaron al proceso de sindicalización, creando en enero de 1936 la Asociación Nacional de Empleados (ANDE). La Federación de Estudiantes se reorganizó el 14 de diciembre de 1935. La Federación Venezolana de Maestros, que actuaba en la clandestinidad desde 1932, fue reestructurada en agosto de 1936.

Centrales obreras

260 Se considera imprescindible partir de una perspectiva que considere el nacimiento y evolución contemporánea del movimiento de trabajadores en Venezuela. Este movimiento social tuvo su primer momento estelar en criterio de Noroño (2014) a partir de las luchas de los trabajadores petroleros en la década de 1930. Este movimiento de trabajadores jugó un papel destacado en la conformación de los llamados partidos políticos modernos, principalmente en el surgimiento inicial de Acción Democrática (AD) y del Partido Comunista de Venezuela (PCV), y en las luchas por conquistar la democracia política luego de la caída de la dictadura gomecista (en los gobiernos de López Contreras y de Medina Angarita)¹³

Pero el gobierno de Eleazar López Contreras (1935-1941) restringió posteriormente la actividad sindical, sobre todo después de la huelga petrolera efectuada de diciembre 1936 a enero de 1937, y de 241 sindicatos legalizados a mediados de 1936, en 1941 sólo quedaban activos 140 (Arrieta, 1995: 22). No obstante, la Ley del Trabajo promulgada en julio de 1936, y que estuvo vigente hasta

13 Puede consultarse al respecto el trabajo de Paul Nehru Tenasse "*Venezuela, los obreros petroleros y la lucha por la democracia*", 1979.

1991, permitió por primera vez el derecho a la organización de sindicatos y el derecho de huelga, además de reconocer también por vez primera el pago por antigüedad (pago por el patrono de quince días de salario por cada año de servicio, en caso de despido injustificado del trabajador).

Con el gobierno de Isaías Medina Angarita (1941-1945) el movimiento obrero va a experimentar un notable crecimiento. Para el momento del derrocamiento de Medina, en octubre de 1945, existían 252 sindicatos legalizados. El momento más significativo de este período fue la reunión de la Convención Nacional de Trabajadores en el Teatro Nacional de Caracas el 23 de marzo de 1944. La disputa entre el Partido Comunista (que actuaba de manera encubierta porque la Constitución no permitía legalizar actividades comunistas, y que era de manera evidente la fuerza política de mayor influencia dentro del movimiento obrero venezolano) y la AD por el control de la Convención Nacional llevó a que los sindicatos influidos por AD se retiraran de la misma, y su dirigencia acusara por la prensa que los sindicatos que se habían quedado en la convención eran “comunistas”. Esta circunstancia produjo que el gobierno de Medina disolviera las 93 organizaciones sindicales que habían permanecido en el congreso obrero¹⁴.

261

El gobierno revolucionario que surge del 18 de octubre de 1945 va a potenciar al movimiento obrero venezolano hasta colocarlo en un papel significativo dentro de la lucha política nacional. El número de sindicatos legalizados se cuadruplicó en muy poco tiempo, aprovechando las facilidades creadas por el Ministerio del Trabajo, cuyo titular era Raúl Leoni. Aunque el Partido Comunista mantuvo cierta influencia en sectores sindicales como el petrolero y el textil, el apoyo gubernamental a los sindicatos de Acción Democrática favoreció que creciera enormemente la hegemonía sindical Adeca.

El advenimiento de la dictadura militar a partir de noviembre de 1948, significó la implementación de una fuerte represión política hacia los sindicatos y hacia los partidos que dirigían dichos sindicatos (AD y PCV). Entre 1950 y 1952 el movimiento clasista de

14 Véase la obra de Steve Ellner *“Los partidos políticos y su disputa por el control del movimiento sindical en Venezuela, 1936-1948”*. 1980.

trabajadores petroleros intentó vanamente desarrollar jornadas de huelga en contra de la dictadura, lo que conllevó a la ilegalización de prácticamente todos los sindicatos petroleros, y a la persecución, cárcel, exilio y/o asesinato de sus principales dirigentes (Faría, 2007: 169).

Particularmente en el Zulia, en criterio de Noroño *et al* (2019) esta represión militar contra los sindicatos significó una derrota de carácter histórico, pues durante 50 años no se volvió a levantar en este estado un movimiento clasista, autónomo y revolucionario de trabajadores. La democracia representativa que nace a partir de 1958 resucita al movimiento obrero, pero lo desarrolla con una camisa de fuerza que se va a llamar CTV (Confederación de Trabajadores de Venezuela)¹⁵. Esta central de trabajadores, firmemente controlada por Acción Democrática, se convertirá en los 40 años de democracia puntofijista en el mecanismo apaciguador de las luchas obreras, siendo a la vez fuente de corrupción de una dirigencia vendida a los patronos y al gobierno de turno (Quintero, 1980: 85). Los líderes sindicales se enriquecieron administrando bancos y empresas cedidas por los gobiernos de turno, y pasaron a formar parte de la elite de poder del período del Pacto de Punto Fijo¹⁶.

La CTV cumplió un papel estelar dentro del bloque de alianzas sociales que condujo a la democracia nacida del 23 de enero de 1958. Este bloque dominante en Venezuela entre el 58 y el 99 estuvo conformado por las cúpulas de los partidos AD y Copei, el alto mando militar, la jerarquía de la iglesia católica, la dirigencia empresarial agrupada en Fedecámaras (incluyendo aquí a los propietarios de los grandes medios de comunicación), y la dirigencia obrera organizada en la CTV. La función de esta central como apagafuegos de las luchas obreras se comprueba en el hecho de que fue sólo en mayo de 1989,

15 El control de la CTV por parte de Acción Democrática como partido de gobierno, originará en 1963 la conformación de la CUTV (Central Unitaria de Trabajadores de Venezuela) por parte de los sindicatos influidos por el Partido Comunista (Arrieta, 1995-b: 24). Otras dos centrales de trabajadores, de orientación socialcristiana, se constituyeron en el período puntofijista: Codesa (Confederación de Sindicatos Autónomos de Venezuela, fundada en 1964) y la CGT (Confederación General de Trabajadores de Venezuela, fundada en 1971), como desprendimiento de la primera de estas. El partido socialcristiano Copei tuvo incidencia en la fundación de Codesa, aunque mantuvo a la vez su participación en la CTV.

16 Acuerdo político celebrado en 1958 entre los partidos AD, Copei y URD, destinado a gobernar en alianza con los intereses estadounidenses y excluyendo a los comunistas.

luego del levantamiento semi-insurreccional espontáneo del pueblo de Caracas, y luego de tres décadas de predominio de su estrategia de conciliación de clases, que la CTV organizó una huelga nacional en contra de un gobierno puntofijista (paro nacional de 24 horas cumplido el 18 de mayo del 89, era presidente Carlos Andrés Pérez del partido Acción Democrática).

La llegada al poder de Hugo Chávez en 1999, y el consiguiente desmoronamiento de la estructura de poder puntofijista, abrió a partir de ese año un proceso de renacimiento obrero venezolano. En los primeros meses de 1999 se fortaleció considerablemente en todo el país una organización obrera que se había creado al calor de la campaña electoral de Hugo Chávez, el Frente Constituyente de Trabajadores (FCT). En enero del 99 realiza un gran evento en Los Caracas, con unos cinco mil delegados, y posteriormente se desarrolla lo que sería el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente. Hay que resaltar que, durante esta primera etapa del gobierno bolivariano, los trabajadores van a estar realmente ausentes del protagonismo político como parte integrante de las fuerzas sociales promotoras del llamado proceso bolivariano. El gobierno de Chávez tuvo escaso interés en los primeros años por abordar la cuestión del derrumbe de la CTV y su sustitución por estructuras más afines al proceso bolivariano.

263

Sin embargo, hay un fenómeno espontáneo que se comenzó a dar desde un primer momento: los trabajadores abandonaron masivamente los sindicatos afiliados a la CTV, y procedieron a conformar nuevos sindicatos bolivarianos, identificados con la revolución encabezada por Chávez. De esta forma, la CTV va a perder progresivamente su fuerza y su convocatoria, quedando cada vez más como un cascarón vacío. No obstante, desde el gobierno chavista no existieron a lo largo de 1999 y buena parte del 2000, mayores orientaciones políticas que incluyeran de alguna forma al sector de los trabajadores y el movimiento sindical en el proceso bolivariano, más allá del debate realizado en el seno de la Asamblea Constituyente y de los logros alcanzados en materia de derechos laborales.

Sólo cuando el FCT termina pasándose al bando opositor, es que el chavismo oficial responde con la constitución de la Fuerza

Bolivariana de Trabajadores (FBT) en septiembre del 2000. Pero esta misma FBT no va a contar con un lineamiento definido que permita conducir al movimiento de trabajadores por un proceso de reconstrucción y fortalecimiento en torno a la revolución bolivariana (como de hecho no ocurrió con ningún otro sector social: campesinos, indígenas, estudiantes, etc.).

Luego del paro petrolero de 2002-2003 se constituyó en Caracas la Unión Nacional de Trabajadores (UNETE), central sindical cuyo nacimiento indicaba el fin de la era *cetevista*. Durante los primeros años luego de la creación de la UNETE el movimiento de trabajadores se orientó hacia su fortalecimiento por la vía de constituir y registrar numerosos sindicatos que ahora se denominaban “bolivarianos”. Este proceso desarrollado principalmente de una manera espontánea, y no como producto de directrices políticas que pudieran haber venido de las altas esferas del gobierno o del MVR, se vio siempre obstaculizado por la confrontación entre las dos grandes tendencias antes descritas, entre los autonomistas y los leninistas.

264

El movimiento obrero bolivariano, a mediados del 2011, se encuentra dividido en varias tendencias que defienden a su vez proyectos sindicales distintos. Unos respaldan la continuidad de la UNETE como central sindical bolivariana, y otros proponen la constitución de la CST como “verdadera central unitaria” de los trabajadores bolivarianos.

Normas que regulan el derecho de asociación sindical en Colombia y en Venezuela

Normas que regulan el Derecho de Asociación Sindical en Colombia

Tabla I - Constitución Política de Colombia

Norma	Disposición
Artículo 25	Derecho al trabajo
Artículo 37	Derecho a la protesta
Artículo 38	Derecho de libre asociación
Artículo 39	Derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado.
Artículo 55	Derecho a la negociación colectiva
Artículo 56	Derecho a la huelga

Fuente: *Elaboración propia (2021)*

Tabla II - Código sustantivo del trabajo- Sindicatos

Sindicatos	
Norma	Disposición
Artículo 353	Derechos de asociación
Artículo 354	Protección del derecho de asociación
Artículo 356	Sindicatos de Trabajadores
Artículo 359	Número Mínimo de Afiliados

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla III - Código sustantivo del trabajo – Trabajadores oficiales.

Trabajadores Oficiales	
Norma	Disposición
Artículo 414	Derecho de Asociación.

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla IV - Código sustantivo del trabajo – Federaciones y confederaciones.

Federaciones y Confederaciones	
Norma	Disposición
Artículo 417	Derecho de Federación

Fuente: Elaboración propia (2021)

265

Tabla V - Código sustantivo del trabajo – La huelga.

La Huelga	
Norma	Disposición
Artículo 429	Definición de Huelga.
Artículo 430	Prohibición de Huelga en los Servicios Públicos.

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla VI - Código sustantivo del trabajo – Declaratoria y desarrollo de la huelga.

Declaratoria y Desarrollo de la Huelga	
Norma	Disposición
Artículo 444	Decisión de los trabajadores
Artículo 445	Desarrollo de la Huelga
Artículo 446	Forma de la Huelga
Artículo 447	Comités de Huelga
Artículo 449	Efectos Jurídicos de la Huelga.

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla VII - Convenios de la OIT ratificados por Colombia.

		Ley aprobatoria	Fecha de radica- ción	Decreto de pro- mulgación del con- venio ratificado	Diario oficial y fecha de publi- cación
• C.87	• Convenio so- bre la libertad sindical y la protección del derecho de sindi- cación, 1948 (núm. 87)	• Ley 26 de 1976 (sept.15)	• 16.11.1976	• D1272/1997	• 36.069 (jun. 26 de 1997)
• C.98	• Convenio so- bre el derecho de sindicación y de nego- ciación col- ectiva, 1949 (núm. 98)	• Ley 27 de 1976 (sept.15)	• 16.11.1976	• D1265/1997	• 43.069 (jun.26 de 1997)
• C.154	• Convenio sobre la ne- gociación col- ectiva, 1981 (núm.154)	• Ley 524 de 1999 (agos.12)			• 43670 (agos. 18 de 1999)

Fuente: Elaboración propia (2021)

Normas que regulan el Derecho de Asociación Sindical en Venezuela

Tabla VIII - Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Norma	Disposición
Artículo 89	Derecho al trabajo
Artículo 95	Derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado.
Artículo 96	Derecho a la negociación colectiva
Artículo 97	Derecho a la huelga

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla IX - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras - De la Libertad Sindical

De la Libertad Sindical

Norma	Disposición
Artículo 353	Libertad Sindical
Artículo 355	Derechos Individuales de la Libertad Sindical
Artículo 356	Derechos Colectivos de la Libertad Sindical .
Artículo 357	Prohibición de Prácticas Antisindicales
Artículo 358	Prohibición de injerencia patronal
Artículo 360	Derecho de asociación de patronos y patronas

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla X - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras - De las Organizaciones Sindicales

De las Organizaciones Sindicales	
Norma	Disposición
Artículo 365	Objeto
Artículo 370	Derecho de afiliación.
Artículo 371	Clases de sindicatos de trabajadores y trabajadoras.
Artículo 373	Federaciones y centrales

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla XI - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras – Del Registro de las Organizaciones Sindicales

Del Registro de las Organizaciones Sindicales	
Norma	Disposición
Artículo 376	Mínimo de afiliados y afiliadas de un sindicato de empresa
Artículo 377	Mínimo de afiliados y afiliadas de un sindicato profesional
Artículo 378	Mínimo de afiliados y afiliadas de un sindicato industrial o sectorial.
Artículo 379	Mínimo de afiliados de un sindicato regional o nacional
Artículo 380	Mínimo de afiliados y afiliadas de una organización de patronos y patronas.
Artículo 381	Mínimo de organizaciones sindicales afiliadas de una federación o una central.

Fuente: Elaboración propia (2021)

267

Tabla XII - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores – Del Fuero Sindical o Inamovilidad Laboral

Del Fuero Sindical o Inamovilidad Laboral	
Norma	Disposición
Artículo 418	Definición de fuero sindical o inamovilidad laboral
Artículo 419	Protegidos por fuero sindical
Artículo 420	Protegidos por inamovilidad
Artículo 422	Solicitud de autorización del despido, traslado o modificación de condiciones

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla XIII - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras- De la Disolución y Liquidación de las Organizaciones Sindicales

De la Disolución y Liquidación de las Organizaciones Sindicales	
Norma	Disposición
Artículo 426	Causas de disolución de una organización sindical

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla XIV - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras - De la Convención Colectiva de Trabajo

De la Convención Colectiva de Trabajo	
Norma	Disposición
Artículo 431	Derecho a la negociación colectiva
Artículo 435	Duración de la convención.
Artículo 441	Duración de las negociaciones

Fuente: Elaboración propia (2021)

Tabla XV - Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras - De la Huelga

De la Huelga	
Norma	Disposición
Artículo 486	Concepto de huelga
Artículo 487	Requisitos de la huelga
Artículo 489	Protección del ejercicio del derecho a huelga
Artículo 492	Arbitraje obligatorio

Fuente: Elaboración propia (2021)

268

Convenios de la OIT ratificados por Venezuela - Derecho de asociación sindical.

Tabla XVI - Convenios de la OIT ratificados por Venezuela.

		Fecha de ratificación
C.87	Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)	20.09.1982
C.98	Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)	19.12.1968

Fuente: Elaboración propia (2021)

Censo sindical de Colombia y Venezuela. Resultados finales censo sindical 2017

El primer Censo Sindical en Colombia se realizó en cumplimiento de las leyes 83 de 1931 y 12 de 1936, que obligaban a las organizaciones sindicales a colocarse bajo la vigilancia del Estado,

una vez reconocidos como personas jurídicas. La resolución 10 de 1938 disponía la organización del censo sindical y el registro de las asociaciones de profesionales, con el objeto de garantizar el cumplimiento de los objetivos económicos, legales y sociales de estos organismos.

Ante la imposibilidad de dar cumplimiento a esta medida, el 28 de febrero de 1947 se dictó la resolución 38, que obligaba a los sindicatos a entregar a las Inspecciones Seccionales del Trabajo los registros diligenciados del censo. Este censo produjo información sobre los sindicatos activos e inactivos, sobre las personerías jurídicas otorgadas a la fecha, sobre el número de afiliados por sexo; sobre la clase o tipo de organización sindical, sobre las organizaciones afiliadas a federaciones regionales y de industria y/o a las confederaciones existentes en Colombia.

Pasaron 37 años para que se pudiera realizar el segundo censo sindical en Colombia. Para los primeros censos, el contexto socio laboral estaba más ligado a los temas del mercado laboral y al proceso organizativo de los trabajadores. Después del segundo censo, hubo un proceso notorio de recomposición del movimiento sindical, pues desaparecieron organizaciones como la UTC y la CSTC y nació la CUT¹⁷.

269

Sindicato	No. Afiliados
CUT: Central Unitaria de Trabajadores (15 de noviembre del 1986)	577.532
CGT: Confederación General de Trabajadores (14 de julio de 1975)	606.073
CTC: Confederación de Trabajadores de Colombia (10 de agosto de 1975)	169.291
CSPC: Confederación Sindical de Servidores Públicos y de servicios públicos de Colombia	7.873
CNT: Confederación Nacional de Trabajadores (21 de febrero de 2007)	31.153
CTU: Unión sindical Colombiana del Trabajo (2017)	32.126
UTC: Unión de trabajadores de Colombia (26 de septiembre de 1949 – 13 octubre de 2013)	6.912

17 Ministerio del trabajo de Colombia, con la participación de las centrales sindicales: CGT, CUT, CTC, CNT, CSPC Y CTU

Mapa sindical venezolano. Organizaciones certificadas por el Concejo Nacional Electoral

Durante los últimos 20 años el movimiento sindical venezolano ha sufrido grandes cambios, pero la enorme dificultad de los investigadores independientes para acceder a la información pública ha disminuido la disponibilidad de datos sobre los sindicatos y sus dirigentes. Ante esta carencia, la Fundación Friedrich-Ebert en Venezuela conocido como Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (FES-ILDIS) ha creado un Grupo de Trabajo, llamado “Observatorio Venezolano de la Acción Sindical”. Esta iniciativa, el Observatorio Venezolano de la Acción Sindical de la FES/ILDIS, se propuso la tarea de emprender una investigación a fin de obtener mayor información sobre la situación de las organizaciones sindicales en el país para elaborar un perfil sobre ellas y sus estructuras organizacionales dirigentes.

270

Desde el 2004, la estrategia gubernamental fue dismantelar y desplazar el sindicalismo afiliado a la CTV, para lo cual se fue creando toda una estructura sindical paralela (Iranzo y Richter, 2005a). Los datos oficiales de las elecciones del 2001 reportaron 2.974 organizaciones sindicales, 2.044 de ellas pertenecían a la CTV, lo cual no dejaba ninguna duda su carácter mayoritario (CNE, 2002). Los últimos datos disponibles del Ministerio del Trabajo dan cuenta de más de 8 mil organizaciones sindicales. Ello implica que en los últimos tres quinquenios se ha triplicado la estructura sindical del país a pesar de la reducción del número de empresas y a pesar de que no ha aumentado el número de trabajadores afiliados. Estos datos confirman el paralelismo como política de Estado para desplazar a las organizaciones que no le son afectas.

La Gaceta Electoral del CNE entre los años 2010 y 2016 registra todas las elecciones sindicales publicadas. Es un registro de carácter nacional, pero que incluye únicamente a los sindicatos que realizaron elecciones en ese lapso. La base de datos consolidada cuenta con un total de 2.440 procesos electorales publicados en el período, en estos 2.440 procesos electorales participaron 2.376 organizaciones sindicales, la gran mayoría de ellas con una sola elección registrada

en el período (2.312 sindicatos, el 96%) y solo un 2,7% registró dos elecciones entre 2010 y 2016 (64 organizaciones sindicales).

La base de datos consolidada logró identificar, por tanto, 2.376 organizaciones sindicales que realizaron elecciones publicadas en la Gaceta Electoral del CNE. Según el estudio realizado por Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (FES-ILDIS), de este conjunto de organizaciones sindicales registradas, acordaron tomar como población del estudio aquellas que realizaron procesos electorales en los 3 últimos años, puesto que así se incluiría a todas las organizaciones sindicales que se encuentran formalizadas ante el CNE y por ser las que ofrecen mayor posibilidad de seguir activas. Por ello, se seleccionaron solo los procesos electorales registrados a partir de 2014 y ello dio como resultado una población de 1.248 organizaciones sindicales.

El estudio de PROVEA destaca que en el período 2008 se aprobaron 562 convenciones colectivas, 40 menos que en el 2007, y que, según cifras de la prensa, la cobertura apenas alcanza a 87.821 personas. La Encuesta Sindical Nacional 2018 del proyecto Mapeo Sindical del Observatorio Venezolano de Acción Sindical, permitió adentrarse en un mundo desconocido: las organizaciones sindicales que han logrado hacer elecciones bajo la rectoría del CNE. El sindicalismo que sobrevive en el país debe desarrollar su actividad en un ambiente institucional sumamente adverso.

271

Desde la llegada al poder del chavismo ha existido una clara política estatal dirigida a dismantelar el sindicalismo autónomo y, a la vez, construir el brazo sindical oficialista que evite la protesta laboral. Para lograrlo, se han promulgado una serie de normas jurídicas que obligan a las organizaciones sindicales a cumplir deberes estatales, criminalizan el ejercicio del derecho a huelga y limitan considerablemente la negociación colectiva.

Conclusiones

El alcance del derecho de asociación sindical a lo que respecta al derecho de Libertad Sindical y organización en la Constitución política de Colombia, se ubica en el artículo 38, el cual señala que se garantiza la libre asociación para las distintas actividades que

las personas realizan en sociedad, por su parte, este derecho en La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ubica en el artículo 95, en él se asegura el derecho a la conformación de organizaciones sindicales y a su funcionamiento autónomo para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados.

La Constitución política de Colombia, establece en su artículo 39 “que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado y, su reconocimiento se producirá con la simple inscripción del acta constitutiva”, la afiliación es voluntaria; a lo que se asemeja con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que, de igual forma las organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa y que sus promotores o dirigentes sindicales gozarán de inamovilidad durante el ejercicio de sus funciones.

272 El alcance del derecho de asociación sindical ha sido ratificado por la OIT, tanto, para Colombia como para Venezuela en el convenio 87 de la OIT, incluyen sin excepción alguna, en su constitución el principio de Libertad Sindical y el derecho de organización, tanto para trabajadores como para empleadores. Mencionan que las organizaciones serán reconocidas por el simple hecho de constituirse e inscribirse. De acuerdo a los términos del convenio 87, las organizaciones sindicales no pueden ser disueltas por vía administrativa, señala que es factible hacerlo por vía judicial.

A lo que respecta, a la independencia y autonomía de las organizaciones sindicales, la Constitución Política de Colombia muestra un gran respeto; a diferencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se evidencia la intención de la injerencia del Estado en las organizaciones argumentando de propender a su democratización, a tal punto, disponiendo que las elecciones en los sindicatos sean realizadas por el Poder Electoral, a través del Consejo Nacional Electoral.

Otra diferencia entre las constituciones de estos países es que, mientras en Colombia las organizaciones sindicales se conforman para la defensa de los intereses de sus afiliados y para ejercer su representación individual o colectiva, estableciendo que para

su constitución será necesario un simple reconocimiento como tal, en Venezuela se prevé que los trabajadores y trabajadoras no dependientes sean parte o puedan conformar sindicatos. Referente al mínimo de afiliados para la conformación de un sindicato no es mucha la diferencia que se presentan entre los dos países, en Colombia se maneja un mínimo de 25 afiliados y Venezuela se requiere un mínimo de 20. Con respecto a la edad se nota una gran diferencia para ser parte de una organización sindical, para Colombia se requiere un mínimo 14 años y en Venezuela un mínimo de 18 años.

Con respecto al fuero sindical, ambos países brindan una gran protección a sus aforados, regulando lo concerniente a permisos y licencias, estableciendo un mecanismo de protección para dirigentes y demás trabajadores en determinados momentos, sobre todo en aquellos de estructuración de las organizaciones o negociación y conflictos colectivos; así también, su afectación es sancionada con el reconocimiento de una indemnización económica a favor del trabajador afectado, incluso con la restitución al puesto en Colombia.

Ambas constituciones incluyen el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales con los empleadores como mecanismo que contribuya a la solución pacífica de los conflictos, fijan regulaciones a este derecho, definidas mediante ley. A diferencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Constitución Política de Colombia limita su ejercicio al establecer, de forma expresa, que habrá excepciones a la contratación colectiva, del mismo modo dispuestas a través de ley.

Aunque las normas de ambos países, sin excepción, determinan que el convenio, pacto o contrato colectivo tiene la característica de ser vinculante para las partes; en Colombia se determina la posibilidad de una revisión anticipada ante eventualidades de carácter económico, fundamentalmente, que puede ser dirimida por autoridad judicial, cuando no existe acuerdo entre trabajadores y empleadores. En Colombia no se identifica como un problema de la negociación colectiva, la política antisindical del gobierno; por su lado, en Venezuela se manifiesta que uno de los principales obstáculos son los sindicatos paralelos, que son los únicos que

discuten convenios colectivos en el sector público.

La Constitución Política de Colombia, prevé el derecho de huelga, estableciéndolo en su artículo 56, en el cual señala “Que el mismo se garantiza, salvo en el caso de los servicios públicos esenciales, definidos por ley”. Es decir, el ejercicio del derecho está limitado. Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela igualmente lo reconoce en su artículo 97 de su Constitución, reconoce el derecho a la huelga, tanto de los trabajadores del sector público como del privado, pero dentro de las condiciones que establezca la ley.

En Venezuela se asegura el ejercicio de la huelga, tanto para los trabajadores del sector público como los del privado, contrario a Colombia donde expresamente impiden este derecho en el sector público. Colombia, prohíbe expresamente la paralización de los servicios públicos, es calificada de ilegal y su inobservancia conduce al establecimiento de sanciones penales; por el contrario, las en Venezuela se permite la suspensión de actividades en el sector público, con restricciones que impiden una paralización total, disponiendo que haya un número determinado de trabajadores que continúen laborando. Igualmente, se faculta al Gobierno a que suspenda la huelga cuando lo considere necesario “en función del interés general”.

Referencias bibliográficas

Anderson (1968). *Las limitaciones y las posibilidades de la acción sindical*.

Pensamientocrítico, abana No. 13. Recuperado de: <https://www.filosofia.org/rev/pch/1968/pdf/n13p113.pdf> Fecha de Consulta 12 de enero de 2022

Boletín del Archivo Histórico de Miraflores, N° 28-29, enero-abril 1964, Año V, Caracas, 1964. Recuperado de: <https://biblat.unam.mx/es/revista/boletin-del-archivo-historico-de-miraflores> Fecha de Consulta 11 de enero de 2022

CassonI, A.; Labadie, G. and Fachola, G. (2005). “*The economic effects of unions in Latin America: their impact on wages and economic performance of firms in Uruguay*”, in: Peter Kuhn and Gustavo Márquez

(eds.), **What Difference Do Unions Make? Their Impact on Productivity and Wages in Latin America**. De Soto, S. (1998). La libertad sindical negativa. Madrid: Civitas.

Código Civil Colombiano (1857). Diario Oficial No. 52113 - 1 de agosto de 2022). Ley 57 de 1887. (Colombia). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html Fecha de Consulta 22 de febrero de 2022

Constitución Política de Colombia (1991). Segunda edición, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html Fecha de Consulta 16 de abril de 2022

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf Fecha de Consulta 17 de mayo de 2022

Córdoba, M (1986) Elementos del sindicalismo. Ediciones Tercer Mundo, p. 11. Bogotá.

Croes, H. (1973). *El movimiento obrero venezolano: elementos para su historia*. Ediciones Movimiento Obrero. p.51, 52

Cuesta, L (2005). *"Impacto de los sindicatos en Colombia: ¿mayores salarios y más desigualdad?"*. **Revista Desarrollo y Sociedad**, No. 56 (2005): 177-219. <https://doi.org/10.13043/dys.56.6> Fecha de Consulta 18 de marzo de 2022

Fernández Favela, Mariana (2013). Primero de mayo. Día Internacional del Trabajo. Recuperado de: https://www.academia.edu/37255306/Mariana_Favela_CV_Mexico_Philosophy_pdf Fecha de Consulta 30 de enero de 2022

Franco Enríquez, Jesús Gabriel (2014). *La involución del derecho del trabajo*. **Salud de los Trabajadores**, 22(1),3-6. [fecha de Consulta 28 de agosto de 2022]. ISSN: 1315-0138. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=375839308001> Fecha de Consulta 12 de enero de 2022

Gabriel (2014). *El Sindicato y Comité de Empresa como apoyo a la gestión interna de Maresa Ensambladora y el bienestar de los empleados*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Área de Gestión 22 de 11 de 2014. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4656/1/T1713-MDTH-Villareal-El%20sindicato.pdf>. Fecha de consulta 16 de marzo de 2022

García, M. M. (2003). *Aspectos esenciales de la garantía legal en el estatuto del consumidor colombiano*. Recuperado de [file:///C:/Users/HP/Desktop/Dialnet-AspectosEsencialesDeLaGarantiaLegal-EnElEstatutoDel-6731098%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Desktop/Dialnet-AspectosEsencialesDeLaGarantiaLegal-EnElEstatutoDel-6731098%20(1).pdf). Fecha de consulta 16 de marzo de 2022

Gramsci, A. (1922). “El partido comunista y los sindicatos”, LON. Recuperado de: <http://www.gramsci.org.ar/>. Fecha de Consulta 14 de abril de 2022

Guzmán Campos y otros (1986). *La violencia en Colombia*, Carlos Valencia Editores, Bogotá.

276 Machicado, Jorge (2010). *Sindicalismo y Sindicato*. USFX, Universidad San Francisco Xavier. Bolivia. Ediciones New Life. p.10. Recuperado de: <https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dt19-sindicato.pdf>. Fecha de consulta 30 de junio de 2022

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores (Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012). Recuperado de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorgtrabajo_ven.pdf. Fecha de consulta 30 de junio de 2022

Lucena, Héctor (2003). “Un Marco Explicativo de la Flexibilización Laboral y de sus Aplicaciones en Venezuela”. Ponencia presentada en la Conferencia Mundial del Trabajo. Central Latinoamericana del Trabajo. San Antonio de los Altos.

Luna, L y Villarreal M., N. (1994). *Historia género y política movimientos de mujeres y participación política en Colombia 1930 - 1991*. Seminario Interdisciplinar Mujeres y Sociedad, Universidad de Barcelona. Recuperado de: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/55638>.

Medófilo Medina (1984). *La protesta urbana en Colombia*, Ediciones Aurora, Bogotá.

Menezes-filho, N.; ZylberstajN, H.; Chahad, J. and Pazello, E. (2005). "Unions and the economic performance of Brazilian establishments", in: Peter Kuhn y Gustavo Márquez (eds.), *What Difference Do Unions Make? Their Impact on Productivity and Wages in Latin America*.

Ministerio del trabajo de Colombia (2018). Resultados finales Censo Sindical 2017. Recuperado de: <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/197014/INFORME+FINAL+CENSO-2017+PUBLICADO-FEB-19-2018.pdf/e79f77aa-c4c5-d3f8-4ba7-8c4e19e3bd87?version=1.0>. Recuperado el 29 de agosto de 2020

Montoya, M (1976). *Historia del sindicalismo colombiano*, p. 12. Editorial la Carreta. Ediciones Universidad de los Andes.

Noroño, J. (2014). *Retos y perspectivas de las organizaciones sindicales en el contexto de la globalización de las relaciones laborales en Venezuela*. **Revista Electrónica Lex Laboro**, VI. <http://ojs.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/view/2583/2377> Recuperado el 29 de agosto de 2020

277

Noroño, J., Nuñez, M., & González, R. (2020). *Ética sindical como mecanismo impulsor de competitividad en las pequeñas y medianas empresas*. **Utopía y Praxis Latinoamericana**, 25(1), 154-173. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/32648>

Noroño, J; González, R; Muñoz, H; Núñez, M (2019). *Retos y perspectivas de las organizaciones sindicales en el desarrollo empresarial*. Desde una perspectiva de las relaciones laborales en Venezuela y Colombia. Ediciones Unisinú. ISBN: 978-958-8553-80-1 <https://www.unisinu.edu.co/wp-content/uploads/Retos-y-Perspectivas-con-ISBN-2019.pdf>. Fecha de Consulta 19 de abril de 2022

Observatorio Venezolano de la Actividad Sindical ILDIS – FES Venezuela (2019). *Mapa sindical venezolano*. Organizaciones certifica-

das por el Consejo Nacional Electoral. Recuperado de: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/16669.pdf>. Fecha de consulta 15 de mayo de 2022

Organización internacional del trabajo [OIT]. *Ratificaciones de Colombia*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::p11200_country_id:102595. Fecha de consulta 29 de agosto de 2020

Organización internacional del trabajo [OIT]. *Ratificaciones de Venezuela*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102880. Fecha de consulta 25 de junio de 2020

Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael (2017). *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/libertad-sindical.pdf>. Fecha de Consulta 15 de febrero de 2022

278 Oviedo, A (2002). *Apuntes sobre la reestructuración del Movimiento sindical en Colombia años 1945-1960*.

Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, “¿Estado Constitucional de Derechos?: Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009, Quito, Ediciones Abya - Yala, mayo 2010, p. 291. Recuperado de: <https://www.uasb.edu.ec/wp-content/uploads/2021/04/Informe-DDHH-2009.pdf> Fecha de consulta 30 de agosto de 2020

Red Andina de Sindicatos de la Administración Pública y Estatal (2010), “Proyecto Andino de Igualdad y Equidad en los Servicios Públicos”, 1era edición: Quito, diciembre 2010.: http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/actividadesregionales/2012/documentos/obj01_act15_2012_segundoencuentrotripartito_estudiocomparadoisp.pdf Fecha de consulta 30 de agosto de 2020

Rocío (1989). *Crisis y recomposición del sindicalismo colombiano (1946-1980)*, Nueva Historia de Colombia, t. III, cap. 11. Edit. Planeta, Bogotá.

Russell, Bertrand. «Los caminos de la libertad El Socialismo, el Anarquismo y el Sindicalismo.» *En los caminos de la libertad El Socialismo, el Anarquismo y el Sindicalismo*, de Bertrand Russell, 30, 60,61,62,63. Buenos Aires: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1961.

Sánchez, Gonzalo y Peñaranda, Ricardo (1986). *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, CEREC, Bogotá.

Sánchez, R. L., & Rodríguez, C. A. H. (2016). *Trayectoria histórica del movimiento de trabajadores en un siglo de historia de Venezuela*. **Revista de la Red Intercatedras de Historia de América Latina Contemporánea: Segunda Época**, (4), p.28. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5769527> Fecha de Consulta 16 de junio de 2022

Tate, Georges y Morton, Arthur, L (1971). *Historia del movimiento obrero*, Fundamentos, Madrid, pp. 125-130. Recuperado de: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63647690/La_huelga_y_su_hegemonizacion_definitva_a_medidos_del_siglo_XIX20200616-12985-1ebp01s-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1661796108&Signature=ABWeBErSne3ZaA1VepQyb-IYbJi55zIhgaxn1FcQLfFtM-fQimVBsYLBXIjecAVbNL2bbgF7lVK3EKmC11eT2Ff-WnrIP9a9EE2YYo-L3RMqSVkMJ9zQtT2JKud802O-AjMv3ZA1fM2VTJRLqnGptxBnRTu7l-l3Pd4D0x-BHo1rx84ChLdavKgVCe85KsXWcYS5EPyOhg-cKkKdbU5aDQbrJ2AUaQLXTIvVbQpZu8naa-i4ln9KCy6kUZNxCTa11AOqluuK5iFSS6QvfFP1yzUq-jLXSNPC4w3Opo7stYjc2y9-Ijy1q4WYnqRMjqUf5H9FX-12M4RaFuYcZsahZ83DCrsRw_&Key-Pair-Id=APKA-JLOHF5GGSLRBV4ZA Fecha de Consulta 19 de enero de 2022

Torres Carrillo, Alfonso (1993). *La ciudad en la sombra*, CINEP, Bogotá.

Urquijo, J. (1997). *El movimiento obrero de Venezuela*. Caracas. Publicaciones UCAP, 2000. Recuperado de: https://books.google.com.gt/books?id=wHnut2I9U04C&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_s_g_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Fecha de Consulta 19 de mayo de 2022

- Vítale, L. (1981). Notas para una historia del movimiento obrero venezolano. UCV.: https://www.archivochile.com/Ideas_Autores/vitalel/2lvc/02lvchistsocal0030.pdf Fecha de Consulta 29 agosto de 2020 de abril de 2022
- Vítale, L. (1981). *Notas para una historia del movimiento obrero venezolano*. UCV. Citado por Hemmy Croes, op. Cit., p. 41,42,44. : https://www.archivochile.com/Ideas_Autores/vitalel/2lvc/02lvchistsocal0030.pdf Recuperado el 29 de agosto de 2020

Eficacia en fallos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre garantía de productos

Giancarlo Leal Orozco**

Resumen

Este trabajo es resultado del proyecto de investigación Efectividad del cumplimiento de la garantía referente a los vehículos Automotores en las decisiones de la delegatura de asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. El mismo se ha sustentado en teorías constitucionales, legales, prácticas profesionales y sobre todo en una actividad holística e investigativa sobre derecho al consumo. El objetivo de este trabajo es determinar a través de una revisión y su correspondiente análisis, si la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia, protege a través de sus fallos los derechos de los consumidores respecto al reconocimiento de la garantía de los vehículos automotores. La metodología fue de carácter documental ampliada mediante análisis de un conjunto de documentos clave como Scopus, Science Direct, Google académico y Legis etc. Se concluye que la delegatura de asuntos jurisdiccionales en algunos los protege y en otros no tanto debido a que a la luz del derecho siempre debe prevalecer la prueba. Se concluye que debe tenerse más en cuenta por parte de la Superintendencia de industria y comercio, el principio del *Indubio Proconsumidor*, en donde en caso de que exista duda debe favorecerse siempre al consumidor debido a la situación de desequilibrio y desventaja contractual en la que se encuentra respecto a un productor y/o proveedor.

281

* Abogado 2005 - Especialista Derecho Administrativo 2007. Magíster Derecho Público 2017. Cursante Especialista Derecho de Familia de la Universidad Libre. Miembro del grupo de investigadores del Grupo CINJUN Universidad del Sinú Elías Bechara Zainum. Colombia. Este capítulo es producto del proyecto de investigación y efectividad del cumplimiento de las garantías referentes a los vehículos automotores En las decisiones de la delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de La Superintendencia de Industria y Comercio <https://orcid.org/0000-0001-7924-0397> giancarloleal@unisinu.edu.co- giancarlo8182@gmail.com

Palabras clave: Estatuto del Consumidor, tendencias de consumo, consumidor, acción de protección al consumidor, Superintendencia de Industria y Comercio.

Effectiveness in decisions of the Superintendency of Industry and Commerce on product guarantees

Abstract

This article is the product of a research project based on constitutional and legal theories, professional practices and, above all, on a holistic and investigative activity on consumer rights. I intend to determine through a review and its corresponding analysis if the Superintendence of Industry and Commerce protects through its rulings the rights of consumers regarding the recognition of the guarantee of motor vehicles. Methodologically, perform inductive and analytical operations and review several cases where I start from situations and reach a general conclusion about the protection of these rights. I found results where the delegation of jurisdictional issues protects some and not so much in others, because considering the law, evidence should always prevail. I conclude by stating that the principle of pro-consumer Indubio should be considered by the sic, where in case of doubt the consumer should always be favored due to the situation of imbalance and contractual disadvantage in which he finds himself with respect to a producer and/or supplier.

Keywords: Consumer Statute, consumer trends, consumer, consumer protection action, Superintendency of Industry

Introducción

La globalización y el auge de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) han incentivado el crecimiento del gasto del consumidor, sus hábitos y exigencias. Tanto así, que el consumo privado o de hogares es un motor importante de la economía y explica casi el 60% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial. En el caso de Colombia se espera que en 2018 este consumo privado crezca alrededor de 2,6% respecto a 2017 y arrastre consigo un aumento aproximado al 2,9% del PIB nacional para el mismo periodo (Banco Mundial, 2018). De este modo, entender y regular las relaciones de los consumidores con los actores de la cadena de valor es fundamental para una sociedad que busca desarrollo y crecimiento

socioeconómico. Y es aquí donde se pone de relieve el asunto de los consumidores y el sistema de protección de sus derechos. (Alarcón-Peña, A. 2016).

En Colombia no se ha desarrollado una regulación legal que permita garantizar una relación contractual plenamente equitativa entre consumidor y proveedor, pues todavía el sistema de protección parece frágil al tema de estrategias publicitarias que inducen a error al consumidor, productos defectuosos que no son reparados o reemplazados y uso de la información personal de los clientes. Por tanto, el presente trabajo realiza un análisis, constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal de los derechos del consumidor en Colombia con el fin de identificar oportunidades de mejora y fortalecimiento del sistema desde una perspectiva jurídica.

Para este propósito se realiza un estudio de enfoque cualitativo, revisando el marco jurídico actual, jurisprudencias y trabajos académicos publicados de 2012 a 2016 en bases de datos especializadas como Scopus, Science Direct, Google académico y Legis relacionados con el sistema de protección y restitución de los derechos del consumidor en Colombia. En la primera sección se estudia el concepto de consumo, consumidor, importancia del consumo y se establece el marco conceptual del sistema de protección al consumidor. En la segunda sección, se realiza el análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la **Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)** en materia de garantía de productos. Finalmente, se proponen acciones concretas y argumentos que fortalezcan las leyes de protección al consumidor colombiano y sirvan de insumo a reestructuraciones que deben liderar los actores del actual sistema de protección, tales como legisladores, Superintendencia de Industria y Comercio, Ligas de consumidores, consumidores, sector productivo y consultores del derecho.

283

Consumo, consumidor y sistema de protección de sus derechos

Actualmente, el gasto final del consumo de hogares en el mundo representa el 58,33% del PIB, por tanto, es un motor de la demanda agregada. En Colombia, por ejemplo, basta con revisar cómo

contribuye el consumo privado en el crecimiento de la economía y la correspondencia de este con periodos de contracción o expansión según sea el caso. Es evidente que cuando disminuye el ingreso de los hogares, el consumo privado se desestimula, y lógicamente el PIB nacional se reduce (Fedesarrollo, 2005; Banco Mundial, 2018).

Desde la teoría económica, según García-Canclini (1991, 2):

El consumo es el conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos. Esta caracterización ayuda a ver los actos a través de los cuales consumimos como algo más que ejercicios de gustos, antojos y compras irreflexivas, según suponen los juicios moralistas, o actitudes individuales, tal como suelen explorarse en encuestas de mercado.

Quiere esto decir, que el concepto desarrollado va ligado naturalmente a la sociedad y a su cultura, este depende de forma cómo se desarrolla en cada grupo de personas y sobre todo el papel que se le da en la economía del estado en donde se desarrolla.

284 Según el más reciente estudio de tendencias de consumo, realizado por Euromonitor Internacional (2018), el crecimiento de la economía global es un detonante para que el gasto del consumidor crezca a la tasa más rápida registrada desde el 2011. Entre tanto, las nuevas actitudes y comportamiento del consumidor están impactando los negocios, al tiempo que la tecnología móvil y el acceso a internet siguen siendo decisivos en la forma en que se producen los cambios del consumo.

Este estudio de tendencias señala que la vida limpia basada en hábitos saludables, estilo *fitness*, alimentación vegana y planes familiares resulta ser una tendencia importante. Hoy las personas que viven estilos de vida agitados buscan formas de recortar costos, ahorrar tiempo y vivir con mayor libertad en forma amigable con el medio ambiente, por tanto, la accesibilidad, conveniencia y sostenibilidad son factores clave en el crecimiento de los servicios compartidos.

El uso de internet se aproxima al 48% Euromonitor internacional (2018) y esto hace que las redes sociales se conviertan en un medio de comunicación que permite a los clientes evaluar un producto o servicio. Los consumidores no solo utilizan las redes para subrayar malas prácticas, sino también para presionar a las empresas a tomar

posición en cuanto a temas actuales, tales como refugiados, cambio climático o derechos transgénero. En consecuencia, la gestión de mercadeo de las organizaciones procura una mayor interacción con los clientes a través de estos nuevos medios con el fin de obtener información que retroalimente el diseño de procesos internos, productos o servicios para su optimización. Adicionalmente, aplicaciones móviles y dispositivos de realidad aumentada, actúan como soporte de los servicios contratados o productos comprados y se utilizan como fuentes de información de los consumidores.

De esta manera, las relaciones entre consumidores y empresas proveedoras entrañan una dinámica cambiante y en este sentido, el análisis de estas relaciones cobra especial interés sobre todo en el ámbito jurídico. Así como se habla de tendencias globales de consumo también se debe hablar de la globalización de la protección del consumidor que implica dificultades en materia de jurisdicción, ley aplicable y sistema de protección o defensa del consumidor, puesto que la realidad consiste en que las personas consumen localmente, pero compran globalmente. En este sentido, Oviedo (2006) citando a Lorenzetti, resalta que:

285

La protección de los derechos de los consumidores alcanza a los consumidores y contratantes o proveedores; a los actos dañosos causados a consumidores y usuarios; a las pretensiones de acceso al mercado y bienes primarios, y a la protección de las relaciones colectivas de consumo.

Villalba (2009, 307) afirma que:

El consumidor hace parte, junto con el productor, de un vínculo obligatorio de carácter especial: la relación de consumo. Sin embargo, esta noción no ha sido unitaria en las diferentes legislaciones, factor que ha determinado que, en algunos casos, sea más amplia o estrecha, a pesar de existir elementos comunes frente a la definición de consumidor.

Teniendo en cuenta lo planteado por Oviedo (2006) y Villalba (2009), es indispensable que en un estado de derecho, exista un cuerpo normativo que proteja integralmente al consumidor, que dentro de esa legislación sea notoria la relación contractual existente entre productor, proveedor y consumidor y que se establezca una directriz o principio rector que busque de algún modo u otro favorecer al consumidor, debido a la clara relación de desequilibrio

contractual existente entre los integrantes de la relación de consumo. Es por eso la importancia en revisar las normas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano referentes a la protección de los consumidores y establecer, de manera clara, si existe o no eficacia jurídica en la aplicación de estas por parte de las entidades encargadas de administrar justicia y proteger los derechos de los consumidores.

El ordenamiento normativo de protección al consumidor en Colombia se rige principalmente por la **Ley 1480 de 2011**, establece que el consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Esta ley centraliza su esencia en el consumidor, y amplía dicho concepto; estableciendo, que el usuario también tiene la calidad de consumidor, de igual forma, especifica quién es el destinatario final del concepto de consumidor, manifestando que aquel que adquiera un producto y dicho producto tenga relación directa con cualquier actividad económica, dejaría de ser consumidor. Con esto se genera una duda de saber quién es consumidor final y quién no. Y sobre todo a dónde o a qué entidades del estado, jurisdiccionales o administrativas pueden acudir aquellos consumidores que compren un producto que esté ligado a una actividad económica y dicho producto se les dañe, esta es una duda que resolveremos en la discusión de este artículo.

Dentro de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del consumidor) existen unos elementos básicos y esenciales que debemos definir y que son:

Consumidor o usuario: toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Garantía: obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la

conformidad de este con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.

Información: todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Producto: todo bien o servicio.

Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos, sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

Proveedor o expendedor: quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

287

Es pertinente resaltar que estas definiciones legales son la parte neurálgica del sistema normativo de protección al consumidor en Colombia. Es por eso que considero útil traerlas a colación, debido a que tener claros estos conceptos permite una mejor comprensión en el desarrollo de este artículo.

Mecanismos legales de protección a los consumidores

En el título VIII capítulo I de la Ley 1480 de 2011 establece claramente las acciones jurisdiccionales que tienen los consumidores para poder proteger sus derechos, el Artículo 56 de la misma ley, establece como acciones jurisdiccionales de protección al consumidor las siguientes:

1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.
2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.

3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios. De igual forma, la ley 1480 de 2011 establece en su artículo 57 la atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia. Y dice que los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad.

Por último, se establece el procedimiento para presentar la acción de protección al consumidor, es decir, ante quien se presenta y como se hace para esto el artículo 58 del estatuto del consumidor establece que los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:

1. La Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez competente conocerán a prevención.

2. Será también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo.

3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía

4. No se requerirá actuar por intermedio de abogado. Las ligas y asociaciones de consumidores constituidas de acuerdo con la ley podrán representar a los consumidores. Por razones de economía procesal, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá decidir varios procesos en una sola audiencia.

5. A la demanda deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor o proveedor, reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente.

De manera resumida se establecieron las herramientas legales que tiene el consumidor en Colombia para proteger sus derechos.

Marco normativo de protección al consumidor en Colombia y análisis de fallos de la superintendencia de industria y comercio sobre garantía de productos

Dentro de la estructura normativa de protección de los derechos a los consumidores, luego de ser expedida la ley 1480 de 2011, entraron en vigencia decretos reglamentarios a esta ley que son muy importantes tales como:

- Decreto 0704 de 2012 por el cual se reglamenta el artículo 61 de la ley 1480 de 2011 relacionado con la graduación de las sanciones administrativas que puede establecer la superintendencia de industria y comercio.
- Decreto 735 de 2013 por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7 y siguientes de la ley 1480 de 2011.
- Decreto 975 de 2014 por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores.
- Decreto 1369 de 2014 por el cual se reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos.
- Decreto 1499 de 2014 por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.
- Decreto 1471 de 2014 por el cual se reorganiza el Subsistema Nacional de la Calidad y se modifica el Decreto 2269 de 1993.
- Decreto 1368 de 2014 por el cual se reglamentan las operaciones mediante sistemas de financiación previstas en el artículo 45 de la ley 1480 de 2011.
- Decreto 1369 de 2014 por el cual se reglamentan el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos.

289

De igual manera, se mencionan normas que, de alguna u otra manera, tienen que ver con el concepto de consumidor desde la perspectiva amplia e integral, como lo son:

- Ley 1700 de 2012 Por medio de la cual se reglamentan las actividades de comercialización en red o mercadeo multinivel en Colombia.
- Ley 1554 de 2012 Por la cual se dictan normas sobre la operación y funcionamiento de establecimientos que prestan el servicio de videojuegos y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1555 de 2012 por medio de la cual se permite a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1514 de 2012 Por medio de la cual se aprueba la convención para, constituir una organización internacional de metrología legal.
- Ley 1793 de 2016 Por medio de la cual se dictan normas en materia de costos de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones.

Como también las resoluciones son parte importante del marco normativo de la protección de los derechos de los consumidores en Colombia, después de la expedición del estatuto del consumidor, las resoluciones más importantes fueron:

- Resolución 3066 de 2011 expedida por la Comisión de regulación de Comunicaciones Aplicable a los Consumidores, Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.
- Resolución 47753 de 2012 Por la cual se fijan las tasas por servicio de instrucción, formación, enseñanza o divulgación que preste la entidad en temas relacionados con consumidor, propiedad industrial y protección a la competencia.
- Resolución 12667 de 2013 Por la cual se da una orden preventiva de suspensión de la comercialización de un producto y se realizan advertencias al consumidor para evitar que se cause daño con su uso.
- Resolución 61959 de 2014 Por la cual se adiciona un Capítulo en el Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Resolución 37321 de 2014 por la cual se modifica y adiciona un numeral al Capítulo Cuarto del Título VI de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Resolución 53026 de 2015 “Por la cual se adoptan medidas definitivas sobre la comercialización y el uso de un producto para evitar que se cause daño o perjuicio a la salud e integridad de los consumidores”.
- Resolución 35240 de 2015 Por la cual se ordena de manera preventiva la suspensión inmediata de la producción y comercialización de un producto para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores.
- Resolución 66575 de 2016 Por la cual se crea el Comité Técnico Asesor del Programa Fondo de Proyectos de Protección al Consumidor - CONSUFONDO y se establecen sus funciones.

Siguiendo con la estructura y cuerpo normativo referente a la protección de los derechos de los consumidores, debe mencionarse la circular única expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, publicada el 6 de agosto de 2011. Esta, según la página web de la SIC establece que, con la expedición de la circular única, se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encuentran vigentes, con los siguientes propósitos:

291

- Recopilar, revisar, modificar y actualizar todos los actos administrativos de carácter general expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Facilitar a los destinatarios de su misión de protección, vigilancia y control, el cumplimiento, comprensión y consulta de los actos expedidos por esa Superintendencia.
- Proporcionar a sus funcionarios un instrumento jurídico unificado y coherente que determine con precisión las reglas aplicables a las situaciones concretas que se inscriben dentro de su ámbito de competencia.

La importancia que tiene la circular única es determinante, debido a que allí se establecen procedimientos administrativos internos que deben cumplir productores y proveedores para proteger a

los consumidores, ya que si no se cumplen estos lineamientos, la **Superintendencia de Industria y Comercio**, de oficio o a solicitud de parte puede dirigirse hasta el domicilio principal de estos y verificar si cumplen o no con las normas establecidas en la circular única, de no ser así, se inicia un proceso administrativo sancionatorio en contra del productor o proveedor que no cumple la norma.

Por último, en cuanto a cuerpo normativo se trata, aparece el 1074 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. En este decreto se agrupan y modifican todos los decretos referentes a la protección de los derechos de los consumidores, y establece que la producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas, siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializan en gran parte las decisiones del Estado. Que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica. Es por esto que, dentro de este decreto, quedaron establecidos todos los lineamientos que protegen a los consumidores.

292

Reconocimiento del consumidor como parte débil en la relación de consumo

El consumidor ha sido reconocido como la parte débil de la relación de consumo, por lo que, en aras de disminuir la asimetría de su intervención en la relación negocial, la protección de sus derechos ha sido elevada a rango constitucional –Artículo 78 de la Constitución Política de Colombia–.

El Estatuto del Consumidor y sus decretos reglamentarios, desarrollan el referido mandato constitucional y tienen como objetivo establecer reglas claras y de obligatorio cumplimiento, en curso de las cuales se desarrollen relaciones de consumo sanas y equilibradas, evitando la vulneración de los derechos del consumidor. La garantía comprende no solo la calidad e idoneidad del producto vendido, sino también el cumplimiento de los términos y condiciones pactados desde el momento mismo en que se realizó el contrato, dentro de los cuales se encuentra la oportunidad en la entrega del bien o en la prestación del servicio,

la asistencia técnica y disponibilidad de repuestos requeridos para el adecuado uso y funcionamiento de los bienes, la adecuada información sobre el proceso de instalación y uso del producto, el cumplimiento de las condiciones informadas al momento de la venta, entre otras.

Desde su entrada en vigencia, hace poco más de seis años, la ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, ha ido colonizando un contexto que desconocía lo que era la verdadera protección al consumidor y ha hecho que consumidores, empresarios y autoridades fijen su atención en los distintos aspectos que componen el derecho del consumo. En este marco, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad residual en materia de protección al consumidor, implementó un grupo de verbos rectores para orientar sus funciones y hacer efectiva la aplicación del Estatuto del Consumidor: componer, sancionar, informar y educar son los verbos cardinales que guían la labor de esa entidad.

El Estatuto del Consumidor estableció que existen acciones de tipo jurisdiccional para proteger al consumidor. Así, introdujo la acción de responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos y la acción de protección al consumidor. Mediante la acción de protección al consumidor se deciden los asuntos contenciosos de interés particular, que tienen como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; y los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía al que pertenezcan. Una vez el consumidor afectado hace legítimo ejercicio de su acción de protección ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, o ante un juez de la república, se abren las compuertas de un trámite procesal expedito que está diseñado para permitir un diálogo conciliatorio de las pretensiones particulares del consumidor accionante con el empresario que actúa como su contraparte.

293

Según informe protección al consumidor en Colombia SIC 2017. Un análisis somero de las cifras de atención al ciudadano nos indica en primer término que la Superintendencia de Industria y Comercio

atendió 1.742.384 consultas desde enero de 2014 a septiembre de 2016 (2014:540.054 / 2015:621.674 / Sept. 2016:580.656). Esto nos da un promedio mensual de 52.800 ciudadanos informados por la Superintendencia. De estas, las consultas sobre algún tema relacionado con protección al consumidor desde enero de 2014 a septiembre de 2016 fueron (2014:432.043 / 2015:497.339 / Sept. 2016:435.492) para un total acumulado de 1.364.874, esto significa que el 78,3% de la atención de consultas a los ciudadanos en la SIC se realiza en temas de protección al consumidor colombiano. Por su parte, la Red Nacional de Protección al Consumidor ha atendido durante el mismo periodo 221.182 consultas de consumidores en todo el país.

Al analizar los datos que dan cuenta del uso de los distintos canales de atención se evidencia la manera en que la SIC ha respondido a la transformación del servicio al ritmo de los cambios tecnológicos y las preferencias de los usuarios. La comunicación telefónica sigue siendo el canal más utilizado por la ciudadanía en Colombia para realizar sus consultas. Una rotunda cifra de 1.104.157 solicitudes de información a través de este medio nos indica que el teléfono sigue siendo el rey de los canales de atención, con un 63,3% de preferencia sobre los otros canales.

Sin embargo, en la dinámica se destaca la importante incursión de las cuentas de la SIC en redes sociales (Twitter y Facebook) como medio de atención de consultas ya que, en 2015, año en que se activó el servicio, se atendieron 67.919 solicitudes presentadas por este medio, cifra que prácticamente igualó el número de las consultas personales efectuadas en los PAC de las 17 ciudades del país en el mismo año, que fue de 68.984. De hecho, de enero a septiembre de 2016 se ha atendido un total de 61.995 usuarios en los PAC nacionales, frente a un total de atención de 81.546 consultas presentadas durante el mismo periodo a través de redes sociales.

Dato SIC (Red nacional de protección al consumidor 2017)¹. En cuanto a atención personalizada, la Red Nacional de Protección del Consumidor (entidad creada por la ley 1480 de 2011 y perteneciente a la SIC) en efecto ha descentralizado la atención que presta el Estado a los consumidores del país, a través de los mecanismos descritos anteriormente. Entre enero de 2014 y septiembre de 2016 la RNPC

1 Superintendencia de industria y comercio (Red nacional de protección al consumidor 2017)

ha atendido consultas y requerimientos de 221.182 consumidores en 430 municipios del territorio nacional, siendo Risaralda, Quindío, Cauca, Atlántico, Córdoba, Tolima, Santander, Huila y Meta los departamentos en los que mayor atención de usuarios en temas de protección al consumidor se ha registrado. Adicionalmente, durante ese periodo se registraron ante las casas y las rutas del consumidor 5.734 radicaciones de demandas y denuncias por violaciones a las normas de protección al consumidor

Aportando más análisis, se puede afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con mecanismos que permiten a los ciudadanos protegerse de una posible vulneración o amenaza a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia. La política institucional de la SIC en el tema está contenida en el documento Plan de Participación Ciudadana de la SIC.

Es importante establecer que desde 2014 y hasta septiembre de 2016, la SIC ha respondido 80.779 derechos de petición y con base en esas cifras ha protegido en un alto porcentaje los derechos de los consumidores a nivel nacional, distrital, regional, departamental y municipal, queriendo decir, con estos datos y referentes estadísticos que los consumidores tienen una entidad que no solo vela por sus derechos, sino que se preocupa porque cada día los consumidores se eduquen más en este tema tan importante.

295

Siguiendo con este análisis, es trascendente observar las últimas sentencias en materia de protección al consumidor por garantía de un producto, expedidas por la oficina de asuntos jurisdiccionales de la SIC que es la entidad competente según la ley 1480 de 2011, encargada de conocer de estos procesos, cabe resaltar que la justicia ordinaria también conoce de esta clase de demandas, pero es el demandante quien escoge a qué juez va a ir, si ante los jueces ordinarios o ante los jueces de la SIC, en este caso específico, se da la denominada competencia a prevención, la cual traduce que si acudes a donde un juez que conoce de un proceso, no puedes acudir al otro juez que también tiene competencia para conocer del mismo caso. En ese orden de ideas entro a hacer un análisis jurisprudencial de las sentencias de 2014 y 2015 de la oficina de asuntos jurisdiccionales de la SIC, relacionado específicamente con la garantía de vehículos automotores estos son:

Tabla: Sentencias sobre garantías de vehículos

Radicado	Tipo de demanda	Delegatura	Fallo
2014 - 147167	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Rechazada por falta de competencia
2014 - 147167	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2014 - 159473	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Se corre traslado a los jueces civiles del circuito
2014 - 22723	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Rechazada por falta de competencia
2014 - 273208	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Declarada nulidad de todo lo actuado
2014 - 79069	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 151642	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 152401	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 183628	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 191400	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 235478	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 57019	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía
2015 - 66791	Garantía vehículo auto-motor	Asuntos jurisdiccionales (SIC)	Admite garantía

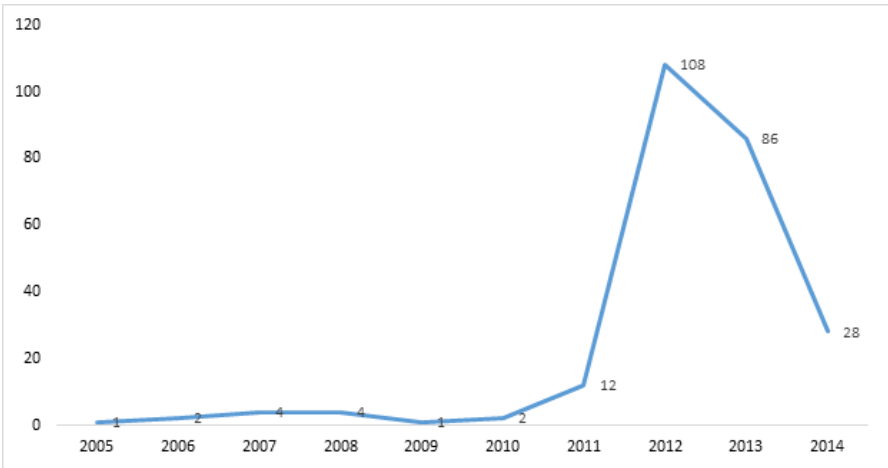
Fuente: Elaboración propia basada en información de la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio años 2017-2020

Al analizar los procesos jurídicos en materia de protección a los consumidores relacionados en la tabla anterior, y dejando claro que son fallos jurisprudenciales en materia de garantía de vehículos automotores emitidos por la delegatura de asuntos jurisdiccionales de la superintendencia de industria y comercio; se concluye que los jueces de la SIC le dan plena aplicación al concepto de destinatario final de consumidor, es decir, que los procesos en los cuales se admite la garantía de los vehículos, la SIC les da pleno valor de consumidor final, ya que queda demostrado que el vehículo por el cual solicitaban la efectividad de la garantía no les generaba lucro personal, es decir, no había intrínsecamente una actividad económica en estos vehículos, caso contrario a los que no les admitió la garantía,

la SIC estableció que estos no eran destinatarios del concepto final de consumidor para la SIC, rechazando dichos procesos por falta de competencia y enviándolos directamente a la jurisdicción ordinaria.

Se demuestra que la SIC, para poder dar trámite a una acción de protección al consumidor en materia de garantía de un producto, debe tener plenamente identificado como destinatario del concepto de consumidor a quien demanda, de lo contrario rechazará por falta de competencia las que no cumplen con este requisito legal. Mi observación en este análisis es puntual, debido a que considero que la SIC no debe esperar rechazar una demanda por falta de competencia en las instancias finales del proceso, sino que debe inadmitirla o rechazarla en el auto inadmisorio o que rechaza la demanda.

Gráfico I. Casos resueltos SIC a favor del consumidor categoría automotores.

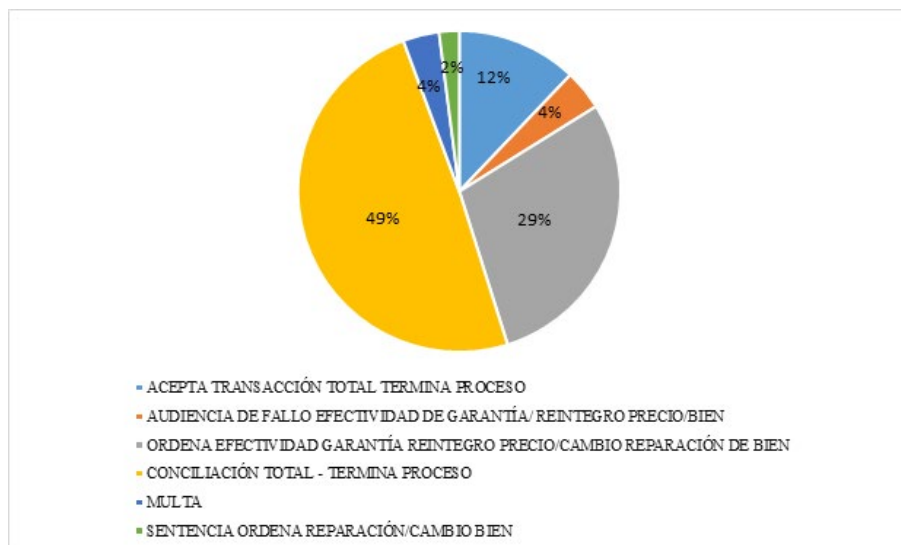


Fuente: elaboración propia 2022

Para hacer más completo este análisis, decidí interponer derecho de petición de información ante la **Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio**, como consecuencia de esto se obtuvo la base de datos correspondiente a todas las demandas y procesos relacionados con en la categoría automotores de 2005 a 2016 y se filtró esta base por cuantía y sentido del fallo. De este modo se encontró que 248 de 2095 casos se han resuelto a favor del demandante, es decir que en aproximadamente el 12% de las reclamaciones relacionadas con garantía de vehículos, la SIC concede

las pretensiones de los demandantes, haciendo efectiva la garantía del vehículo, reparando el bien, restituyendo el producto por uno de igual características o devolviendo su valor económico (Gráfico 1).

Gráfico II. Mecanismos de resolución SIC favorables al consumidor en la categoría automotores 2005-2014.



Fuente: elaboración propia. Año 2022

Ahora bien, al revisar cómo se resuelven los casos a favor de la categoría automotores (Gráfico 2) se determina que el 49% de las demandas de acción de protección al consumidor, terminan por vía de conciliación, quiere esto decir que demandante y demandado llegan a un acuerdo favorable para las partes, de igual forma, el 29% estas demandas ordenan la efectividad de la garantía a través del reintegro del valor del producto, el cambio de este o la reparación del bien, quiere esto decir, que cuando se lleva hasta su terminación el proceso y el demandante logra demostrar que el producto obtenido presentó defectos de diseño, fabricación o funcionamiento, la SIC ordena el cumplimiento de la efectividad de la garantía. Seguidamente, con un 12% en estos procesos las partes aceptan transar y terminan el proceso, es decir lo terminan de forma anormal con beneficios para ambos. También, el juez de la SIC en audiencia de fallo ordena la efectividad de la garantía, traduce esto, que en un 4% estas audiencias benefician al demandante. El mismo porcentaje del 4% sucede cuando son

condenados y además no cumplen con algún requerimiento judicial del juez o administrativo de un funcionario de la SIC, es ahí cuando se imponen multas a los productores o proveedores. Por último, en un 2% a través de sentencias, es decir, los fallos del juez ordenan la reparación del producto o el cambio de este, esto cuando lo que solicita el demandante en sus pretensiones se refiere a lo que el juez falla.

Es útil resaltar en este análisis, que no todas las demandas de los consumidores tienen o deben ser favorables a estos, ya que los jueces de la SIC se basan en los mismos principios de los jueces ordinarios, de igual manera actúan bajo el mismo procedimiento que establece el código general del proceso, por ende, deben tener en cuenta todas las fuentes formales y no formales del derecho como la ley, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho constitucional y del derecho procesal, además de siempre aplicar el principio del *Indubio Pro-Consumidor* el cual significa que cuando el juez tiene alguna duda dentro de un proceso entre un productor o proveedor contra un consumidor, esa duda va a favorecer siempre al consumidor debido al criterio de desequilibrio contractual y económico, ya que el espíritu del legislador al promulgar y expedir la ley 1480 de 2011 fue establecer que el consumidor respecto a esos productores y proveedores siempre se va a encontrar en una relación contractual desigual frente a estos. Es por eso por lo que los consumidores, al acudir a la vía jurisdiccional de la SCI a través de la acción de protección al consumidor, se puede afirmar que lleva una leve ventaja debido al mencionado principio, además que son jueces especializados en la materia de consumo y los tiempos son más cortos que en la justicia ordinaria.

299

Si bien es cierto que gráficamente el porcentaje del 12% de favorabilidad para los consumidores es muy pequeño, es relevante afirmar que según la base de datos obtenida se hicieron muchos filtros por categoría, es por eso que el porcentaje solo llegó al 12%, de igual forma, se establece que fueron todas las demandas a nivel nacional, en donde están las inadmitidas, rechazadas, negadas, archivadas, etc., esto significa que la base de datos es completa y fue totalmente revisada y analizada.

A partir de los hallazgos, se pueden discutir como puntos críticos, asuntos relacionados con la eficacia normativa y con la eficiencia de la

Superintendencia de Industria y Comercio de proteger los derechos a los consumidores, es decir, dentro de la revisión sistemática hecha a los artículos de García-Canclini (1991), Eduardo (2017), Galeano (2013) y Monsalve-Caballero (2012). Existe escasez de investigación a los fallos de los jueces de la SIC, crítica surgida debido a la poca información sugerida y obtenida por los artículos revisados.

Al revisar los estudios, se encuentra que los artículos se fundamentan en análisis teóricos de las leyes, pero no de la funcionalidad que le dan los jueces a esto respecto a las cantidades de sentencias existentes en la oficina de asuntos jurisdiccionales de la SIC en donde se protegen a los consumidores de una forma justa y equitativa. Perspectivas conceptuales que fundamentan los artículos revisados en un nivel de profundidad teórica pero no práctica, a que los análisis hechos han sido de una sola naturaleza. Algunos de los estudios presentan deficiencias al no establecer claramente porque creen ellos que el sistema de protección al consumidor es ineficaz, tan es así que solo basan su investigación en jerarquías en el estudio de la ley y no en cómo se aplica está en la SIC.

300

Las investigaciones realizadas hasta el momento han permitido establecer algunas de las barreras y determinantes del acceso a las entidades judiciales y administrativas con funciones jurisdiccionales encargadas de proteger los derechos de los consumidores. Sin embargo, la falta de instrumentos apropiados para la investigación de esta problemática impide extrapolar las conclusiones de muchos de los estudios a todo el territorio colombiano, máxime cuando es un país con regiones tan heterogéneas en términos culturales y de desarrollo socioeconómico.

Se evidencian dificultades metodológicas para la investigación en el campo del acceso a la información relacionada con jurisprudencias que son en últimas los fallos de los jueces, que van a permitir corroborar si el sistema normativo de los consumidores es eficaz o no. La falta de fuentes de información apropiadas establece como tendencia que los artículos revisados en un 75% concluyan que nuestro sistema normativo es ineficaz. Por ejemplo, las investigaciones sobre el acceso a sentencias sobre garantía, publicidad engañosa, producto defectuoso, procesos administrativos sancionatorios en contra de almacenes son muestras representativas a nivel nacional que

estas investigaciones han estado limitadas por la no solicitud de información, reflejada en artículos relacionados con este tema.

Conclusiones

Hacen falta estudios que aborden de manera integral todos los eslabones que involucran el acceso a la administración de justicia que permitan establecer si existe o no una verdadera protección de los derechos de los consumidores. Generalmente, se estudia el acceso en un proceso específico, pero son muy pocos los estudios que han intentado seguir un proceso conjunto y completo que demuestre lo dicho anteriormente. La mayoría de los estudios se han centrado en el acceso desde el punto de vista teórico normativo en el cual se encontraron falencias en dicho estudio de investigación debido a que se hizo bajo una sola perspectiva. En esta revisión y consecuencial análisis jurisprudencial, se tuvo en cuenta no solo la perspectiva teórica si no la práctica, ya que se analizaron más de 200 jurisprudencias sobre garantía emanadas de la SIC y se concluye que si bien es cierto hace falta efectividad en cuanto a la aplicación de la norma jurídica como tal, no obstante se evidenció que en Colombia existe una entidad administrativa del orden ejecutivo llamada Superintendencia de Industria y Comercio, que protege verdaderamente los derechos de los consumidores no solo a través de fallos de sus jueces, si no que ha establecido herramientas administrativas que velan por la protección de los consumidores, dándole materialización a la Red Nacional de Protección al Consumidor, y esta a su vez, creando y ejecutando proyectos importantísimos como las casas del consumidor, la ruta del consumidor, páginas web y aplicaciones móviles para que los consumidores estén realmente protegidos. Quiere esto decir, que además de existir muchas normas que protegen a los consumidores, la SIC también ejecuta proyectos que velan por los consumidores. De igual manera, implementa estrategias educativas para que el sistema normativo de protección a los consumidores sea conocido y estos sepan dónde acudir cuando se les vulneran sus derechos.

Este artículo tiene como firme intención aportar a la comunidad académica y lectora, el análisis hecho y los conceptos esbozados, que

sirvan de fundamento para que los consumidores confíen en una entidad del Estado como lo es la SIC y conozcan el marco normativo de protección a los consumidores, qué entidad lo protege y sobre todo, si son protegidos a través de demandas por esa entidad. De igual forma, para empezar con una verdadera cultura sobre consumo y protección de estos derechos, debería establecerse por ley de la república la catedra de protección a los consumidores desde las instituciones educativas de básica y media vocacional y así generar una cultura de protección de los consumidores a temprana edad, como también buscar la manera de empoderar única y exclusivamente a la SIC para la defensa de los consumidores, esto con la finalidad de proteger dichos derechos y se sientan verdaderamente protegidos a través de dicha entidad, así establecer culturalmente la defensa de estos derechos, es por eso la necesidad de proliferar el conocimiento de las leyes de protección al consumidor, y así entrar a democratizar una cultura que tradicionalmente en Colombia se ha visto desprotegida no por estado o las políticas gubernamentales si no por el desconocimiento de estas.

Referencias bibliográficas

- Alarcón-Peña, A. (2016). *La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas*. **Prolegómenos**, 19(37), 109-124.
- Banco Mundial. (2018). <https://datos.bancomundial.org/indicador/ne.con.petc.zs> Fecha de consulta a 28 d enero de 2002
- Banco Mundial. (2018). informe banco mundial producto interno bruto.
- Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Deberes de los consumidores Artículo 3. *Diario Oficial* n.º 48.220. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html
- Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Principio de Información en el Artículo 23. *Diario Oficial* n.º 48.220. Fecha de consulta 16 de marzo de 2022 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Reclamo directo como requisito de procedibilidad numeral 5 artículo 58 *Diario Oficial* n.º 48.220. Fecha de consulta 12 de febrero de 2022 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Derechos de los consumidores Artículo 3 Ley. *Diario Oficial* No.48.220. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Destinatario final del concepto de consumidor Numeral 3 Artículo 5. *Diario Oficial* n.º 48.220. Fecha de consulta 10 de febrero de 2022 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

Colombia, Congreso de la República. (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide la ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Conceptos de Productor, Proveedor Numeral 9 y 11 Artículo 5. *Diario Oficial* n.º 48.220. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html Fecha de consulta 12 de febrero de 2022

Colombia, Congreso de la República. (18 de agosto de 1999). Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 43.673. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html Fecha de consulta 11 de enero de 2022

Colombia, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (11 de abril de 2016) por el cual se adiciona un capítulo al Libro 2 de la Parte 2 del Título 2 del Decreto Único del sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1074 de 2015, y se reglamenta el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 derecho de retracto y reversión del pago. <https://bit.ly/3dw8Hhy> Fecha de consulta 13 de febrero de 2022

Colombia, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (26 de mayo de 2015). Por medio de la cual se expide el decreto único reglamentario del sector comercio, industria y turismo. Capítulo 32 efectividad de la garantía. <https://bit.ly/31yOMML> Fecha de consulta 14 de febrero de 2022

Colombia, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (26 de mayo de 2015) Por medio de la cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia. <https://bit.ly/3pB0AGa> Fecha de consulta 11 de mayo de 2022

Eduardo, L. (2017). *La garantía mínima legal y la (des) protección del consumidor: un análisis comparativo entre Estados Unidos y Colombia*. <http://www.repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47722/garantia-minima-legal-des-proteccion-consumidor.pdf?sequence=1> Fecha de consulta 18 de febrero de 2022

Fedesarrollo. (2005). Informe internacional. Las 10 principales tendencias globales de consumo para 2018 Factores que impulsan cambios en el comportamiento de los consumidores. Euromonitor-2018.

Galeano, M. S. M. (2013). *La protección de los consumidores financieros*. **Agora USB**, 13 (2), 459-484.

García-Canclini, N. (1991). *El consumo sirve para pensar*. <https://bit.ly/3mYIY8a> Fecha de consulta 22 de abril de 2022

Herrera de las Heras, R. y González-Rodríguez, S. (2015). *La protección de los consumidores y el sistema extrajudicial de resolución de conflictos: una perspectiva comparada entre México y España*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, 48 (142), 361-384.

[http://www. https://www.repositorio.fedesarrollo.org.co/handle/11445/764](http://www.https://www.repositorio.fedesarrollo.org.co/handle/11445/764) Fecha de consulta 22 de febrero de 2022

Informe Internacional Euromonitor. (2018). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1870-21472018000100359 Fecha de consulta 22 de mayo de 2022

Internacional, E. (2018). Tendencias de consumo. <https://revistas.udg.co.cu/index.php/redel/article/view/136>

Ley 1480 de 2011. La Acción de protección al consumidor como mecanismo legal de la defensa de los derechos de los consumidores. Artículo 57 y 58.

Luego de un débil 2017, gasto privado impulsará el PIB. (22 de febrero de 2018). Semana. <https://www.dinero.com/economia/articulo/gasto-privado-impulsara-el-pib-en-2018/255679>

Medidas Cautelares para Proteger a los Consumidores (ley 1480 de 2011 y manual Protección al Consumidor en Colombia: Una Aproximación desde las Competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio).

Monsalve-Caballero, V. (2012). *La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor*. **Vniversitas**, (125).

Oviedo, Jorge. (2006). Derechos del consumidor en un estado de derecho

Protección al consumidor en Colombia: Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio 2017

305

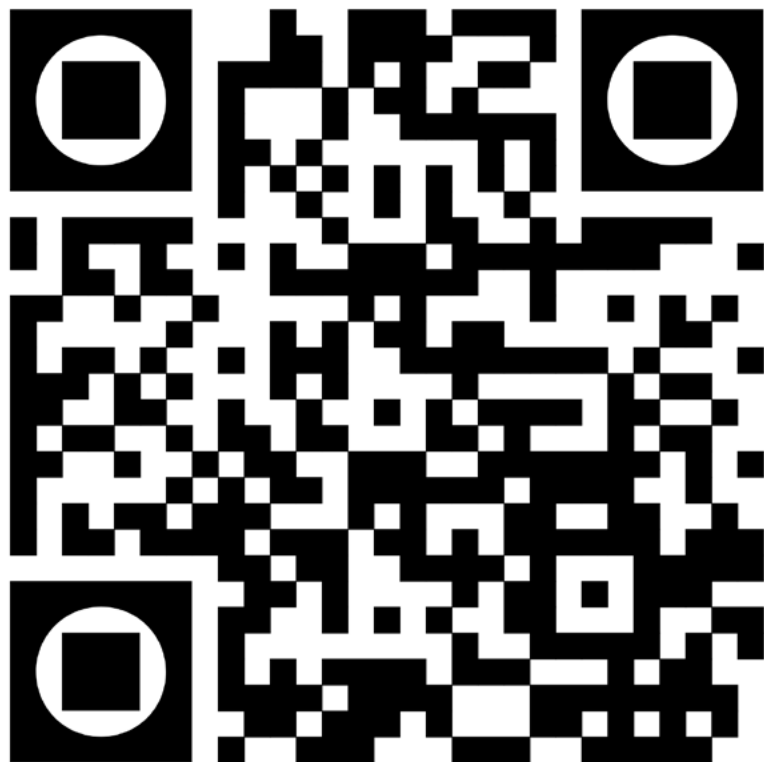
Superintendencia de Industria y Comercio (2017). Base de datos delegatura de asuntos jurisdiccionales.

Villalba, J.C. (2009). *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*. **Vniversitas**, (119), 305-340. <http://www.scielo.org.co/pdf/vsniv/n119/n119a18.pdf> Fecha de consulta 12 de febrero de 2022



Publicación digital de Ediciones Clío

octubre de 2022



Mediante este código podrás acceder a www.edicionesclio.com y visitar
nuestro catálogo de publicaciones



9 789807 984423

