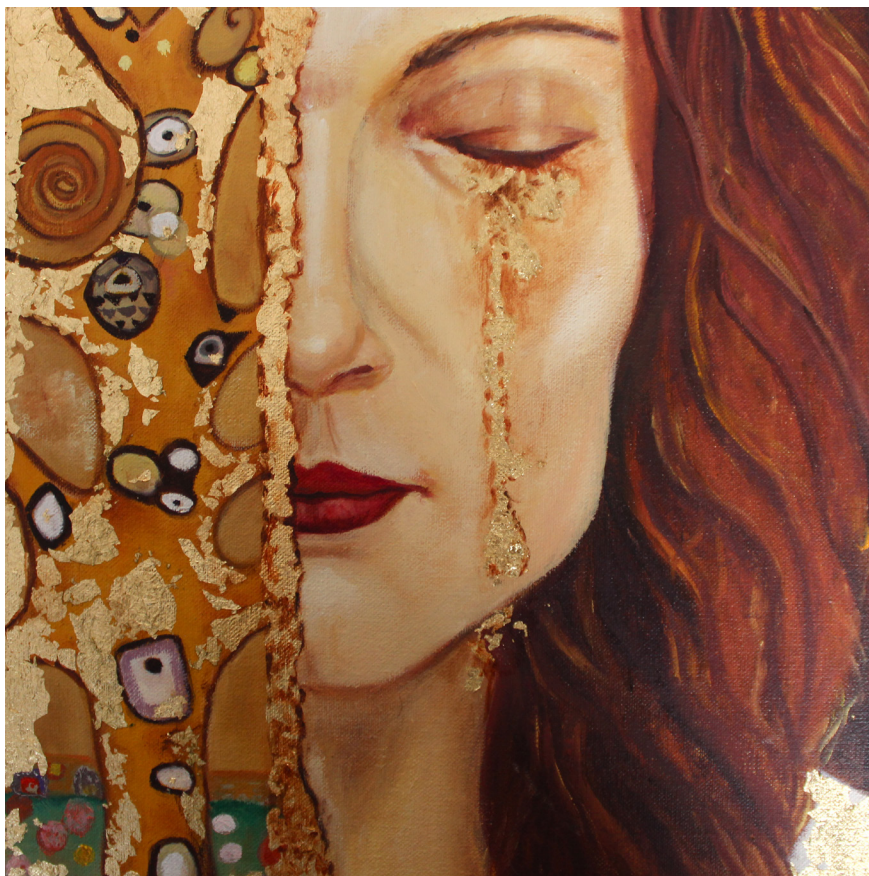


Temas Socio-Jurídicos

Vol. 38 N°76 Enero - Junio de 2019 / 168p.

N°76



ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Autónoma de Bucaramanga
Bucaramanga, Colombia



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 38 N° 76 Enero - Junio de 2019

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Revista Temas Socio Jurídicos

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad
Autónoma de Bucaramanga

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

JUAN CAMILO MONTOYA BOZZI

Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN

Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA

Vicerrector Administrativo

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas

MIGUEL ANGEL HERNANDEZ REY

Director General de Investigaciones

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS

Directora

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA

Editora

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bohórquez Orduz

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

Gregorio Mesa Cuadros

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III
de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

Joaquín González Ibáñez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

José Escribano Úbeda- Portugués

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gas-
set de Madrid, España.
Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

Nhoris Torregrosa Jiménez

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

Roberto Carlos Vidal López

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Beatriz Londoño Toro

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

David Sánchez Rubio

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesor Universidad de Sevilla, España.

Javier Orlando Aguirre Román

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S.
Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

María del Pilar Zambrano

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España
Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

Ricardo David Rabinovich-Berkman

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Rocío Zafra Espinoza de los Monteros

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

ASISTENTE EDITORIAL

Paul Cáceres Rojas

Magister en Filosofía por la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia
Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia

ÁRBITROS

Ángela Patricia Martínez Ortega

Magister en Derecho Administrativo, Universidad del Cauca, Popayán, Colombia

Ana Patricia Pabón Mantilla

Doctora en Derecho, Universidad Libre, Bogotá, Colombia

Camilo Andrés Garzón Correa

Magister en Derecho, Universidad Eafit, Medellín, Colombia

Diana Isabel Molina

Magister en Filosofía, Universidad del Valle, Cali, Colombia

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Magister en Derecho, Universidad de Medellín, Colombia

Fernando Vázquez Avedillo

Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Querétaro, México

Lina Marcela Estrada Jaramillo

Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia

Mary Vergel Causado

Magister en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia

Ruth Adriana Ruiz

Doctora en Derecho, Universidad Alcalá de Henares, España

Teresa Picontó Novales

Doctora en Derecho, Universidad de Zaragoza, España

CORRESPONDENCIA

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Calle 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

CANJE

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico

Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

Diagramación y diseño:

Biteca SAS.

Portada:

Autora: Gloria Liliana Rodríguez García

“Catarsis”, óleo sobre tela.

Dimensiones: 30 cm x 30 cm.

Diseño y Producción:

Publicaciones UNAB

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UNAB.

Contenido

EDITORIAL	10
LA CIUDAD COMO ESPACIO DE LUCHA: MUJERES Y CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO URBANO	
Almendra Aladro	11
LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES BASADA EN DERECHOS: LA RESPUESTA NORMATIVA DE LA OIT	
J. Eduardo López Ahumada	24
PROBLEMÁTICA LABORAL EN LOS CENTROS GERONTOLÓGICOS EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN	
Juan Guillermo Espinal	54
EL AMBIENTALISMO BRASILEÑO COMO FACTOR DE IMPEDIMENTO DEL DESARROLLO SOCIAL Y HUMANISTA EN LATINOAMÉRICA	
Rilke Rithcliff Pierre Branco	81
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL: REFLEXIONES SOBRE UNA RESTRICCIÓN LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA CON RELACIÓN A LA FORMA DEL REGISTRO DE NACIMIENTO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL	
Juan Antonio Flores Hernández Gabriela Aguado Romero	99
EL CONCEPTO DE FAMILIA EN COLOMBIA: UNA REFLEXIÓN BASADA EN LOS APORTES DE LA ANTROPÓLOGA VIRGINIA GUTIÉRREZ SOBRE LA FAMILIA COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	
Francisco Javier Gutiérrez Negrete	130
LA CONVIVENCIA ESCOLAR: UNA ARISTA DE PAZ EN MEDIO DEL POSCONFLICTO	
Karen Estefanni Pérez Álvarez Flor Liliana Castellanos Bothia	155
PORTADA: RESEÑA DE LA ARTISTA INVITADA GLORIA LILIANA RODRÍGUEZ GARCÍA Y DE SU OBRA	167

Contents

EDITORIAL	10
THE CITY AS A SPACE FOR A FIGHT: WOMEN AND BUILDING URBAN SPACES	
Almendra Aladro	11
RIGHTS-BASED PROTECTION FOR MIGRANT WORKERS: THE REGULATORY RESPONSE OF THE ILO	
J. Eduardo López Ahumada	24
LABOR PROBLEMS AT GERONTOLOGY CENTERS IN THE CITY OF MEDELLÍN	
Juan Guillermo Espinal	54
BRAZILIAN ENVIRONMENTALISM AS AN IMPEDIMENT TO SOCIAL AND HUMANISTIC DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA	
Rilke Rithcliff Pierre Branco	81
INTERNATIONAL GESTATIONAL SURROGACY: REFLECTIONS BETWEEN A CONSTITUTIONALLY VALID LEGISLATIVE RESTRICTION REGARDING HOW THE BIRTH IS REGISTERED AND THE MARGIN OF STATE APPRECIATION	
Juan Antonio Flores Hernández Gabriela Aguado Romero	99
THE CONCEPT OF FAMILY IN COLOMBIA: A REFLECTION BASED ON THE CONTRIBUTIONS OF ANTHROPOLOGIST VIRGINIA GUTIÉRREZ ABOUT THE COLOMBIAN FAMILY IN THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL DOCTRINE	
Francisco Javier Gutiérrez Negrete	130
THE SCHOOL COEXISTENCE: AN ASPECT OF PEACE IN THE MIDDLE OF THE POST-CONFLICT	
Karen Estefanni Pérez Álvarez Flor Liliana Castellanos Bothia	155
FRONT COVER : REVIEW OF GLORIA LILIANA RODRÍGUEZ GARCÍA BIOGRAPHY AND HIS WORK.	167

Conteúdo

EDITORIAL	10
A CIDADE COMO ESPAÇO DE LUTA: MULHERES E CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO URBANO	
Almendra Aladro	11
A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES COM BASE NOS DIREITOS: A RESPOSTA NORMATIVA DA OIT	
J. Eduardo López Ahumada	24
QUESTÕES TRABALHISTAS NOS CENTROS DE GERONTOLOGIA NA CIDADE DE MEDELLÍN	
Juan Guillermo Espinal	54
O <i>AMBIENTALISMO</i> BRASILEIRO COMO FATOR IMPEDITIVO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E HUMANÍSTICO NA AMÉRICA LATINA	
Rilke Rithcliff Pierre Branco	81
GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO INTERNACIONAL: REFLEXÕES ENTRE UMA RESTRIÇÃO LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA COM RELAÇÃO À FORMA DO REGISTRO DE NASCIMENTO E A MARGEM DE APRECIÇÃO DO ESTADO	
Juan Antonio Flores Hernández Gabriela Aguado Romero	99
O CONCEITO DE FAMÍLIA NA COLÔMBIA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPÓLOGA VIRGINIA GUTIÉRREZ SOBRE A FAMÍLIA COLOMBIANA NO MARCO DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	
Francisco Javier Gutiérrez Negrete	130
O CONVÍVIO ESCOLAR: UMA ARESTA DE PAZ NO MEIO DO PÓS- CONFLITO	
Karen Estefanni Pérez Álvarez Flor Liliana Castellanos Bothia	155
HOME: HISTÓRIA DO MESTRE GLORIA LILIANA RODRÍGUEZ GARCÍA E SUA OBRA	167

Editorial

La Revista Temas Socio-Jurídicos fue creada en 1980 por la comunidad académica del programa de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), siguiendo como principios orientadores la promoción y apropiación social del conocimiento, la autonomía y el pensamiento crítico, así como los lineamientos propuestos por el Proyecto Educativo Institucional de la UNAB.

Con la finalidad de ampliar la participación y el diálogo con redes académicas en la actualidad estamos incluidos en DOAJ, HeinOnline, Vlex Colombia y EBSCO. Esperamos con ello que profesores, investigadores, estudiantes, profesionales y todos aquellos interesados en temas jurídicos y socio-jurídicos tengan mayor acceso a nuestros contenidos.

En este volumen se publican siete artículos que comprenden variados temas. Abre la edición la profesora Almendra Aladro con un texto sobre ciudad y mujer, que desde el enfoque de género aborda la construcción de resistencias urbanas.

En materia de derecho laboral se incluyen dos trabajos, uno de autoría del profesor Eduardo López Ahumada en materia de garantías de los trabajadores migrantes que presenta un análisis de la problemática desde la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y el otro del profesor Juan Guillermo Espinal acerca de la situación de quienes se encuentran vinculados laboralmente a los centros gerontológicos en Medellín, Colombia.

En temas de derecho ambiental el profesor Rilke Rithcliff Pierre Branco expone las tensiones entre Estado Ambiental y desarrollo humanista de América Latina.

En materia de Derecho de Familia se incluye la discusión acerca del registro de nacimiento en los casos de gestación por sustitución internacional, de los profesores Juan Antonio Flores Hernández y Gabriela Aguado Romero y un análisis del concepto de familia en la doctrina constitucional a partir de los aportes de Virginia Gutiérrez de autoría de Francisco Javier Gutiérrez Negrete.

Finalmente, Karen Estefanni Pérez Álvarez y Flor Liliana Castellanos Bothia reflexionan en torno a paz y convivencia escolar.

En esta edición se puede apreciar, además, una muestra de la obra artística de Gloria Liliana Rodríguez García.

Agradecemos a los autores y autoras, así como a los árbitros, miembros del comité editorial y científico por su contribución.

LA CIUDAD COMO ESPACIO DE LUCHA: MUJERES Y CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO URBANO

Almendra Aladro*

Recibido: Marzo 1 de 2019

Aprobado: Marzo 30 de 2019

RESUMEN:

Desde la década del 60 y a partir de la obra de Henri Lefebvre, la teoría comienza a redefinir la ciudad como derecho humano de carácter emergente, entendiéndola como el espacio de reproducción social natural del modo de producción capitalista. Algunos marcos normativos regionales como el brasilero y el ecuatoriano, han incorporado en sus textos fundamentales dispositivos protectorios de la ciudad como derecho, en miras a su acceso y goce en condiciones de igualdad. El artículo propuesto para el debate intenta constituirse como un aporte desde el enfoque de género para la construcción de resistencias urbanas al neoliberalismo.

Palabras clave: Derecho a la ciudad; feminismos; espacio urbano; políticas públicas; políticas locales.

Citar este trabajo como: Aladro, A. (2019). La ciudad como espacio de lucha: mujeres y construcción del espacio urbano. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 11-23. <https://doi.org/10.29375/01208578.3411>

* Aspirante al título de Doctora en Derecho con mención en Ciencia Política (UNMDP), CONICET/CIDDH Alicia Moreau (CIC-UNMDP), Mar del Plata, Argentina. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2658-6794>. Correo Electrónico: aaladro@mdp.edu.ar

THE CITY AS A SPACE FOR A FIGHT: WOMEN AND BUILDING URBAN SPACES

ABSTRACT:

Since the 1960s, and based on the works of Henri Lefebvre, the theory began to redefine the city as a human right of an emerging character, understanding it as a space for social natural reproduction of the means of capitalist production. Some regional regulatory frameworks, including the Brazilian and the Ecuadorian, have included in their texts fundamental protective devices of the city as a right, with a view to access and enjoyment thereof in equal terms. The presentation for this debate attempts to constitute itself as a contribution from the basis of gender for the construction of urban resistance to neoliberalism.

Keywords: Right to the city; feminism; urban space; public policies; local policies.

A CIDADE COMO ESPAÇO DE LUTA: MULHERES E CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO URBANO

RESUMO:

Desde os anos 60 e a partir do trabalho de Henri Lefebvre, a teoria começa a redefinir a cidade como um direito humano de natureza emergente, entendendo-a como o espaço de reprodução social natural do modo de produção capitalista. Alguns marcos regulatórios regionais, como o brasileiro e o equatoriano, incorporaram os dispositivos de proteção da cidade como direito em seus textos fundamentais, com vistas ao seu acesso e desfrute em condições de igualdade. O artigo proposto para o debate tenta constituir-se como uma contribuição da perspectiva de gênero para a construção de resistências urbanas ao neoliberalismo.

Palavras-chave: Direito à cidade; feminismo; espaço urbano; política pública; políticas locais

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la *Marea Violeta* ha puesto en crisis el lugar social que ocupan las mujeres y se ha constituido como una suerte de renacimiento en la organización de su lucha en Argentina. El tema se ha instalado en las agendas pública y legislativa, y ha generado debates históricos, como los suscitados por el tratamiento de los proyectos de ley de interrupción voluntaria del embarazo y de educación sexual integral.

La actual coyuntura interpela a la sociedad en su conjunto sobre el patriarcado como modo de opresión y sobre el machismo como práctica de la vida cotidiana. El escenario en el cual las luchas de las mujeres cis y transgénero se visibilizan y performan lo constituyen las ciudades, como otrora el centro de encuentro frente al avasallamiento de los trabajadores fue la fábrica, al iniciarse el proceso de industrialización descrito en la obra de Marx y Engels.

El protagonismo de los espacios urbanos en la lucha social fue el tema central de la investigación del sociólogo Henri Lefebvre, quien sostiene que “un proceso vinculado a la industrialización, pero diferente y específico, la *urbanización*, se iniciaba en tiempos de Marx”, no obstante “no supo ni pudo descubrir en la *producción de lo urbano* la finalidad, el objetivo y el sentido de la *producción industrial*” (1968, p.235)¹. En este sentido, el autor no concibe el surgimiento de las ciudades con la industrialización, puesto que incluso en su obra reconoce su preexistencia, sino que identifica que en el modo de producción capitalista es donde se agrupa la mano de obra asalariada, los mercados donde se introducen las mercancías y la dirección de los negocios.

A partir de esta base teórica, Lombardo sostiene que existe una articulación entre “la construcción del espacio, el proceso de producción y circulación del capital, la reproducción de la fuerza de trabajo y del capital, y las contradicciones derivadas de la base en que se asienta la apropiación del trabajo” (2012, p. 30). Sintetiza esta idea con claridad al tomar como referencia la obra de David Harvey (2006) citado en Lombardo (2012, p.31), explicando que “las contradicciones internas del capitalismo se expresan mediante la formación y modificación incesante de los paisajes geográficos”.

El autor centra la observación del problema de la construcción de la ciudad en el concepto de *reproducción social de la vida en un territorio*, el cual entiende como:

Un proceso en el transcurso del cual los actores sociales de un territorio (...) realizan actividades, acciones y prácticas, crean herramientas y conforman relaciones y mecanismos de todo tipo articulados con sus necesidades, deseos y carencias individuales y colectivas, con el fin de construir las condiciones materiales y no materiales para el desarrollo de sus vidas en el lugar.

El resultado es un sistema, así como una construcción socio espacial, en que se generan mecanismos para funcionar, sostenerse, modificarse y transformarse con el fin de perpetuar las estructuras fundamentales del sistema en el tiempo. (Lombardo, 2012, p.37).

¹ El destacado pertenece al autor.

Entre otras fuentes, Lombardo cita a Carlos (2008) para la elaboración de este concepto. La autora parte de la afirmación de que “el espacio geográfico se constituye como condición, medio y producto de la reproducción de la sociedad en su totalidad, englobando varias escalas” (2008, s/n), para luego explicar que la reproducción del capital se relaciona con un proceso más complejo en el que se articulan todas las dimensiones de una formación social, y abogar por un análisis de la construcción del espacio “donde pueda pensarse al individuo no solo como fuerza de trabajo, permitiendo pensarlo, también, como sujeto de la producción del espacio” Carlos (2008) citada por Lombardo (2012, p.39).

Desde este entendimiento, la situación de las mujeres es particularmente compleja y los estudios sobre los vínculos entre patriarcado y capitalismo inscritos en la tradición marxista han omitido, en su mayoría, el impacto de las relaciones de subordinación basadas en la discriminación de género en la vida cotidiana, lo cual repercute en una visión incompleta respecto de los usos de los espacios urbanos por parte de las mismas. Esta consecuencia de la dicotomía público/privado, que tiene como base ideológica el liberalismo político lockeano y que es uno de los ejes centrales de la crítica feminista (Pateman, 2009), lleva a un entendimiento inacabado del fenómeno complejo que constituye el *hacer ciudad*, es decir, la participación de ciudadanas y ciudadanos en el gobierno de la misma. Despegarse de esta dicotomía para recuperar las ciudades:

(...) significa reconocer que las mujeres están situadas en la encrucijada entre producción y reproducción, entre la actividad económica y el cuidado y atención de los seres humanos y por lo tanto entre el crecimiento económico y el desarrollo humano. Ellas son las trabajadoras de ambas esferas: las más responsables y por lo tanto las que arriesgan más, las que sufren cuando las dos esferas funcionan de manera opuesta, y las más conscientes de la necesidad de una mejor integración entre las dos. (Sen, 1996, p. 60).

Desde estas bases teóricas, la presente ponencia se propone realizar un aporte al debate desde un enfoque de género para la construcción de resistencias urbanas al capitalismo en su etapa neoliberal. La exposición se dividirá en tres apartados en los que se desarrollarán las líneas de conocimiento más relevantes en materia de 1) el origen, evolución y recepción normativa del derecho a la ciudad; 2) las contribuciones destacadas desde la crítica feminista respecto del análisis del fenómeno de la construcción de las ciudades; y 3) la potencialidad de los Encuentros Nacionales de Mujeres como forma de resistencia urbana, tanto por la dinámica de su funcionamiento como por las peculiaridades de su emplazamiento territorial itinerante y federal.

Posteriormente se identificarán los desafíos y perspectivas en la lucha de las mujeres por la recuperación de las ciudades.

EL DERECHO A LA CIUDAD

Concepto y desafíos

El hito más trascendente en la elaboración del concepto de derecho a la ciudad es el libro de Henri Lefebvre que, precisamente, se titula *El derecho a la ciudad*. Allí, Lefebvre inicia su estudio sobre la construcción de la ciudad y afirma:

La ciudad, y por consiguiente lo urbano, es el resultado de una historia, de una praxis social, de personas y grupos determinados que realizan esta obra en condiciones históricas. De esto surge la ciudad como obra, como resultado de esta praxis, así la vida cotidiana se torna obra, apropiación del espacio, uso. (1969, p.68)

Esta idea central es alcanzada a través de un análisis desde el materialismo dialéctico del fenómeno de las ciudades y de la urbanización que se desarrolló tras la explosión de la industrialización, pero no ya como meros asentamientos, sino como espacio donde se desarrolla la lucha de clases, por lo que su forma y construcción responde a la lógica del capital. Así las ciudades se fragmentan y se reconstruyen en función de la organización de la producción, perdiéndose el valor de uso del espacio urbano frente a la hegemonía de su valor de cambio.

Por su parte, Harvey (2012) sostiene que el derecho a la ciudad es un derecho colectivo de todas las personas que habitan, acceden y usan la ciudad, y supone no solamente el derecho a usar aquello que ya existe, sino también a definir y crear lo que debería existir en los espacios urbanos, con miras a la satisfacción de la necesidad de llevar una vida digna y plena en dicho entorno.

Como perspectiva superadora, Edward Soja incorpora a la idea de ciudad como espacio de la lucha de clases propuesta por Lefebvre y su recuperación a través de prácticas insurgentes que vehiculen la participación de la ciudadanía en la construcción de los espacios urbanos esbozada por Harvey con la noción de *justicia espacial*. Desde este concepto, Soja critica las posturas marxistas tradicionales respecto a la ciudad, por excluir a través del concepto de lucha de clases perspectivas como el género, las migraciones, las cuestiones étnicas y culturales, que son aristas clave al momento del análisis de la construcción y prácticas urbanas. Metodológicamente, el autor propone la *“trialectica”* o estudio del tercer espacio, una forma de abordaje de la ciudad como objeto de estudio que contempla tres dimensiones de análisis, a saber: 1) el mundo real y material; 2) las representaciones sociales y 3) el espacio producido a partir de las dimensiones 1 y 2 (Soja, 2014).

Jordi Borja, geógrafo urbanista catalán, se pregunta: —¿Qué es una ciudad? y se responde:

—Un lugar con mucha gente. Un espacio público, abierto y protegido. La ciudad construida urbanismo en América Latina y protegido. Un lugar, es decir, un hecho material productor de sentido. Una concentración de puntas de encuentros. En la ciudad, primero son las calles y plazas, los espacios colectivos, luego vendrán los edificios y las vías. El espacio público define la calidad de la ciudad, porque indica la calidad de vida de la gente y la cualidad de la ciudadanía de sus habitantes. (Borja, 2001,p.391)

Pero frente a esa *ciudad del deseo*, Borja explica el fenómeno de la *ciudad fragmentada*:

(...)la deformación del urbanismo funcionalista combinando *zoning* y privatización, caricatura perversa del movimiento moderno, crea una nueva imagen de la ‘ciudad emergente’ en la que las piezas, la arquitectura de los objetos-mercancía, substituye la ciudad del intercambio y de la diversidad. La ciudad fragmentada es una ciudad físicamente segregada, socialmente injusta, económicamente despilfarradora, culturalmente miserable y políticamente ingobernable. (Borja, 2001, p.392)

La actualidad de las ciudades lleva a plantear desde estas perspectivas la lucha por la ciudad, su reivindicación como derecho y no como privilegio de clase. Borja afirma:

Construir hoy la ciudad del siglo XXI es tener un proyecto de ciudadanía, ampliar los derechos de tercera generación, el derecho al lugar y a la movilidad, a la ciudad refugio y a la identidad local, al autogobierno y a la diferencia, a la igualdad jurídica de todos los residentes y a la proyección exterior. (Borja, 2001, p.395)

La lectura conjunta de estos autores permite observar con claridad la evolución conceptual de la ciudad y de las estrategias metodológicas planteadas tanto para su abordaje como objeto de estudio, como las diagramadas para la recuperación de los espacios urbanos.

Recepción normativa

El derecho a la ciudad se ha caracterizado como *humano* y *emergente* (Guillén Lanzarote, 2011) y su desarrollo normativo es posterior al reconocimiento del derecho humano a la vivienda (Pisarello, 2011). Correa Montoya se refiere a su contenido como derecho, reafirmando su complejidad y estableciendo cuatro ejes fundamentales para su consagración:

1) como posibilidad social, es decir, “como una forma o modelo concreto en que la ciudad, lugar, objeto e institución privilegiada, se ofrece y posibilita a sus ciudadanos”; 2) como goce de derechos en los contextos urbanos, o sea, atado “a ese modelo basado en derechos (...) que exige que todos los ciudadanos se beneficien de lo que las ciudades tienen para ofrecer”; 3) como derecho complejo, “la posibilidad de construir

espacios de encuentro, deliberación e incidencia en los destinos colectivos (...) de construir y hacer ciudad, de vivirla, disfrutarla e incidir en el destino de una ciudad digna que permita la distribución de recursos”; 4) como derecho colectivo, implicando “ampliar el enfoque tradicional orientado a mejorar la calidad de vida de las personas desde la vivienda y el vecindario, para hacerlo trascender a una escala más amplia, la de la ciudad y sus alrededores rurales”. (Correa Montoya, 2010, p.40-44)

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, existen numerosos instrumentos internacionales que lo han dotado de contenido, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Resolución 64/292 de la Asamblea de las Naciones Unidas, la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, el Estatuto de las Ciudades (Brasil, 2001), siendo este último ratificado en el Foro Social Urbano de las Américas (Quito, 2004), el Foro Mundial Urbano (Barcelona, 2004) y en el Foro Social Mundial (Porto Alegre, 2005), la Carta Mundial por El Derecho a la Ciudad y la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes.

Dada la complejidad de la ciudad como derecho, según el Comité Promotor de la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad, otras herramientas jurídicas a contemplar para su acceso y goce que deben tenerse en cuenta son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos protocolos facultativos, uno relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, y el otro relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) (2010, p. 9-10).

En la región, existen hitos normativos sobre la materia, originados principalmente desde la lucha social por el derecho a la ciudad. En Brasil encontramos la Constitución Federal de Brasil de 1988 (art. 182, 183), la cual contó con el aporte de más de 100.000 organizaciones sociales y de adhesiones individuales de participantes del Movimiento Nacional de Reforma Urbana, que formularon la Enmienda Popular de Reforma Urbana (Fernandes, 2010) y el Estatuto del Derecho a la Ciudad del año 2001 (Ley Federal 10257), texto que “pone sobre el tapete la cuestión urbana y la inserta en la agenda política nacional, en un país marcado hasta fechas recientes por la cultura rural” (Maricato, 2010, p.5).

A nivel nacional, Argentina no cuenta con un dispositivo federal que garantice el acceso y goce de la ciudad como derecho, aunque existen dispositivos que reconocen los derechos humanos que quedan bajo su marco (Const., 1994, art. 20, 25, 37, 41, 43, 75 inc.22). A nivel local, se destaca la Ley de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires, la cual tiene como objetivo general “la promoción del derecho a la vivienda y a un hábitat digno y sustentable” y como objetivos específicos a) Promover la generación y facilitar la gestión de proyectos habitacionales, de urbanizaciones sociales y de procesos de regularización de asentamientos urbanos informales; b) Abordar y atender integralmente la diversidad y complejidad de la demanda urbano-habitacional; y c) Generar nuevos recursos en miras a la reducción de la especulación sobre el valor de cambio del suelo (Ley 14449, art. 1). Así mismo, reconoce el derecho a la ciudad como uno de los principios rectores de las políticas de vivienda y hábitat de la provincia (art. 10), y le da contenido al mismo a través de la conceptualización del acceso y goce a la ciudad y la vivienda, entendiendo a dichos elementos como: a) un lugar adecuado para vivir en condiciones que favorezcan la integración plena a la vida urbana; b) acceder a los equipamientos sociales, a las infraestructuras y a los servicios; c) desenvolver apropiadamente las actividades sociales y económicas; y d) usufructuar de un hábitat culturalmente rico y diversificado (art. 11).

APORTES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA LA REAPROPIACIÓN DE LAS CIUDADES

En la última década, el estudio del *derecho a la ciudad* ha evolucionado incorporando la *perspectiva de género* al análisis de las políticas, con particular

énfasis en la desigualdad del acceso a la ciudad, como consecuencia de una discriminación basada en el género. Explica Falú que “las mujeres permanecerán invisibles en las ciudades, relegadas al ámbito privado del hogar, lo que tendrá sustento en la fuerte división del trabajo sexual imperante” (2016, p.160). En esta afirmación se evidencia la presencia de la dicotomía público/privado como eje estructurante de las desigualdades urbanas basadas en el género. Las ciudades, espacio de toma de decisiones (vida pública), se constituyen como un espacio propiamente del varón, mientras que el hogar es el dispositivo en el cual se confina a la mujer (vida privada) pero donde el hombre también conserva la esfera de toma de decisiones. Sobre esta diada Carole Pateman realiza una interesante observación en su crítica al liberalismo, afirmando que:

(...) la crítica feminista contemporánea a la dicotomía entre lo público y lo privado se basa en la misma perspectiva lockeana de las dos categorías; al igual que (en esta interpretación de) la teoría lockeana, las feministas consideran que la vida doméstica es privada por definición. Sin embargo, rechazan el supuesto en virtud del cual la separación entre lo privado y lo público se sigue inevitablemente de las características naturales de los sexos y sostienen, por el contrario, que solo resulta posible una correcta comprensión de la vida social liberal cuando se acepta que las dos esferas –la doméstica (privada) y la sociedad civil (pública)– presuntamente separadas y opuestas están inextricablemente interrelacionadas. Dicho de otra forma, que son las dos caras de la misma moneda, el patriarcalismo liberal. (Pateman, 2009, p.42-43)

Y desde esta lógica, identifica que:

(...) el liberalismo conceptualiza la sociedad civil prescindiendo de la vida doméstica, esta última sigue siendo «olvidada» en las discusiones teóricas. Así pues, la separación entre privado y público se vuelve a establecer como una división dentro de la propia sociedad civil, dentro del mundo de los varones. Por tanto, la separación se expresa de diferentes maneras, no solo en términos de privado y público sino también, por ejemplo, en términos de «sociedad» y «Estado», de «economía» y «política», de «libertad» y «coerción» o de «social» y «político». Además, en esta versión de la separación de lo privado y lo público, una categoría, lo privado, empieza a vestir pantalones-. (Pateman, 2009, p.43).

Al aplicar las reflexiones de Pateman, hay una conclusión obvia para este trabajo: la planificación de las ciudades “evidencia problemas de orden ontológico y epistemológico, al reproducir desigualdades y subordinación en sus políticas” (Falú, 2016, p.160). Si la ciudad es el espacio donde se desarrolla la reproducción social de la vida (Lombardo, 2012), la exclusión de las mujeres en su planificación es una estrategia de replicación de las prácticas machistas y refleja graves consecuencias derivadas de la discriminación urbana basada en el género.

Desde esta toma de posición, Shelly Buckingham (2010) describe cinco problemas en el acceso y goce del derecho a la ciudad por parte de las mujeres; los cuales, a su criterio, deben constituirse como objetivos de políticas simultáneas para lograr un cambio real en la situación de este colectivo social: 1) la falta de seguridad en ambientes urbanos; 2) la deficiencia en la infraestructura y transporte públicos; 3) la falta de proximidad entre viviendas, servicios y empleos; 4) la persistencia de la dicotomía de esferas públicas y privadas; y 5) el déficit de participación en la toma de decisiones, gobernanza y planificación de las ciudades.

Con respecto a la relevancia de este nuevo abordaje, Fernando Manero Miguel (2010) destaca que la toma de conciencia social sobre las formas de desigualdad que afectan a las mujeres, conduce a que la acción pública tienda a asumir como imperativa la necesidad de incorporar esta cuestión dentro de sus preocupaciones estratégicas como guía en la toma de decisiones con intencionalidad correctora.

REFLEXIONES FINALES: PRÁCTICAS URBANAS REBELDES DE LAS MUJERES

En este trabajo se ha evitado la elaboración de las clásicas reflexiones o conclusiones finales, porque lejos de ser un tema cerrado, el debate sobre la planificación urbana y los aportes de las mujeres a la misma se encuentra en el candelerero. En oposición a dicha forma de escritura, se trae a debate el Encuentro Nacional de Mujeres (ENM), un evento autoconvocado y autogestionado que se desarrolla de forma anual y de manera ininterrumpida desde hace 33 años en Argentina. En él se congregan masivamente mujeres con ideas políticas disímiles con el objetivo de problematizar los ejes centrales de la agenda feminista nacional.

En el último ENM, realizado en la ciudad de Resistencia (provincia de Chaco), se estima que participaron alrededor de 75.000 mujeres, quienes durante tres días enteros ocuparon y resignificaron los espacios urbanos locales por trigésima segunda vez.

Los talleres de debate se realizan en las escuelas y universidades. Centros deportivos y educativos prestan sus lugares para el pernocte, aseo y alimentación. Las plazas se llenan de ferias y manifestaciones artísticas, y en las calles la marcha de cierre desborda de cuerpos que se enfrentan al patriarcado que los oprime y reprime.

Más allá de los temas abordados durante los ENM (Aladro, 2017), estos representan una práctica urbana insurgente porque “introducen en la ciudad nuevas identidades y prácticas que disturbán las historias establecidas” (Holston, 1995, p.48). Las ciudades elegidas por las mujeres al finalizar el evento y negociadas con los poderes locales por parte de las comisiones organizadoras a cargo, son forzadas a transformarse por tres

días, a permitir a las mujeres caminar por las calles en libertad, disponer de sus espacios, vivir sus corporalidades sin miedos, delegar el cuidado familiar y las tareas domésticas. Durante los encuentros, las mujeres irrumpen en la ciudad y derriban el muro divisorio entre los espacios público y privado.

Entendiendo que el concepto de práctica insurgente elaborado por Harvey (2012) invoca una idea de permanencia inherente a la gestión urbana, en este escrito se postula la idea de *práctica rebelde* como puntapié inicial para la constitución de expresiones de la trascendencia que esboza el autor. Por los motivos que se explicaron en los párrafos anteriores, este trabajo defiende la idea de que los ENM como eventos de arraigo territorial itinerante, pero de indudable significado social, constituyen una práctica rebelde frente al patriarcado y al modo de producción capitalista en sus actuales estadios de desarrollo.

Finalmente, se deja planteada la idea de que la actual *Marea Violeta* en sus expresiones públicas, también constituye una práctica rebelde de masas cuya evolución debe seguirse de cerca en el estudio del derecho a la ciudad desde el punto de vista de las mujeres.

REFERENCIAS

- Aladro, A. (2017). El Encuentro Nacional de Mujeres como espacio de construcción del Derecho a la Ciudad desde la perspectiva de género. Slavin, P. y García, L. (Comp), *Adelantos de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina, Mar del Plata: EUDEM.
- Borja, J. (2001). La ciudad del deseo. En: Carrión, F. (Ed.). *La ciudad construida urbanismo en América Latina* (pp. 391-396). Quito, Ecuador: FLACSO.
- Buckingham, S. (2010). Análisis del derecho a la ciudad desde una perspectiva de género. En: Sugranyes, A. y Mathivet, C. (eds.). *Ciudades para tod@s. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias* (pp. 59-64). Santiago, Chile: Coalición Internacional para el Hábitat.
- Carlos, A.F. (2008). De la “geografía de la acumulación” a la “geografía de la reproducción”: un diálogo con Harvey. *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, XII (270), 143, s/n.
- Comité Promotor de la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad (2010). *Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad*. Recuperado de: <https://www.equipopueblo.org.mx/descargas/Carta%20de%20la%20Ciudad%20de%20Mexico%20por%20el%20Derecho%20a%20la%20Ciudad.pdf> [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2018].
- Correa Montoya, L. (2010). Algunas reflexiones y posibilidades del Derecho a la Ciudad en Colombia: Los retos de la igualdad, la partici-

- pación y el goce de los derechos humanos en los contextos urbano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Online) [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2018].
- Falú, A. (2016). La omisión de género en el pensamiento de las ciudades. En: Borja, J., Carrión, F. y Corti, M. (Ed.). *Ciudades para cambiar la vida: Una respuesta a Hábitat III*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Café de las Ciudades.
- Fernandes, E. (2010). El Estatuto de la Ciudad y el orden jurídico-urbanístico. En: Celso Santos Carvalho, Anaclaudia Rossbach (Org.). *El Estatuto de la Ciudad: un comentario*. Sao Paulo, Brasil: Alianza de las Ciudades.
- Guillén Lanzarote, A. (2011). *El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente*. En: Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad. Barcelona, España: Instituto de Derechos Humanos de Catalunya.
- Harvey, D. (2006). *La geografía de la acumulación capitalista: una reconstrucción de la teoría marxista*.
- Harvey, D. (2012). *Ciudades rebeldes: Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*, Madrid, España: Ed. Akal.
- Holston, J. (1995). Spaces of insurgent citizenship, en *Planning Theory* (Online) pp. 35-51 [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2018].
- Lefebvre, H. (1968). *La vida cotidiana en el mundo moderno*, Madrid, España: Alianza Editorial.
- Lombardo, J. D (2012). *La construcción del espacio urbano: Sus características en el Área Metropolitana de Buenos Aires*. Los Polvorines, Argentina: Ediciones CICCUS.
- Manero Miguel, F. (2010). *Mujer y espacio urbano: Dimensión y operatividad de la perspectiva de género de las políticas públicas locales en el contexto de la Unión Europea*, Revista Ciudades número 88, p. 1-20.
- Maricato, E. (2010). El estatuto de la ciudad periférica. En: Santos Carvalho, C. Rossbach, A. (Org.). *El Estatuto de la Ciudad: un comentario*. Sao Paulo, Brasil: Alianza de las Ciudades.
- Pateman, C. (2009). Críticas feministas a la dicotomía público/privado. En: Ávila Santamaría, R., Salgado, J. y Valladares, L. (Comp). *El género en el derecho*. Ensayos críticos. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pisarello, G (2011). Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: avatares de una historia. *Serie Derechos Humanos Emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Barcelona, España: Instituto de Derechos Humanos de Catalunya.

- Sen, Gita. (1996). Una economía alternativa desde una perspectiva de género. *Nuevos enfoques económicos: contribuciones al debate sobre género y economía* (pp. 53-63). San José, Costa Rica.
- Soja, E. (2014). *En busca de la justicia espacial*. Valencia, España: Tirant Humanidades.

LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES BASADA EN DERECHOS: LA RESPUESTA NORMATIVA DE LA OIT

J. Eduardo López Ahumada*

Recibido: Marzo 20 de 2019

Aprobado: Abril 22 de 2019

RESUMEN:

La protección internacional de las migraciones ha adquirido una mayor relevancia ante el aumento de los flujos migratorios laborales. Este proceso se ha producido debido al desarrollo de la globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen. El presente trabajo analiza la respuesta normativa de la OIT y los principales obstáculos que su aplicación presenta en el contexto internacional. La respuesta tradicional a dicho fenómeno se ha producido en virtud de los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas se aplican con carácter general a todos los trabajadores y su efecto jurídico expansivo incluye, ineludiblemente, a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes, que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa. La situación de especial vulnerabilidad de los trabajadores migrantes nos tiene que hacer reflexionar sobre las situaciones de explotación y de precariedad laboral presentes en la realidad actual.

Citar este trabajo como: López Ahumada, J. (2019). La protección de los trabajadores migrantes basada en derechos: la respuesta normativa de la OIT. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 24-53. <https://doi.org/10.29375/01208578.3590>

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá. Orcid: 0000-0001-7380-5932. Correo electrónico: j.e.lopez.ahumada@gmail.com

Palabras clave: trabajadores migrantes; OIT; trabajo decente; condiciones laborales justas; inclusión social.

RIGHTS-BASED PROTECTION FOR MIGRANT WORKERS: THE REGULATORY RESPONSE OF THE ILO

ABSTRACT:

International protection of migrations has taken on greater relevance in light of an increase in labor migration flows. This process has occurred because of on-going economic globalization and the lack of employment possibilities in the countries of origin. This paper analyzes the regulatory response of the ILO and main obstacles that its application presents in the international context. The traditional response to this phenomenon has been an outcome of ILO Conventions. These regulatory provisions apply in general to all workers, and their expansive legal effects unavoidably include migrant workers. This undoubtedly means conventions that are closely related to the work of migrant people, which compels us to conduct a cross-cutting and systematic analysis of a truly dispersed regulation. The especially vulnerable situation of migrant workers causes us to reflect on the conditions of labor exploitation and precariousness present in the current reality.

Keywords: migrant workers; ILO; decent work; fair working conditions; social inclusion.

A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES MIGRANTES COM BASE NOS DIREITOS: A RESPOSTA NORMATIVA DA OIT

RESUMO:

A proteção internacional das migrações adquiriu maior relevância diante dos fluxos de migração laboral crescentes. Este processo ocorreu devido ao desenvolvimento da globalização econômica e à ausência de oportunidades de emprego nos países de origem. O presente trabalho analisa a resposta normativa da OIT e os principais obstáculos que sua aplicação apresenta no contexto internacional. A resposta tradicional a esse fenômeno ocorreu em virtude dos acordos da OIT. Estas disposições normativas aplicam-se, em geral, a todos os trabalhadores e o seu efeito legal expansivo inclui, inevitavelmente, aos trabalhadores migrantes. Trata-se, sem dúvida, de acordos estreitamente relacionados com o trabalho dos migrantes, o que nos leva a realizar uma análise transversal e sistemática de uma regulamentação cer-

tamente dispersa. A situação particularmente vulnerável dos trabalhadores migrantes tem que nos fazer refletir sobre as condições de exploração e de precariedade laboral existentes actualmente.

Palavras-chave: trabalhadores migrantes; OIT; trabalho decente; condições justas de trabalho; inclusão social.

INTRODUCCIÓN

Las migraciones laborales son una cuestión de naturaleza transversal, las cuales se encuadran en el ámbito del trabajo decente (International Labour Organization, 2007, p. 4). Ello presupone velar por que las migraciones se asienten en condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad en clara sintonía con el concepto de trabajo decente. Los movimientos migratorios internacionales tienen actualmente naturaleza compleja y son diversos en sus manifestaciones y razones que los motivan. La respuesta tradicional de la OIT a dicho fenómeno se ha producido en virtud de los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas se aplican con carácter general a todos los trabajadores, y su efecto jurídico expansivo incluye, ineludiblemente, a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes y que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa.

El aumento de los flujos migratorios laborales se ha experimentado debido a la propia globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen que con carácter general hacen de la migración casi la única alternativa para las personas migrantes¹. Ciertamente, se trata de un fenómeno que afecta a distintos colectivos, por ejemplo, trabajadores estacionales o temporales, trabajadores en situación irregular, víctimas de trata y de trabajo forzoso, trabajadores cualificados,² etc. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la OIT se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios.

1 Conviene tener en cuenta que los migrantes internacionales representaban en 2010 el tres por ciento de la población mundial. La OIT cifraba en entorno a doscientos catorce millones la presencia de personas migrantes. Ciertamente, la migración está estrechamente relacionada con el trabajo y el empleo, siendo este el principal motivo de migración. De acuerdo con las estimaciones de la OIT, realizadas en el año 2010, se calcula que en todo el mundo había alrededor de 105,4 millones de migrantes económicamente activos, que movilizaban igualmente a sus familiares. Dentro de este colectivo el cincuenta por ciento eran mujeres. Sin duda, se trata de cifras que actualmente habría que actualizar a la baja debido a los efectos de la crisis económica. (International Labour Organization, 2010, p. 2).

2 Ciertamente, no se trata de un fenómeno exclusivo de trabajadores poco cualificados y sin formación. Igualmente, el trabajo cualificado se proyecta en las migraciones laborales y se estima que generalmente los países en desarrollo pierden entre un diez por ciento y un treinta por ciento de sus trabajadores capacitados y profesionales a causa de la “fuga de cerebros”.

LOS OBSTÁCULOS A LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El objetivo de la protección a los trabajadores migrantes es necesariamente la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables, que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Sin duda, este es el mejor modo de reducir la exclusión social y la pobreza que generan nuevas formas de desigualdad³. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona (Hepple, 2011, p. 27). Ello implica la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda que, al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente⁴.

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza⁵. La pobreza y la exclusión social están presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral, y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2003, p. 100). Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos, la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad depende de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Los trabajadores migrantes se configuran como un colectivo especialmente vulnerable, circunstancia que se presenta especialmente en el momento de acceso al empleo⁶. En este sentido, las personas migrantes se ven obligadas a asumir trabajos que evitan los nacionales en sectores económicos

3 Vid. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECO SOC), julio de 1997. OIT: Herramienta para la igualdad de género, disponible en la página web de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género.

4 En este sentido, es preciso subrayar que la desigualdad por motivos de género no se limita al trabajo y al empleo, sino que afecta a todos los aspectos de la vida social y a las estructuras socioeconómicas. (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer & Rodríguez-Piñero Royo, 2004, pp. 527-528)

5 En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente véase los siguientes trabajos: (Akire & María, 2010, p. 127) y (Oficina Internacional del Trabajo, 2003, p. 38).

6 En este sentido, la Recomendación OIT núm. 198 de 2006 (2006a), relativa a la relación de trabajo, alude a los trabajadores migrantes como una categoría de trabajadores vulnerables [arts. 5 y 6 c)]. Del mismo modo, y en relación a la referencia a los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable véase International labour migration. A rights-based approach (2010, pp. 94-95).

menos atractivos, trabajos con baja cualificación del sector servicios, servicios domésticos, trabajos estacionales, labores peligrosas o insalubres, o incluso trabajos en la economía informal. Dichas situaciones de trato diferencial se encuentran condicionadas en la práctica por el obstáculo insalvable de la baja cualificación de los trabajadores migrantes, aunque en muchas circunstancias dichos trabajadores acreditan una formación adquirida en sus países de origen, cuyas competencias profesionales no son reconocidas en el Estado de acogida.

La mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes se aprecia en el desarrollo de las relaciones laborales, en estas situaciones se identifica un trato desigual en comparación con los trabajadores nativos; por ejemplo, en relación con los incumplimientos contractuales, impagos salariales o despidos injustificados. Ello supone la existencia de relaciones laborales con una elevada dosis de inseguridad en el empleo y con unas condiciones de trabajo menos ventajosas. Efectivamente, dicha vulnerabilidad en el empleo sitúa a los trabajadores migrantes ante la explotación y la precariedad laboral, lo que implica situaciones de desigualdad y discriminación en el trabajo. De igual modo, estos trabajadores migrantes encuentran dificultades prácticas para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, ya que sus relaciones laborales generalmente temporales implican de facto un bajo grado de protección social y en muchos casos los reducidos períodos de cotización condicionan la protección social contra los riesgos profesionales o impiden la transferencia de los derechos de Seguridad Social. De igual forma, el desempleo afecta especialmente a los trabajadores migrantes. Sin duda, el índice más elevado de desempleo lo sufren más los trabajadores migrantes en los países desarrollados de la Unión Europea y la OCDE, en comparación con los trabajadores nacionales. Asimismo, conviene indicar que estas altas tasas de desempleo en los países desarrollados repercuten con más intensidad en las mujeres y jóvenes migrantes, que son particularmente vulnerables al desempleo.

Desde el punto de vista de la protección del trabajo migrante, nuestra atención se dirige a los trabajadores que encuentran en el acceso al empleo y en la ocupación prácticas discriminatorias ligadas a su condición migrante cuyas relaciones se ven sometidas a elevadas dosis de precariedad laboral. El fenómeno de las migraciones laborales está en conexión con los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. Ciertamente, los trabajadores migrantes ocupan generalmente empleos que no se logran cubrir con los trabajadores nacionales, y en su incorporación y actuación en el mercado de trabajo pueden encontrar diversas barreras formales o informales que iremos analizando. Dichos obstáculos impiden el acceso a un trabajo digno y justo. Con todo, conviene apuntar que la actual crisis económica y del empleo ha afectado especial-

mente las condiciones de empleabilidad de los trabajadores migrantes. La recesión económica ha supuesto, como veremos, una pérdida de protagonismo del tema de los trabajadores migrantes en comparación con las acciones internacionales previas a la crisis económica.

LA EVOLUCIÓN HACIA UNA PROTECCIÓN BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EN UN TRATAMIENTO MULTILATERAL DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

La supresión de la discriminación en el trabajo forma parte de los propios principios constitutivos de la OIT desde su creación en 1919. La acción internacional contra la discriminación tiene su propio origen en los objetivos de la OIT, entre los que figura la justicia social, la libertad y la igualdad. Concretamente, en el Tratado de Versalles de 1919 se recoge el deber de la OIT de tutelar específicamente a los trabajadores migrantes, especialmente en los supuestos de tráfico o trata de personas, así como en el ámbito de la migración irregular. El Tratado de Versalles se asegura la igualdad en el empleo y la ocupación, dado que las “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país” (art. 427).

La Declaración de Filadelfia de 1944, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998) conceden el máximo reconocimiento a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Concretamente, se contempla el compromiso de eliminar cualquier tipo de discriminación en el empleo y la ocupación [punto 2, letra d)]⁷. Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944, con respecto a los fines y objetivos de la OIT, presta una atención especial a los problemas de los trabajadores migrantes. Dicha Declaración vino en su momento a reforzar significativamente los objetivos de la Constitución de la OIT mediante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y la promoción de un crecimiento más equitativo, teniendo como objetivo la promoción del pleno empleo con respeto a la dignidad, la seguridad y la igualdad de oportunidades. Concretamente, la Declaración de Filadelfia de 1944, actual Carta de Constitución de la OIT, garantiza que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”

7 Dicha Declaración fue formulada en el marco de la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998. En este mismo sentido, cobra especial importancia en materia de reconocimiento del principio de no discriminación la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

[Anexo a la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, epígrafe II, letra a)]. De este modo, los derechos laborales de los trabajadores migrantes están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Constitución de la OIT⁸. Estamos ante un principio rector de la propia OIT, que, prácticamente, durante un siglo ha trabajado intensamente por implementar dicha máxima en las relaciones laborales desde un punto de vista globalizado.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona (Gil y Gil, *Los trabajadores migrantes y la OIT*, 2009, p. 225); (Gil y Gil & Ushakova, 1999, pp. 101-102), esto es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales del trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas independientemente del Estado al que pertenezcan y, por tanto, son derechos que disfrutaban los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde prestan servicios. Con todo, la OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación. La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes⁹, asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Especialmente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular (Organización Internacional del Trabajo, 1998) y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes¹⁰.

El enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos fue reconocido en la Confe-

8 La OIT tiene, entre sus funciones, el compromiso de tutelar a los trabajadores migrantes. Así se declara expresamente en el preámbulo de la Constitución, que recoge la obligación de la OIT de mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Consúltense: Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (Organización Internacional del trabajo, 2014) y el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), *Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra. (2016)

9 La Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo, celebrada en Copenhague en 1995, declaró como principio fundamental la garantía de empleo y ocupación sin discriminación y es el antecedente de la Declaración de la OIT relativa los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

10 En este sentido, conviene recordar que la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 considera como uno de los cuatro objetivos estratégicos de la organización el respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

rencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Dicha posición ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales (Organización Internacional del Trabajo, 2007c). El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores independientemente de su situación, aunque se presenta como criterio no vinculante en el ámbito de una economía global¹¹. Sin duda, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido, especialmente, al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Por tanto, las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales¹².

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes garantizan el principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por estas respecto de los trabajadores nacionales (Vittin-Balima, 2002, p. 158).

Los instrumentos normativos específicos adoptados por la OIT son el convenio núm. 97 (revisado) de 1949 y el Convenio núm. 143 (disposiciones complementarias) de 1975, así como las Recomendaciones núm. 86 de 1949 y la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT¹³. Las normas contenidas en los convenios definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migrato-

11 Sin duda, el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones ha representado un impulso a los planes y programas de acción destinados a los trabajadores migrantes. Vid. OIT, (2004), Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión.

12 En este sentido, el art. 22 de la Constitución de la OIT obliga a cada uno de los Estados miembros a “presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido”. De igual modo, los Estados están obligados a “informar sobre el estado de [su] legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del Convenio, e indicando las dificultades que impiden o rechazan la ratificación de dicho Convenio”.

13 En cualquier caso, es preciso recordar que los Convenios son instrumentos normativos de directa y obligada aplicación por parte de los Estados. En cambio, las Recomendaciones carecen efectivamente de efecto jurídicamente vinculante y no se encuentra sometidas al acto de ratificación.

rio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales. Dichas normas configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades¹⁴. Sin lugar a duda, estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se complementan a efectos de tutela con otros convenios generales de la OIT como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social (*vid. infra*). Desde luego, uno de los aspectos esenciales de estos instrumentos normativos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, ya que dichas normas se aplican, como sucede con carácter general con los derechos humanos, a todas las personas por igual¹⁵, incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique expresamente lo contrario, así como lo hacen los convenios expresamente en determinados aspectos (Garofalo, 2007, p. 36; Potobsky, 1984, p. 333; Fitzpatrick, 2003).

Estos convenios específicos se adoptaron hace muchos años y, sin duda, la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones laborales ha evolucionado¹⁶. Ello significa que las normas contenidas en su articulado deberían interpretarse a favor de la libertad y la observancia de la igualdad, teniendo en cuenta la propia promoción de los derechos fundamentales en el trabajo realizada por la OIT (*vid. supra*). En efecto, el contexto económico y social de las migraciones internacionales ha cambiado sustancialmente desde la aprobación de los Convenios 97 y 143, en 1940 y 1970 respectivamente. Esto implica la necesidad de adaptación de dicho marco a la actual economía globalizada, asegurando la observancia del principio de igualdad y no discriminación (Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 86). En este sentido, podemos citar como ejemplo el aumento del protagonismo de la participación de la mujer en los procesos migratorios, que demanda una respuesta especial desde la perspectiva de la igualdad de trato como persona migrante a la que se suma la condición de mujer. De este modo, la interpretación del estatuto del trabajador migrante basada en derechos es un cambio sustancial que asegura un espacio de

14 Téngase en cuenta el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

15 Vid. OIT, conclusión número 28, y el principio 9, apartado a), del Marco multilateral para las migraciones laborales (OIT, 2007).

16 Efectivamente, dichos convenios fueron adoptados en dos momentos clave, como son la posguerra mundial y la crisis del petróleo de los años setenta con el fin de estimular los flujos migratorios.

integración e inclusión social de los trabajadores migrantes¹⁷.

Un impulso importante a la protección de los trabajadores migrantes se realizó en 2007 con la adopción del Marco multilateral de la OIT para la migración laboral. Este nuevo marco de actuación hace especial énfasis en la discriminación que sufren los trabajadores migrantes y se solicita la promoción de sus derechos desde la perspectiva de los derechos humanos. Lo anterior supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la protección mediante derechos intenta ofrecer un tratamiento justo al colectivo de trabajadores migrantes en el mundo e intenta promover la adopción de normas jurídicas que puedan impulsar políticas y prácticas en beneficio de la igualdad de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores migrantes.

Este nuevo tratamiento de las migraciones laborales implica la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal)¹⁸, que es el término generalmente aceptado por la OIT y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación de extranjería en el país de empleo no se encuentran formalmente regularizada. Sin duda, se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentra en situación irregular (International Labour Organization, 2010, pp. 31-36; Jandl, 2004). En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Actualmente, en la normativa específica de la OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular. Los Estados tienden, generalmente, a garantizar formalmente a los trabajadores migrantes regulares o irregulares una igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, límites de tiempo de trabajo y descansos. Efectivamente, la OIT recomienda el desarrollo de estas prácticas nacionales con el fin de ayudar al desarrollo de procesos migratorios justos y equitativos desde el

17 Véase el principio número 14 del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos, (OIT, 2007 y International labour migration. A rights-based approach (OIT, 2010, .p.3).

18 La expresión de migración ilegal es un término negativo y muchas veces injusto, ya que muchos migrantes entran en el país de acogida con documentación válida, pero posteriormente se convierten en irregulares de forma sobrevenida. La Comisión de Expertos ha interpretado que la igualdad de trato afecta igualmente a los migrantes irregulares que son comparados en la medida de lo posible con los migrantes en situación regular. De este modo se permite que los trabajadores migrantes irregulares reciban igualmente protección respecto de los derechos derivado del trabajo efectivamente prestado. (Organización Internacional del trabajo, 2014).

punto de vista del trabajo decente¹⁹.

Los programas actuales de migración laboral temporal desarrollados por los Estados no dan respuesta a la demanda permanente de trabajadores migrantes e impiden con carácter general que los trabajadores migrantes puedan afincarse definitivamente en el país de empleo. Estos programas de migración temporal y circular deberían respetar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales. Especialmente, la migración irregular no es solamente una cuestión de orden público, sino que supone la necesidad de implementar vías alternativas de regulación que tengan en cuenta la realidad de las relaciones jurídico privadas existentes. Desde luego, las políticas de regularización pueden ser una vía de fomento del trabajo decente, evitando situaciones de abuso y explotación. Asimismo, pueden reducir el margen de acción de las prácticas discriminatorias, sin olvidar, su importante repercusión en la reducción de la economía informal y la declaración del trabajo asalariado que es una fuente de ingresos para la Seguridad Social por la vía de las cotizaciones sociales²⁰. Se trataría, en definitiva, de un mecanismo que asegura el aumento de la protección y evita la no discriminación, reconociendo situaciones de igualdad de derechos.

La OIT desarrolla programas y acciones dirigidos a la protección de los trabajadores migrantes, que derivan de la aplicación de los derechos fundamentales internacionales en el trabajo, contemplados en los convenios internacionales específicos y generales. Ello supone promover condiciones para asegurar que los flujos migratorios laborales se desarrollen garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, reconociendo la importante contribución que dichas migraciones suponen, especialmente, en los países de destino, ya que contribuyen al crecimiento económico y a la creación del bienestar.

19 Asimismo, es preciso destacar las acciones de la OIT dirigidas a la promoción del trabajo decente por países, que han incluido la igualdad como objetivo esencial para el logro de condiciones laborales dignas. Actualmente, los programas de la OIT sobre trabajo decente e igualdad de género han reforzado progresivamente en los últimos años la inclusión de la perspectiva de las migraciones. Uno de los objetivos esenciales de los programas es el desarrollo e intercambio de conocimientos y experiencias en relación a la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos programas se configuran igualmente como planes de acción dirigidos a armonizar las legislaciones nacionales a los convenios de la OIT, salvando los problemas existentes relativos a la aplicación del principio de no discriminación en el trabajo. Sin duda, en este contexto cobra especial importancia la vigilancia de la OIT del nivel de seguimiento de los convenios internacionales, especialmente por medio de los órganos de seguimiento de los tratados internacionales, así como por los propios mecanismos especiales existentes en Naciones Unidas sobre la observancia de las prácticas nacionales derivadas de los tratados internacionales.

20 En este sentido, conviene recordar la proyección de la regularización de trabajadores migrantes en época de bonanza, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. (Consejo de Europa, 2008).

LA GARANTÍA DEL ACCESO A LOS DERECHOS Y A LA PROTECCIÓN JURÍDICA EN LOS ESTADOS DE RESIDENCIA

El convenio núm. 97 de la OIT centra su atención en la migración internacional para el empleo y garantiza la protección contra la discriminación de los trabajadores migrantes (art. 6). Concretamente, los Estados tendrán que garantizar asistencia a las personas migrantes que se encuentren legalmente en el país de acogida, sin que quede espacio para la discriminación por razones de nacionalidad, raza, religión o sexo, lo que impide la posibilidad de conceder un trato menos favorable del dispensado a los propios nacionales (art. 6.1). No obstante, este mismo precepto condiciona, con gran flexibilidad, el reconocimiento de la cláusula de igualdad y no discriminación al hecho de que el tratamiento en materia de condiciones de trabajo y empleo, vivienda, seguridad social, etc., esté reglamentado por la legislación o dependa de las autoridades administrativas del Estado en cuestión [art. 6.1 a)].

Según la interpretación de la Comisión de Expertos, la exigencia de igualdad de trato y de oportunidades contenida en el Convenio núm. 97 (art. 6), no solamente se proyecta sobre el trabajador migrante, sino que igualmente es extensiva a sus familiares que se encuentren legalmente en el Estado de acogida. El convenio obliga a los Estados a mantener un servicio gratuito apropiado (art. 2), que preste ayuda a los trabajadores migrantes en el acceso al empleo, que en muchos casos podrá convivir con servicios privados de contratación y colocación a los que el Convenio no se refiere, lo que implica que los servicios gratuitos serán, generalmente, los servicios públicos de empleo. Dicho instrumento, junto a la Recomendación núm. 86, intenta suprimir las desigualdades de trabajo derivadas de la acción de los poderes públicos en su actuación administrativa (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer & Rodríguez-Piñero Royo, 2004, p. 550). Por tanto, estamos ante la previsión de una actuación de los Estados dirigidas a facilitar las migraciones laborales mediante servicios de asistencia de naturaleza gratuita, que proporcione información a los trabajadores migrantes.

De este modo, se prohíben formalmente las desigualdades de trato entre los trabajadores migrantes en situación regular y los trabajadores nacionales, sin establecer diferencias entre los casos de las migraciones temporales o permanentes (arts. 6 y 8). Por tanto, se trata el fenómeno de las migraciones laborales en su conjunto y de forma genérica²¹, es decir, con carácter general. El convenio núm. 97 garantiza la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, cuando estos se encuentren de forma regular en el país de prestación de servicios (art. 6.1), abarcando esta garantía al beneficio de los derechos laborales (libertad sindical,

21 Incluso el convenio se aplica a los migrantes refugiados y desplazados siempre que éstos trabajen en el país de acogida. (Organización Internacional del trabajo, 2014, apartado 101)

limitación de la jornada, descansos, salario suficiente, etc.) y la protección social, así como el derecho de acceder a la formación y a la promoción profesional, y se aseguran las condiciones para poder ejercer el derecho de reunificación familiar. En este sentido, se intenta facilitar las condiciones de salida, el viaje y la propia admisión de las personas migrantes, sin que puedan tener un trabajo menos favorable que sus nacionales. Con todo, las reglas de extranjería relativas a la admisión y las exigencias de residencia legal se definirán por los propios Estados y podrán contemplar reglas especiales que ofrezcan un mejor tratamiento en función de la existencia de Convenios bilaterales o multilaterales.

El problema más importante de los trabajadores migrantes reside en la segregación profesional, que es ciertamente un claro ejemplo de discriminación en la ocupación. Por ello, incluso superado el difícil *hándicap* del acceso al empleo, los trabajadores migrantes encuentran posteriormente importantes desventajas en el empleo y la ocupación. En este punto, debemos señalar la relevancia del Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, de 1958 (núm. 111). Dicho convenio protege a todos los trabajadores contra la discriminación, es decir, como medio de reacción ante “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” [art. 1, a)]. La protección se dispensa a pesar de que la nacionalidad no se encuentra entre los motivos de discriminación prohibidos expresamente [art. 1.a) Convenio 111 OIT]. Ello se debe a que la persona migrante se encuentra excluida o tratada desfavorablemente en razón a las causas prohibidas por el convenio, es decir, debido a la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, el origen social o la ascendencia nacional (Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 50; International Labour Organization, 2001)²².

La OIT insiste por medio de sus órganos de control que los trabajadores migrantes estén igualmente protegidos por este instrumento, máxime cuando se encuentren especialmente afectados por ser víctimas prototípicas de la discriminación en el empleo y la ocupación (International Labour Organization, 2001, pp. 349-395)²³. Los Estados que han ratificado dicho convenio tienen que aplicar políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y de trabajo, eliminando todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El problema afecta especialmente a los trabajadores migrantes con menos recursos y perfiles profesionales poco cualificados. Generalmente, los trabajadores migrantes

22 En especial, las observaciones individuales sobre los convenios núms. 97 y 111, pp. 349-395.

23 OIT, (2004), Second item on the agenda: Date, place and agenda of the 95th Session (2006) of the International Labour Conference, Governing Body, 289^a session, Sesión, marzo, GB.289/2, Ginebra, párrafos 8-15.

altamente cualificados, cuyas competencias son reconocidas en el país de destino encuentran menos problemas en la práctica y suelen tener más garantías para poder realizar una prestación de servicios permanente (Organización Internacional del Trabajo, 2007b, p. 27)²⁴.

Los trabajadores migrantes son víctimas de discriminación, en muchos casos en el acceso al empleo, así como durante la dinámica de las relaciones de trabajo. Especial reflexión merecen las barreras formales e informales existentes en el acceso al empleo. Con carácter general, la OIT advierte del alto grado de discriminación existente en el mercado laboral de los países industrializados respecto de los trabajadores migrantes. Estudios de la OIT demuestran que más de uno de cada tres trabajadores migrantes que aspiraban a un puesto fueron injustamente excluidos de la selección (Organización Internacional del Trabajo, 2003, p. 27). En relación a la ocupación, indudablemente la crisis económica ha producido en la práctica un aumento de las diferencias en el empleo entre trabajadores migrantes y nacionales. El objetivo de la OIT es promover condiciones de trabajo digno ante el problema de la segregación de los trabajadores en determinadas ocupaciones donde no se precisa un alto grado de cualificación (Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 84)²⁵. Según los estudios de la OIT, el desarrollo de condiciones de trabajo y empleo injustas se aplican tanto en países industrializados²⁶ como en vía de desarrollo, y esto hace referencia a los bajos salarios, a las largas jornadas, a las condiciones insalubres, o a la exclusión del trabajador extranjero del comité de empresa por ser nacional del país de la empresa, a los supuestos de denegación de protección social (por ejemplo, denegar las bajas laborales por enfermedad o el problema de acceso a las prestaciones sociales en los casos de trabajo clandestino o por la temporalidad de las prestaciones laborales)²⁷.

24 Por ejemplo, en Estados Unidos generalmente los puestos de alta dirección están ocupados por personas de raza blanca mientras que los grupos étnicos minoritarios están infrarrepresentados. También las mayores cotas de desempleo recaen sobre las poblaciones indígenas en Latinoamérica, lo cual también se aprecia en condiciones salariales (siendo la brecha salarial mayor) derivadas de trabajos precarios e informales. Dichos colectivos no pueden acceder a trabajos formales, siendo ello un claro ejemplo de discriminación social. Véase *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación: Guía sobre el Convenio núm. 111* (Organización Internacional del Trabajo, 2008, p. 3).

25 Consultese también *Handbook on establishing effective labour migration policies in countries of origin and destination* (2006), párrafos 150 a 165.

26 En la Unión Europea, los casos registrados de explotación de trabajadores migrantes incluyen alegaciones de acoso, largas jornadas laborales en condiciones insalubres, la denegación de bajas por enfermedad y salarios bajos. (Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 40). Y ello a pesar de que en el ámbito europeo se ha aprobado la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se configura un marco normativo general destinado a favorecer el trato igualitario en el empleo y la ocupación.

27 En este punto, destaca la respuesta de la OIT en su asistencia a los Estados miembros con el fin de eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación. (Organización Internacional del Trabajo, 2007a).

El Convenio núm. 143 de la OIT refuerza la necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migrantes (art. 1), protección que deberán asegurar los Estados, independientemente del carácter regular o irregular de la residencia del trabajador migrante²⁸. Por tanto, el convenio contempla la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos básicos de los trabajadores migrantes, protegiendo a las personas migrantes que residen en el país de destino. Sin duda, el principal problema consiste en interpretar hasta dónde alcanza la defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Deberíamos entender que el derecho de igualdad de trato y de oportunidades sería esencial y el centro de gravedad en el objeto de la protección. Sin embargo, el propio Convenio núm. 143 contempla un tratamiento diverso al tema de la igualdad.

La primera parte del Convenio se refiere a las migraciones en condiciones abusivas, en este punto, el art. 1 garantiza expresamente el respeto de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Sin duda, y desde la óptica de la igualdad de trato y de oportunidades, el Convenio núm. 143 presta especial atención a la protección de los trabajadores migrantes que sufren condiciones de empleo y trabajo abusivas, y lucha contra la migración clandestina, así como contra la migración en situación irregular (art. 3). Los Estados están obligados a combatir las situaciones de empleo ilegal, así como erradicar las migraciones promovidas en régimen de clandestinidad²⁹. Por tanto, en estas cuestiones se garantiza la igualdad de forma expansiva, abarcando a trabajadores regulares o irregulares, ya que el bien protegido es la propia libertad y dignidad de la persona. El Convenio núm. 143 pretendía, en su momento, actualizar la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones, especialmente al problema de la migración irregular que en los años setenta convivió con una época de crisis económica y de empleo.

El Convenio es ambicioso, ya que garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en situación irregular en sus derechos básicos de empleo, especialmente en materia salarial por los trabajos anteriormente prestados (art. 9), y permite un ámbito de protección concreto en los casos de pérdida sobrevenida del empleo que no puede dar lugar a la pérdida del permiso de residencia o de trabajo y, por tanto, el trabajador no podrá ser considerado en situación irregular (art. 8). En materia de seguridad social, la protección en esta primera parte reconoce a los trabajadores migrantes regulares, pero aquellos que se encuentren sobrevenidamente de forma irregular, solamente tendrán derecho a la protección

28 Es importante resaltar, una vez más, que esta referencia a los trabajadores migrantes en el art. 1 del Convenio núm. 143 se refiere a los migrantes cuya situación se encuentra regularizada o no. (Potobsky, 1984, p. 343)

29 En este sentido, se ha indicado que dicho efecto deriva directamente del incumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores. (Gil y Gil, 2009, p. 252).

por sus derechos de seguridad social derivados de empleos anteriores en régimen regular. Por tanto, en esta primera parte del Convenio vemos cómo la garantía de protección de los derechos humanos no alcanzaría plenamente a la acción protectora de Seguridad Social.

En la segunda parte del Convenio núm. 143 los Estados signatarios se comprometen a aplicar una política nacional orientada a promover y asegurar la igualdad de oportunidades y de trabajo para los trabajadores migrantes y sus familiares (art. 10). Específicamente, esta parte dedicada monográficamente a la igualdad de oportunidades y de trato (arts. 10-14) contempla restrictivamente la aplicación del principio a los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren en situación regular conforme a las normas de extranjería del país de acogida (art. 10), sin hacer referencia expresa al tratamiento diferencial en función de la residencia temporal o permanente. La referencia a los vínculos familiares implica que los Estados firmantes se comprometen a facilitar la reagrupación familiar en relación al trabajador migrante que tiene residencia legal.

El tratamiento de la igualdad en la parte segunda del Convenio supone un avance respecto el Convenio núm. 97, ya que la igualdad no se refiere solamente a la igualdad de trato, sino que tiene un ámbito mayor de acción refiriéndose a la igualdad de oportunidades en las relaciones privadas. Este instrumento, así como la Recomendación núm. 151, suponen un cambio importante respecto del Convenio núm. 97, ya que el objetivo no gravita tanto en eliminar el posible trato desigual por la acción de la Administración (especialmente por parte de los servicios públicos de empleo), sino garantizar la igualdad de trato y de oportunidades, y suprimir las posibles discriminaciones también en las relaciones jurídico privadas (Organización Internacional del trabajo, 2014). En este sentido, destaca la garantía de reglas relativas a la libertad de trabajo como medida a favor de la igualdad, permitiendo que los trabajadores migrantes puedan cambiar de empresario una vez transcurridos como mínimo dos años (art. 14). Esto es un mecanismo importante que evita posibles abusos empresariales. Efectivamente, facilita la movilidad en el mercado de trabajo y permite buscar otra colación asegurando una situación de indemnidad laboral. Con carácter general, la obligación de permanecer con el empleador por períodos muy largos puede dar lugar a que el empleador pueda, de forma injustificada, presionar a su empleado, amenazándolo con dejar de renovar el contrato en función de su situación administrativa de residencia y de la correspondiente autorización para el trabajo.

El Convenio núm. 143 asegura la ausencia de discriminación en el acceso al empleo, así como el desarrollo de la relación laboral, el derecho de sindicación y se garantiza la igualdad en el acceso a derechos básicos como la educación y la formación profesional con el fin de conseguir la promoción personal y profesional (arts. 8 y 12). En este sentido, y en comparación

con el convenio de 1949, se produce un avance en la garantía de la igualdad, al referirse a la igualdad de oportunidad y de trato en el empleo y la ocupación, los derechos sindicales y, en general, a las libertades individuales y colectivas, que son aplicables a los trabajadores migrantes o a los miembros de sus familias con residencia legal. Asimismo, se garantiza el derecho a la protección social asegurando la igualdad de trato, pero condicionado a la situación legal del trabajador migrante (art. 10). Esto conecta el Convenio núm. 143 con los convenios generales de la OIT relativos a la Seguridad Social que se refieren a la adquisición, conservación y, en su caso, exportación de los derechos de Seguridad Social (vid infra).

MEDIDAS INTERNACIONALES CONTRA EL TRABAJO FORZOSO, EL TRABAJO INFORMAL Y LAS CONDICIONES LABORALES INJUSTAS

Los trabajadores migrantes en muchas ocasiones se ven forzados a desarrollar trabajos precarios y actividades desarrolladas mediante el autoempleo en la economía informal. En muchos casos el autoempleo informal es una salida casi natural ante las barreras que encuentran los migrantes en el mercado de trabajo³⁰. El empleo precario representa múltiples problemas y los trabajadores migrantes se muestran especialmente condicionados a aceptar dichos empleos que implican contratos devaluados y remuneraciones bajas. Estas circunstancias sitúan a este tipo de trabajo en condiciones de subempleo presidido por el deterioro de las condiciones laborales.

La precariedad laboral ha cobrado un protagonismo especial en los contextos de crisis económica y del empleo. Según Naciones Unidas, la pérdida del empleo de las personas migrantes les ha obligado a buscar nuevas vías de ingresos, recurriendo así al autoempleo³¹ y al empleo subordinado precario proveniente de la economía informal. Este nuevo espacio a la economía informal impide promover políticas eficaces para remover las situaciones injustas (Harriss-White, 2003) y, lo que es más grave, nuevos espacios sustraídos del ámbito de aplicación de las legislaciones laborales y de Seguridad Social. Ello supone un obstáculo efectivo a la extensión de las políticas de igualdad y dificulta la interdicción de la discriminación.

30 La OIT viene reiteradamente advirtiendo del crecimiento de la economía informal y del trabajo no declarado y sin protección. (International Labour Organization, 2010, pp. 79-80).

31 Incluso, cabe alertar del acceso de las personas migrantes al autoempleo declarado. Estamos, ante una nueva manifestación de trabajo precario por medio del autoempleo. El trabajo por cuenta propia ha aumentado, siendo en la práctica una vía disuasoria de la protección laboral y social del trabajo por cuenta ajena, que implica un alto coste económico para las empresas. Ciertamente, se trata de empleo formal desde el punto de vista normativo, pero en la práctica bajo esta figura se pueden ocultar trabajos propios de la economía informal, donde la remuneración es baja y las condiciones laborales se caracterizan por su contenido precario. Asimismo, los peligros de este tipo de trabajo afectan especialmente a la cobertura de los riesgos sociales, ya que en muchos países no se articulan mecanismos de tutela suficientes para el trabajo por cuenta propia.

Especialmente, el trabajo temporal afecta a los trabajadores migrantes debido a que, generalmente, los trabajadores nacionales ocupan trabajos indefinidos. La OIT ha destacado el aumento considerable de los empleos temporales, y en muchos casos se producen fenómenos de temporalidad de carácter cíclico o, incluso, casos de relaciones temporales cuasi permanentes que sitúan a las personas migrantes en condiciones concretas de vulnerabilidad. Esto supone ocupar trabajos con contratos de corta duración, de duración temporal e incierta, o contratos temporales sometidos a sucesivas renovaciones que se conjugan con interrupciones contractuales. En definitiva, situaciones en muchos casos injustificadas que suponen un abuso de derecho y que implican la imposibilidad de garantizar un trabajo decente.

El convenio OIT núm. 122 de 1964 contempla un sistema que orienta a los Estados sobre la adopción de disposiciones normativas que eliminen la pobreza y fomenten el desarrollo de políticas de empleo orientadas a la no discriminación. El objetivo es estimular políticas de empleo neutras, en las que no exista margen a la discriminación respecto a los trabajadores nativos. Sin duda, pobreza y discriminación se encuentran irremediablemente relacionadas y, en este sentido, la política de empleo puede dar lugar a una respuesta efectiva desde la equidad y la justicia social. Esto no solo desde la perspectiva subjetiva del propio colectivo migrante, sino también como medida de beneficio para el propio mercado de trabajo nacional mediante la mejora de las competencias y las aptitudes de sus miembros. Ello presume irremediablemente la necesidad de adecuar los servicios de empleo y el contenido de la formación profesional teniendo en cuenta la situación particular de los trabajadores migrantes. Igualmente, los colectivos de trabajadores migrantes deberían tener más facilidad al recurso de los servicios de acceso al empleo que prestan, por ejemplo, las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Se trata de un aspecto sumamente importante dada la fuerte presencia de los trabajadores migrantes en el trabajo temporal³².

La libertad de trabajo está igualmente reconocida en los convenios específicos núms. 97 y 143 de la OIT anteriormente analizados, ya que el tema se refiere a la propia libertad de movimientos, residencia, derecho al trabajo y a la elección de empleo en condiciones justas, así como al respeto de la libertad sindical, el derecho de asociación y el acceso a la seguridad social (especialmente a la protección por desempleo). Con carácter general, los trabajadores migrantes encuentran obstáculos al ejercicio libre de la profesión deseada, debido a la existencia de modelos de segregación ocupa-

32 Ciertamente, las políticas de empleo deberían prestar especial atención a los trabajadores migrantes en relación a los trabajos temporales con alta carga estacional. Máxime si tenemos en cuenta las dificultades de acceso de los migrantes a los servicios de las agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. En este sentido, se resalta la importancia del objetivo, dado “el declive del papel del Estado en el mundo del trabajo y la mayor relevancia de las agencias privadas de contratación”. (Gil y Gil, 2009, p. 251).

cional. Los trabajadores migrantes siguen trabajando en líneas generales en sectores específicos y ocupan puestos de baja cualificación profesional.

Aún existen formas de trabajo de las personas migrantes que incumplen la libertad de trabajo y afectan a la propia dignidad de la persona. La libertad de trabajo es un presupuesto básico para el desarrollo de los derechos humanos en el trabajo y supone en la práctica la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso o servidumbre³³ que sigue siendo un obstáculo en la aplicación de principio de igualdad de trato y protección contra la discriminación. Se trata, pues, de una de las principales preocupaciones de la OIT (Organización Internacional del Trabajo, 2005, p. 14). Muchas personas son forzadas a migrar, en muchas ocasiones bajo falsas expectativas y son sometidas a condiciones de explotación laboral. Además, es preciso indicar que el trabajo forzoso afecta, principalmente, a mujeres y niños³⁴, población aún más vulnerable dentro del colectivo de trabajadores migrantes, lo cual es un claro ejemplo de antítesis a la noción de trabajo decente³⁵.

El convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 (núm. 157) aborda el tema de las relaciones entre el trabajo forzoso y la discriminación racial, social o religiosa. En este mismo sentido, es preciso apuntar la proyección del Convenio sobre la población indígena y tribal de 1957 (núm. 107), que fue posteriormente sustituido y actualizado en 1989. El Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169) continúa con la tendencia de su predecesor. No cabe duda que en la actualidad en el trabajo forzoso subyacen claros vínculos con las prácticas de discriminación racial, social o religiosa (vid. infra). En este sentido, conviene indicar que en muchos casos los trabajadores migrantes en situación irregular son más propensos a verse afectados por el trabajo forzoso, especialmente el derivado de la trata de personas. Ello supone que en muchas ocasiones el desarrollo del trabajo forzoso no es más que un efecto derivado de su situación irregular en el país de acogida y de su

33 En relación al estudio en la práctica de los colectivos de migrantes víctimas del tráfico y trata de personas. Véase *International labour migration. A rights-based approach* (International Labour Organization, 2010, pp. 102-103). No debemos olvidar que si bien es cierto que la esclavitud y el comercio de esclavos se prohibieron formalmente en el año 1880, no cabe duda que aún hoy existen prácticas de trabajo forzoso.

34 En muchos casos, se trata de un problema inherente al propio desarrollo de la delincuencia organizada transnacional, especialmente significativa en el caso de la trata de mujeres y niños. En este sentido, debemos apuntar la proyección del Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

35 En relación al tema del trabajo forzoso de los trabajadores migrantes como efecto de la trata transfronteriza de personas véase: *Alto al trabajo forzoso* (2001, p. 55); *Alianza contra el trabajo forzoso* (Organización Internacional del Trabajo, 2005, p. 77); *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación*. Guía sobre la legislación y su aplicación (Organización Internacional del Trabajo, 2006b, p. 51).

imposibilidad de poder ejercer su libertad de trabajo y de conseguir oportunidades en condiciones de igualdad. Se trata, en definitiva, de trabajos desarrollados sin derechos laborales básicos, trabajos no declarados, que pertenecen al ámbito de la economía sumergida que ampara situaciones de empleo ilegal (Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 84).

La protección jurídica a favor del trabajo digno implica no solo luchar contra el abuso en el acceso al empleo, sino también en el respeto a condiciones de trabajo justas. En este sentido, tiene especial importancia la garantía de un salario digno. La igualdad de remuneración del convenio núm. 100 de 1951 obliga a los Estados a aplicar una política de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor realizado por los trabajadores y trabajadoras. Si bien es cierto que el Convenio tiene un ámbito subjetivo de aplicación general, especialmente tienen como sujetos beneficiarios a los trabajadores migrantes³⁶. De igual forma que sucedía en el convenio 111, en el convenio 100 la nacionalidad no se prevé expresamente entre los motivos de discriminación, aunque debido a su eficacia normativa general se aplicaría a nacionales y no nacionales con independencia de su estatus. Asimismo, conviene indicar la fuerte proyección del convenio núm. 100 sobre la igualdad salarial entre hombres y mujeres, ya que su objetivo es promover la igualdad en materia salarial y eliminar las discriminaciones en el trabajo. En este sentido, no debemos olvidar la fuerte presencia de la mujer en las migraciones, quienes sufren los problemas de la brecha salarial por partida doble.

El Convenio núm. 100 de la OIT ha sido ratificado por un gran número de Estados y en los últimos años se ha producido un aumento significativo de las ratificaciones. Con todo, según la OIT, aún existen muchos países que carecen en sus legislaciones laborales de disposiciones que contemplen la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. Actualmente, los esfuerzos se centran en seguir proyectando el contenido del Convenio núm. 100 de la OIT en las legislaciones nacionales y, fundamentalmente, en la correcta recepción de la garantía de la igualdad en la remuneración por un trabajo de igual valor. Este principio tuitivo e innovador supone que la comparación en términos salariales no se hace de forma genérica respecto de un trabajo análogo, sino que se pone énfasis en la referencia al contenido similar del propio trabajo. Las legislaciones nacionales aún se refieren, en términos comparativos, a un trabajo idéntico o similar, sin incluir la noción de trabajo de igual valor, que como estamos observando es un concepto mucho

36 Una vez empleados los trabajadores migrantes perciben bajos ingresos derivados de prácticas de discriminación salarial, así como debido a la segregación ocupacional en trabajos peor remunerados que les sitúa en condiciones de pobreza. Véase: La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse (Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 8); International labour migration. A rights-based approach (International Labour Organization, 2010, pp. 47-48).

más tuitivo. Por tanto, el problema reside en la falta de comprensión de la diferencia entre los conceptos de igual remuneración por trabajos iguales o similares y de igual remuneración por trabajos de igual valor. Ello puede dar lugar a supuestos de discriminación salarial que pueden ser directas, si se refieren a trabajos iguales o similares o, en su caso, indirectas, si la comparación se realiza con trabajos diferentes, pero de igual valor³⁷. Se trata de un problema grave que produce profundas diferencias con relación a la ordenación salarial.

En este sentido, la OIT considera que una de las formas de combatir la diferencia salarial es la introducción de salarios mínimos en las legislaciones³⁸, así como fomentar cláusulas salariales en la negociación colectiva que contemplen salarios mínimos en sectores y ocupaciones con mayor presencia femenina. Por ejemplo, en el Reino Unido desde la introducción en 1999 del salario mínimo se ha avanzado significativamente en términos de igualdad salarial. Efectivamente, una política de salarios mínimos (legales y convencionales) podría contribuir a la reducción de las diferencias salariales, sobre todo, en los estratos inferiores de la estructura salarial que son precisamente los ámbitos donde las mujeres trabajadoras migrantes sufren las prácticas discriminatorias por motivos de género.

EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES RESPECTO DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Los trabajadores migrantes siguen encontrando problemas de acceso a la protección social. Estos trabajadores sufren un déficit de protección ligado, generalmente, a la breve duración de las relaciones de trabajo, a la brecha salarial presente en las condiciones salariales y a los períodos de trabajo informal y no declarado que se sitúan al margen de la protección social, a todo esto se une el insoslayable problema de los obstáculos al acceso y mantenimiento de las situaciones regulares de residencia y las autorizaciones administrativas para trabajar. Se trata de una serie de factores que en muchas ocasiones suponen la imposibilidad de acceder a las prestaciones sociales en el país de destino. Esto implica la posibilidad de excluir a los trabajadores migrantes de la protección social debido a que en muchos casos la respuesta social se limita a situaciones de corto plazo, unida a la estancia temporal, lo que impide en muchos casos la transferencia de prestaciones como el desempleo o prestaciones a largo plazo como la jubilación, incapacidad permanente o la viudedad.

37 La OIT ha insistido en este sentido en combatir la discriminación directa e indirecta por motivos de género en la remuneración. (Organización Internacional del Trabajo, 2009).

38 Para profundizar en el tema véase: La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse (Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 26); La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean (Organización Internacional del Trabajo, 2007b, p. 29); La hora de la igualdad en el trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2003, p. 62).

En materia de seguridad social, los convenios de la OIT contemplan cláusulas técnicas relativas a la igualdad de trabajo entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes. El convenio núm. 102 de 1952 garantiza el principio de igualdad de trato entre los nacionales y migrantes en relación con todas las ramas de la seguridad social (art. 68) (parte XI). Este convenio básico de Seguridad Social de la OIT se refiere al principio de igualdad de forma flexible, dado que se permite excluir a los trabajadores migrantes cuando las prestaciones, o una parte de las mismas, se abonen en su totalidad con cargos a fondos públicos. Estamos, pues, en presencia de una regulación de *soft law* internacional, que permite informar y complementar la normativa nacional de *hard law*, especialmente a los efectos de extender los derechos de protección social (Supiot, 2006). En este sentido, debemos indicar que una respuesta más intensa al reconocimiento del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social se complementa en otros Convenios de la OIT.

Con carácter general, el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) garantiza el principio de igualdad de trato, respetando el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Los trabajadores migrantes necesitan un régimen especial de protección que garantice sus derechos en los desplazamientos transnacionales. Es especialmente importante la necesidad de asegurar el acceso a la cobertura social y la equiparación con los trabajadores nacionales en relación con el derecho a las prestaciones sociales. La proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce con relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Esto está en sintonía con la respuesta ofrecida por parte de los Convenios específicos de la OIT, especialmente, el Convenio núm. 143 de la OIT (*vid supra*).

Del mismo modo, el convenio núm. 118 asegura el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones sociales. Los trabajadores migrantes deben tener garantizado los derechos adquiridos en el Estado de empleo, pudiéndose exportar las prestaciones al abandonar el país donde se aportó a nivel contributivo. Asimismo, otro elemento esencial es la posibilidad de poder acumular y totalizar los derechos adquiridos en diferentes países donde se ha trabajado y aportado a los sistemas públicos de seguridad social³⁹. El convenio núm. 118 obliga a

39 En materia a la conservación y exportación de los derechos de seguridad social generados en el país de empleo, Véase: Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices (Holzmann, Koettl, & Chernetsky, 2005). Documento preparado para el Programa de investigación y análisis político de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales.

los Estados a asegurar la provisión de prestaciones en el extranjero en una rama específica para sus propios nacionales y para los nacionales de cualquier otro Estado, siempre y cuando haya aceptado las obligaciones del convenio para una rama concreta de protección social.

Precisamente, los problemas de igualdad de trato residen, en muchos casos, en la conservación de los derechos o en curso de adquisición, que permite ser beneficiario de derechos con independencia del traslado a otro país. En este punto, es especialmente importante la acción del convenio sobre invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 núm. 128, que reconoce la garantía de los derechos adquiridos. Con todo, y a pesar del reconocimiento formal del derecho a la exportación de prestaciones sociales al extranjero desde la óptica de la igualdad de trato, conviene indicar que la exportación efectiva está condicionada al tipo de prestación de seguridad social y del país que tiene que reconocer la transferencia de la protección. Sin embargo, el convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) articula un sistema de reconocimiento entre Estados, respecto de sus nacionales que ejercen en régimen de igualdad el acceso y disfrute de la acción protectora⁴⁰. El convenio núm. 157 de la OIT de 1982, relativo a la conservación de los derechos en materia de seguridad social, garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos de seguridad social con independencia de que los trabajadores trasladen su residencia de un país a otro, mantenimiento de derechos que se garantiza a los nacionales de los demás Estados partes del convenio. Tanto el Convenio núm. 157 como la Recomendación núm. 167 de 1983 que le acompaña, impulsan el principio de igualdad en la medida en que se configura un sistema internacional que permite el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, asegurando el acceso a prestaciones generadas en el extranjero cuando regresen a su país de origen. En este sentido, la conservación y exportación del desempleo respecto de los trabajadores migrantes temporales es el supuesto de acción protectora que más problemas plantea desde el punto de vista del reconocimiento entre Estados.

Según el Convenio núm. 157, el reconocimiento del Estado que haya ratificado el convenio y la protección efectiva se dispensará a los trabajadores migrantes, siempre que el Estado del ciudadano que pretende acceder de la protección sea igualmente parte del convenio sobre igualdad de trabajo en seguridad social. En esta línea, el Convenio núm. 19 de la OIT, de 1925 sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo, prevé igualmente la exportación de las prestaciones para extranjeros trabajadores cubiertos por el convenio, aunque una vez más cuando el Estado que ratifique con-

40 Concretamente, en materia de prestaciones de seguridad social, la acción protectora se divide en nueve ramas diferentes, es decir, asistencia médica y prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, familiares, maternidad, invalidez y supervivientes.

temple, asimismo, dicha exportación de beneficios para sus propios nacionales. Todo esto nos sitúa ante la proyección del principio de reciprocidad que rige en las relaciones internacionales bilaterales. Estamos ante un objetivo que depende de mecanismos institucionales que permiten la coordinación entre los sistemas nacionales de seguridad social⁴¹. Estos acuerdos bilaterales o multilaterales, especialmente de ámbito regional, permiten, en definitiva, reforzar la cobertura de los riesgos sociales y asegurar la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social. En este sentido, podemos destacar como modelo ejemplo el de la Unión Europea relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, que contempla un marco jurídico específico que garantiza ampliamente la transferibilidad de los derechos en materia de seguridad social para los nacionales tanto de la Unión Europea como de terceros países⁴².

CONCLUSIONES

Primera.- La lucha por el trabajo digno de las personas migrantes

La finalidad esencial de la protección de los trabajadores migrantes es la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables. La OIT fomenta el desarrollo de marcos normativos que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Se considera que esta es la mejor forma de reducir la exclusión social y la pobreza que generan nuevas formas de desigualdad. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas, ligadas a la dignidad de la persona. Ello implica la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente.

41 El propio Convenio núm. 157 de la OIT prevé la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la seguridad social y, en este sentido, la recomendación 167 de la OIT contempla el modelo de disposiciones relativas a dichos acuerdos internacionales, que permiten ampliar los mecanismos de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social.

42 En materia de seguridad social de los trabajadores migrantes destacamos el Reglamento CEE núm. 1408/71, que sustituyó al Reglamento CEE núm. 3/1958 del Consejo, de 29 de diciembre de 1958. Asimismo, debemos tener en cuenta el Reglamento CE núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que se configura como Reglamento base, reformado parcialmente por el Reglamento núm. 988/2009, de 16 de septiembre. Igualmente, el Reglamento CE núm. 987/2009, de 16 de septiembre, se configura como nuevo Reglamento de aplicación completando la regulación comunitaria en la materia.

Segunda.- la tutela de los trabajadores migrantes desde la perspectiva de los derechos humanos

El enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Dicha posición ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global. Desde luego, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales.

Tercera.- Cohesión social y lucha contra la pobreza en el ámbito de las migraciones laborales

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza. La pobreza y la exclusión social están presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral, y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo. Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad depende de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Cuarta.- El problema del acceso al empleo protegido y con derechos

Desde el punto de vista de la protección del trabajo migrante, la protección se orienta a los trabajadores que encuentran en el acceso al empleo y en la ocupación prácticas discriminatorias ligadas a su condición migrante, cuyas relaciones se ven sometidas a elevadas dosis de precariedad laboral. El fenómeno de las migraciones laborales está en conexión con los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. Los trabajadores migrantes ocupan generalmente empleos que no se logran cubrir con los trabajadores nacionales, y en su incorporación y actuación en el mercado de trabajo pueden encontrar diversas barreras formales o informales. Dichos obstáculos impiden en la práctica el acceso a un trabajo digno y justo.

Quinta.- La igualdad y no discriminación como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona

La protección del trabajo migrante, desde la perspectiva de la igualdad, la no discriminación, es un efecto derivado de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales del trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas independientemente del Estado al que pertenezcan y, por tanto, son derechos que disfrutan los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde prestan servicios. La OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación.

La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes, asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Concretamente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes.

Sexta.- La protección de los trabajadores migrantes desde la perspectiva de los convenios específicos 97 y 143 de la OIT

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes garantizan el principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por estas respecto de los trabajadores nacionales. Las normas contenidas en los convenios 97 y 143 OIT definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migratorio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales.

Los convenios específicos 97 y 143 OIT configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades. Estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se

complementan a efectos de tutela con otros convenios de la OIT generales como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social.

Séptima.- La respuesta a la migración irregular ante la ausencia de una normativa adecuada

El actual tratamiento de las migraciones laborales implica la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal), que es el término generalmente aceptado por la OIT, y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación de extranjería en el país de empleo no se encuentran formalmente regularizada. Se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentran en situación irregular. En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Actualmente, en la normativa específica de la OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular.

REFERENCIAS

- Akire, S., & María, S. (2010). *Acute multidisciplinary poverty: A new index for developing countries*. Oxford: OPHI Working Paper No. 38.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2016). *Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*. Ginebra: Organización Internacional del trabajo.
- Consejo de Europa. (2008). *Regularisation Programmes for Irregular Migrants, Doc. 11350*. Brussels.
- Fitzpatrick, J. (2003). The Human Rights of Migrants. En *Migration and International Legal Norms* (pp. 169-184). The Hague: Asser Press.
- Garofalo, L. (2007). Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario. En *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea* (pp. 9-18). Bari: Cacucci Editore.
- Gil y Gil, J. (2009). Los trabajadores migrantes y la OIT. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 241-264.
- Gil y Gil, J., & Ushakova, T. (1999). La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Documentación laboral*, 99-112.
- Harriss-White, B. (2003). La desigualdad en el trabajo en la economía

- informal. Cuestiones esenciales y ejemplos. *Revista Internacional del Trabajo*, 507-518.
- Hepple, B. (2011). *Equality: The New Legal Framework*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Holzmann, R., Koettl, J., & Chernetsky, T. (2005). *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices*.
- International Labour Organization. (2001). *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), Report III (Part 1A)*. Geneva: International Labour Organization.
- International Labour Organization. (2007). *Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach*. Geneva: International Labour Organization. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/briefingnote/wcms_203885.pdf
- International Labour Organization. (2010). *International labour migration. A rights-based approach*. Geneva: ILO. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/meetingdocument/wcms_222548.pdf
- Jandl, M. (2004). The estimation of illegal migration in Europe. *Migration Studies*, 141-155.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2003). Superar la pobreza mediante el trabajo, Memoria del Director General. *Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Alto al trabajo forzoso*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *La hora de la igualdad en el trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2004). *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe VI*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2005). *Alianza Global contra el Trabajo Forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

- Organización Internacional del Trabajo. (2006a). Recomendación 198.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006b). *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2007a). *Seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: prioridades y programas de acción para la cooperación técnica relativa a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2007b). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2007c). *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2008). *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación: Guía sobre el Convenio núm. 111*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *La igualdad de género como eje del trabajo decente, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Estudio General sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (núm. 86), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/questionnaire/wcms_250261.pdf
- Organization for Security and Co-operation in Europe IOM; International Organization for Migration; International Labour Office. (2006). *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination*.
- Potobsky, G. (1984). Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 332-352.
- Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (2004). The principle of equality in the labour market: reflections on the

spanish model. En *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis* (pp. 525-541). Atenas: BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant.

Supiot, A. (2006). El lugar de la Seguridad Social en el sistema de normas internacionales de trabajo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 129-136.

Vittin-Balima, C. (2002). Trabajadores migrantes. En *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global* (pp. 130-171). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

PROBLEMÁTICA LABORAL EN LOS CENTROS GERONTOLÓGICOS EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN

Juan Guillermo Espinal*

Recibido: Febrero 26 de 2019

Aprobado: Abril 30 de 2019

RESUMEN:

Los centros gerontológicos, en un gran porcentaje, están constituidos como Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), cuya naturaleza es desarrollar su objeto social bajo el criterio de la prestación altruista de servicios básicos a los adultos mayores, con el fin de que estos adultos logren vivir sus últimos años en condiciones de dignidad, en lugar de favorecer el lucro personal de quienes desarrollan la actividad. Este aspecto de obrar sin ánimo de lucro, lleva a que una gran mayoría de estos centros no cuenten con los recursos suficientes para desarrollar sus actividades, de tal manera que sean cubiertas todas las necesidades que tienen los usuarios. Esta situación conduce a que muchas de las funciones que deben cumplir los profesionales y expertos que tienen a su cargo la atención y el cuidado de los adultos mayores no tengan una clara separación de sus funciones ni tampoco que sobre ellos se aplique una contratación laboral adecuada, ya que muchas veces se superponen sus funciones con las de otros auxiliares, trayendo como consecuencia una prestación del servicio inadecuada. Del mismo modo que la contratación por horas, por prestación de servicios o por labor, les niega una estabilidad laboral, esto obliga

Citar este trabajo como: Guillermo Espinal, J. (2019). Problemática laboral en los centros gerontológicos en la ciudad de Medellín. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 54-80. <https://doi.org/10.29375/01208578.3579>

* Abogado de la Universidad de Medellín. Magíster en Historia de la Universidad de Antioquia. Docente investigador del grupo de investigación Orbis Iuris, Facultad de Derecho, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas sede Medellín. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8555-4253>. Correo electrónico: juan.espinal@uam.edu.co

a que acudan a contratar, paralelamente, con otras entidades o a dedicar mucho de su tiempo en otras actividades, con lo cual se pierde no solo la especialización en los servicios ofertados sino el sentido humano de un cuidado permanente de los usuarios. Lo anterior se convierte en un obstáculo más para brindar una adecuada prestación de los servicios y para la estabilidad y permanencia de los centros gerontológicos.

Palabras clave: Centro gerontológico; contratación laboral; funciones específicas; déficit presupuestal.

LABOR PROBLEMS AT GERONTOLOGY CENTERS IN THE CITY OF MEDELLÍN

ABSTRACT:

A large percentage of gerontology centers are constituted as non-profit organizations (NPO), and it is their nature to expand their corporate purpose under the criteria of providing altruistic basic services for the elderly in order to help them live out their last years with dignity, rather than to favor personal gain for those who engage in the activity. This aspect of operating as a non-profit organization drives many such centers to lack sufficient resources to develop their activities and fully cover all the needs of their users. Consequently, many of the duties to be fulfilled by professionals and experts responsible for the care and attention of the elderly are neither clearly stipulated nor covered by adequate employment contracts, as many time the duties of these practitioners merge with those of other assistants, thereby resulting in an inadequate provision of service. Just as hiring on an hourly basis or contracting for service provision or work denies them job stability, this forces practitioners to turn to other entities for additional employment, or to spend much of their time on other activities, which not only obfuscates the specialization of the services provided, but also the human sense of permanent care for the users. This situation then becomes one more obstacle in providing adequate services, as well as for stability and permanence at the gerontology centers.

Keywords: Gerontology center; employment contract; specific functions; budget deficit

QUESTÕES TRABALHISTAS NOS CENTROS DE GERONTOLOGIA NA CIDADE DE MEDELLÍN

RESUMO:

Os centros de gerontologia, em grande porcentagem, são constituídos como Entidades Sem Fins Lucrativos (ESAL), cuja natureza é desenvolver seu objeto social sob o critério da prestação altruísta de serviços básicos aos idosos, para que estes adultos vivam seus últimos anos em condições de dignidade e não para favorecer o ganho pessoal daqueles que desenvolvem a atividade. O Trabalho sem fins lucrativos leva a que uma grande maioria desses centros não possuam recursos suficientes para desenvolver suas atividades e cobrir as necessidades dos seus usuários. Esta situação leva aos profissionais e especialistas encarregados dos cuidados dos idosos a não ter uma claridade nas suas funções nem condições trabalhistas adequadas, já que muitas vezes se sobrepõem suas funções às de outros trabalhadores, resultando numa prestação de serviços inadequada. Da mesma forma, a contratação por horas ou pela prestação de serviços lhes impede uma estabilidade no emprego, forçando-os a buscar contratos paralelos ou a dedicar seu tempo a outras atividades, com o qual perde-se não só a especialização dos serviços oferecidos, mas o sentido de cuidado humanizado permanente para os usuários. O exposto torna-se um obstáculo para prover uma adequada prestação de serviços e para a estabilidade e permanência dos centros de gerontologia.

Palavras-chave: Centros de gerontologia, condições de trabalho, funções específicas, déficit orçamentário

INTRODUCCIÓN

La investigación sobre las necesidades jurídicas, sociales y económicas de los centros gerontológicos en la ciudad de Medellín se realizó entre los años 2013 y 2015 ante la innegable realidad de que más del 10% de la población del municipio es mayor de sesenta y cinco años, y que la proliferación de centros gerontológicos en la ciudad corresponde a esta situación social. Lo anterior hizo necesario indagar sobre la calidad de los servicios que reciben los adultos mayores en los centros gerontológicos constituidos como Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), con el fin de determinar la pertinencia de ofrecer alternativas a las dificultades que se presentan en la conformación y el desarrollo de este tipo de instituciones.

Para llevar a cabo dicha investigación, se adelantó una metodología mixta con énfasis en lo cuantitativo, ya que se buscaron los elementos fácticos que dieran cuenta de las actividades que se llevan a cabo en las instituciones, tomando como referente las condiciones de satisfacción de las perso-

nas que laboran con estas. Esto llevó a observar que uno de los aspectos más relevantes que surgieron de la investigación es la problemática laboral, la cual está relacionada, fundamentalmente, al tipo de contratación que se adelanta en los centros gerontológicos frente a los profesionales y expertos que desarrollan actividades encaminadas a lograr el equilibrio físico y psicológico de los usuarios de los centros; problemática que está ligada a la observancia de si cumplen o no, de una manera correcta, las funciones que les corresponden en su calidad de expertos en un área de las ciencias médicas y/o sociales o si, por el contrario, sus funciones se ven desvirtuadas cuando tienen que asumir actividades que corresponden a otros profesionales o expertos, dado que, debido a los déficit económicos en los cuales se encuentran estas instituciones, su contratación puede no garantizar sus derechos laborales y llevar a que en sus actividades deban realizar funciones para las cuales no están capacitados.

Esta problemática se hizo evidente a través de la investigación, lo que llevó a plantear que deben tomarse pautas fundamentales para establecer un manual de funciones con el objetivo de orientar a los directivos de los centros, a los trabajadores, a los usuarios y sus familias acerca de cuáles son las condiciones laborales que deben imperar en los centros gerontológicos, y cuáles son las funciones que le deben ser asignadas a cada uno de los profesionales y expertos que laboran en este tipo de instituciones, esto con el propósito de alcanzar niveles de eficacia en la prestación de los servicios que garanticen a los adultos mayores una condición de vida digna una vez que lleguen a un centro gerontológico con la intención de permanecer en él.

CONTRATACIÓN LABORAL EN LOS CENTROS GERONTOLÓGICOS

Los centros gerontológicos, como toda institución, bien sea sin ánimo de lucro (ESAL) o con ánimo de lucro, deben acogerse a los criterios de ley para la vinculación laboral de las personas que trabajarán en el logro del objeto social propuesto. Es por ello que, en un comienzo, podría decirse que lo ideal fuese que las personas que se vinculen con los centros lo hiciesen bajo la modalidad de contrato laboral indefinido o, cuando menos, contrato laboral a término definido. Lo cierto es que, dadas las condiciones económicas de muchos centros y las funciones específicas que prestan muchas de las personas que tienen a su cargo el cuidado de los adultos mayores, los centros se ven forzados, en muchos casos, a realizar contrataciones especiales mediante la modalidad de prestación de servicios o contratos por obra o labor terminada. En consecuencia se hace necesario entender, en primer lugar, cuáles son las personas que realizan trabajos tendientes a prestar servicios a los adultos mayores en los centros especializados de cuidado, comúnmente denominados centro gerontológicos.

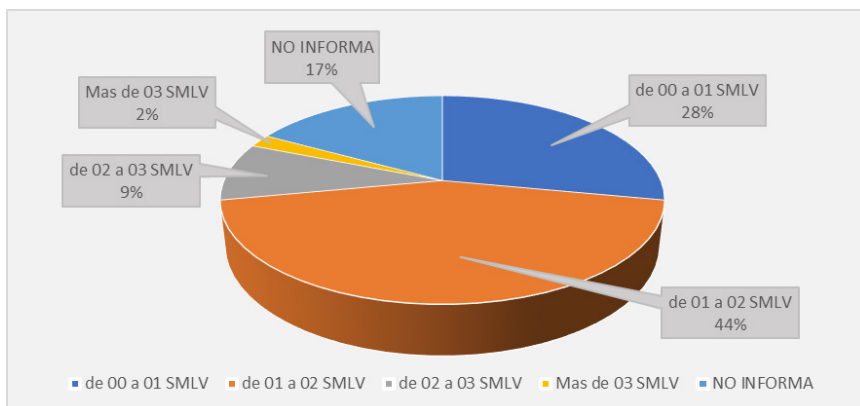
Un aspecto relevante es que debe contarse con una planta administrativa compuesta, cuando menos, por un director y una secretaria, personas que deben estar vinculadas bajo la modalidad de contrato fijo, preferencialmente a término indefinido; sin embargo, en la institución se necesitarán otras personas para desarrollar labores permanentes, y que por tanto su contratación deberá hacerse bajo el mismo tipo de contrato laboral. Tal es el caso de los vigilantes y las personas que tienen a su cargo la alimentación y los oficios varios, dado que prestan una labor continua al servicio de la institución.

Además de estas personas que, dadas las características de la labor desempeñada, deberán tener una vinculación permanente con los centros, existe una serie de especialistas que deben atender a los usuarios en horarios específicos, y cuya contratación formal puede ocasionar situaciones deficitarias en muchas de estas instituciones que no cuentan con recursos suficientes, tal como se desprende de los resultados de la investigación que muestran que el 72% de las entidades encuestadas reciben en promedio menos de dos salarios mínimos mensuales por paciente atendido (Ver gráfico número 1) , lo que es insuficiente para la atención integral del paciente, al tiempo que manifiestan que solo el 29% de ellos reciben ayuda alguna por parte de instituciones privadas y que ninguno de ellos recibe ayuda de los organismos gubernamentales, dado que en muchos entes territoriales tienen sus propios centros de atención estatal y que, además, la labor de los centros gerontológicos constituidos como ESAL es altruista y, por lo tanto, no cuentan con recursos propios que puedan permitir un desarrollo idóneo de las actividades en torno al cuidado, atención y manutención de los adultos mayores.

De estos especialistas, cuya labor es indispensable para una adecuada prestación de los servicios de los centros gerontológicos, cabe resaltar

Gráfico Número 1.

Ingresos mensuales a los centros gerontológicos por paciente atendido

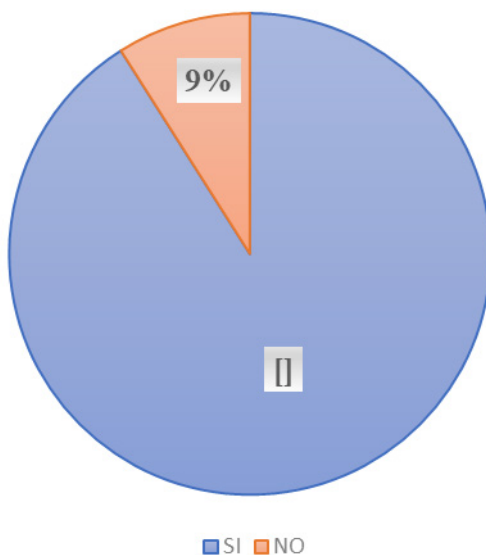


la labor de médicos, enfermeras, fisioterapeutas, recreacionistas, psicólogos, expertos en gerontología, terapia, respiratoria y odontología, por solo nombrar algunos fundamentales. Estos profesionales y expertos deberán ser contratados por las instituciones con el fin de que presten sus servicios, dado que de no mediar una relación laboral las demandas en contra de los centros podrían constituirse en un factor económico que llevaría al fracaso la destinación de los pocos recursos existentes.

Lo más idóneo sería que estos profesionales y expertos fuesen contratados a término indefinido o, cuando menos a término fijo, con el propósito de garantizar no solo su estabilidad laboral sino la prestación permanente de los servicios a los usuarios; sin embargo, debido al alto precio económico que esto representa y que, obligatoriamente, debe sumarse a los costos fijos y variables como arriendo, servicios públicos, alimentación y medicamentos, entre otros, se ha convertido en una costumbre la contratación de forma, si no totalmente irregular, sí mediante contratos por prestación de servicios o por obra o labor, con lo cual la estabilidad laboral de quienes prestan servicios en los centros es muy inestable debido que, según información suministrada por los centros gerontológicos encuestados solo el 9% de las personas que laboran en dichas instituciones se ve altamente vulnerada, sobre todo cuando al ser consultados sobre la vinculación a la seguridad social de las personas que laboran con los centros el 9% están afiliadas de manera formal a la seguridad social (Ver Gráfico número 2) con lo cual se pone en peligro, no solo la estabilidad

Gráfico número 2

Porcentaje personal de los centros gerontológicos vinculados a la Seguridad Social



económica de los trabajadores y sus familias sino el funcionamiento mismo de los centros que pueden verse abocados a denuncias frente al no pago oportuno de los aportes de ley.

Si bien este margen está indicando que hay una preocupación por parte de las autoridades de los centros en la formalización de las personas que trabajan en las instituciones, no deja de ser preocupante, dado que este es un ítem en el cual debe existir una cobertura universal, puesto que de la no formalización de la planta laboral se desprenden obligatoriamente consecuencias funestas para el desarrollo económico de la institución que incumple sus obligaciones laborales, consecuencias tan funestas que pueden llevar incluso al cierre del establecimiento. Este es un punto neurálgico al cual debe prestársele mucha atención.

Esta situación ha llevado a que se presente un nivel de atención deficiente de estos servicios en muchos de los centros gerontológicos, dado que la contratación de las labores que prestan estos profesionales y expertos depende de la capacidad económica del centro, por lo tanto, por solo citar algunos de estos rangos de desatención, se debe tener presente las falencias que se hacen evidentes en los resultados de la investigación como podrá observarse de los datos suministrados por los centros encuestados, tomando solo algunos rangos que brinden una ilustración sobre el tema, como podría ser, a manera de ejemplo, falta de contratación de un equipo permanente de recreacionistas (Ver gráfico número 3) encargados de procurar un disfrute sano a estas personas que cuentan con todo el tiempo libre y para las cuales el esparcimiento se convierte en un factor fundamental para alcanzar un equilibrio físico y mental.

Este es un aspecto a mejorar debido a que la recreación es uno de los aspectos más necesarios en el equilibrio mental y en la recuperación anímica de los usuarios. Si a los inconvenientes propios de la vivencia en un centro gerontológico se le suman aspectos relacionados con el tedio y la falta de diversión, que es fundamental sobre todo a la gran cantidad de tiempo del cual disponen los usuarios, se pueden presentar episodios depresivos y otro tipo de traumas de orden psicológico que irían en detrimento de los adultos que residen en el lugar.

En este mismo rango de importancia debe colocarse la atención en fisioterapia para los usuarios de los centros debido a que las terapias para la recuperación física son indispensables cuando se piensa en una atención integral. El hecho de que solo la cuarta parte de los centros tengan terapia permanente es un indicio de una mala atención, sobre todo cuando cerca el 45% de las instituciones reconocen la falta total de prestación de este servicio (Ver gráfico número 4) que, junto con la atención médica, psicológica y de enfermería se constituye en uno de los ejes centrales de una vida digna en la institución.

Gráfico número 3

Porcentaje de contratación de recreacionistas en los centros gerontológicos

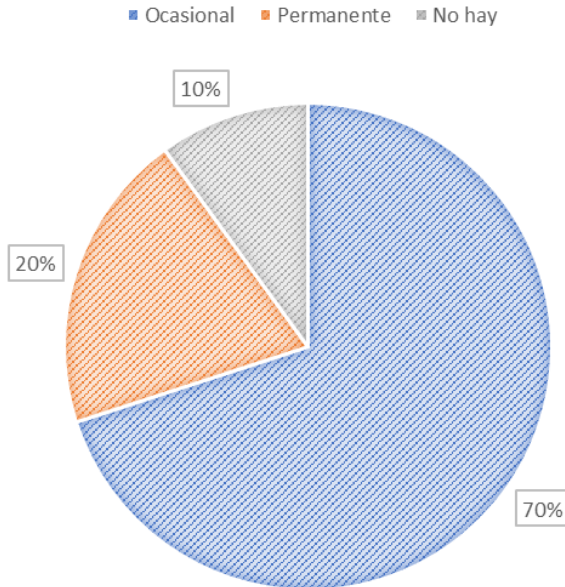
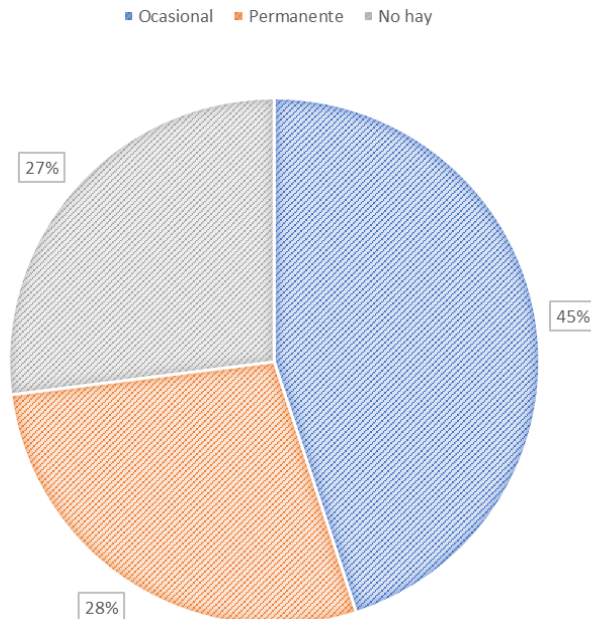


Gráfico número 4

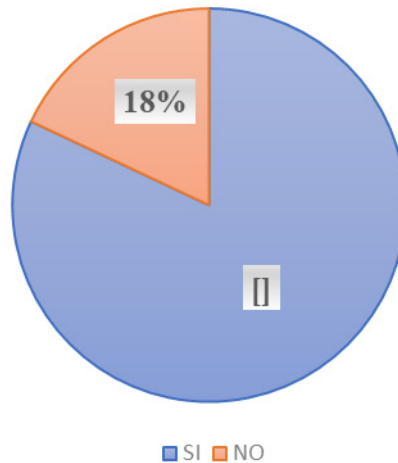
Porcentaje de contratación fisioterapeutas en los centros gerontológicos



Otro aspecto que es preocupante hace relación a la cantidad y calidad del personal que es contratado por los centros gerontológicos en la ciudad de Medellín ya que, según datos derivados de la información suministrada por los directivos de dichos centros prácticamente uno de cada cuatro centros encuestados manifiesta carecer del personal suficiente para una adecuada atención de los usuarios (Ver gráfico número 5), lo cual es un indicativo de baja calidad en la prestación de los servicios. Este es un aspecto que debe ser mirado cuidadosamente puesto que influye directamente en la calidad de vida de los adultos mayores.

Gráfico número 5

¿La cantidad y calidad del personal es suficiente para una adecuada atención del Centro?



Ante estas falencias que se desprenden de la información recolectada se hace evidente que la falta de personal permanente en las instituciones se constituye en uno de los mayores inconvenientes para un desarrollo adecuado de las actividades a realizar, lo cual redundaría en la falta de calidad en la prestación de los servicios que se da a los usuarios, lo que hace necesario entrar a establecer si una adecuada contratación podría mejorar estos estándares de calidad en la atención.

Para ello es necesario definir las funciones que cumplen estos profesionales y expertos que prestan servicios complementarios a los administrativos y de atención médica permanente, con el fin de plantear la pertinencia de la contratación por prestación de servicios o, si por el contrario, los centros gerontológicos deberán hacer un mayor esfuerzo e incorporar a dichos profesionales y expertos como trabajadores vinculados a las instituciones bajo la modalidad de contrato de trabajo, ya sea a término fijo o a término indefinido. Con esto se lograría no solo la estabilidad laboral

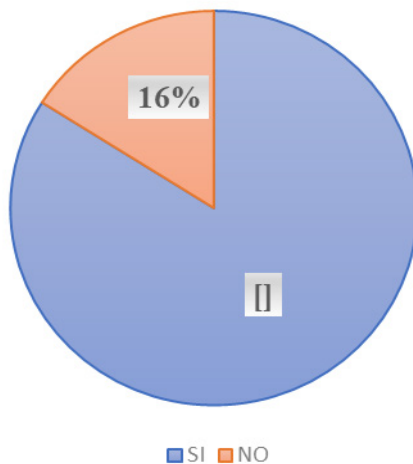
de estos profesionales sino también, asegurar la calidad en la prestación de los servicios.

FUNCIONES DE LOS PROFESIONALES Y EXPERTOS AUXILIARES EN LA ATENCIÓN DEL ADULTO MAYOR

A pesar de que la norma establece que el manual de funciones es uno de los requisitos esenciales para establecer las condiciones mínimas en cuanto al manejo de personal en los centros gerontológicos (Resolución 8333 de 2004 de la Secretaría de Salud de Antioquia), no todos los centros lo tienen establecido puesto que el 16 por ciento de las instituciones encuestadas manifiestan no tener establecidos los manuales de funciones del personal (Ver gráfico número 6), lo cual genera un desorden que puede afectar la prestación de los servicios. Este es un aspecto en el cual debe buscarse una universalidad, dado que si los funcionarios tienen claras las funciones que deben cumplir, se alcanza un equilibrio en la prestación del servicio que redundará en beneficio de la atención a los usuarios.

Gráfico número 6

Porcentaje de centros gerontológicos que cuentan con un manual de funciones



Razón por la cual se hace necesario establecer claramente cuáles son las funciones que deben cumplir los profesionales y expertos auxiliares en los centros gerontológicos, con el fin de determinar la conveniencia o no, en términos de calidad, en la prestación de los servicios de una contratación formal en el campo laboral. Para esto se elaboraron en la investigación recuadros resaltando las principales funciones que deben cumplir dichos profesionales.

A continuación se presenta un esquema genérico de cuáles deberán ser las funciones mínimas a cumplir por los diferentes servidores de los Centros gerontológicos; se advierte que no están incluidas todas las profesiones y oficios que podrían llegar a emplearse en dichas instituciones, y que las funciones que se presentan no son una obligación de ley sino simplemente un ejemplo que incluye, de manera general, las principales actividades que debe desarrollar cada una de las personas involucradas en el cuidado de los adultos mayores, siendo potestativo de las directivas de los centros aplicarlas en su totalidad, ampliarlas o restringirlas, conforme a las necesidades propias de cada institución.

Cargo: médico

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Médico
Área	Salud
Nivel de estudios	Profesional
Jefe inmediato	Director (a) del Centro.

Funciones generales

Deberá velar por la salud física de los usuarios y controlar los medicamentos y demás elementos que sean necesarios para el logro de este objetivo conforme a las políticas establecidas por el Centro.

Funciones y tareas específicas

1. Debe realizar el reconocimiento médico de los usuarios que llegan al Centro, elaborando la historia clínica y prescribiendo los tratamientos pertinentes para lograr su rehabilitación y prevenir que pueda desmejorarse su condición.
2. Informar a los familiares y demás interesados acerca del estado de salud de los adultos mayores que son atendidos en la Institución.
3. Participar con otros integrantes del área de la salud y demás involucrados en el proceso y en la programación de actividades grupales e individuales que contribuyan al mejoramiento general de los usuarios.
4. Atender tanto a los usuarios como al personal que pertenece al Centro, en caso de urgencia.
5. Si considera que el Centro no está en capacidad de atender en forma debida a un adulto mayor, deberá remitirlo inmediatamente a un centro hospitalario o de salud que esté habilitado para realizar el tratamiento.

6. Deberá, además, supervisar las dietas alimenticias y los menús que se suministran a los pacientes, y preocuparse por las condiciones sanitarias del Centro, toda vez que estos son factores que tienen gran incidencia en la estabilidad de los pacientes.

Cargo: auxiliar de enfermería**NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO****MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO**

Cargo	Auxiliar de enfermería
Área	Salud
Nivel de estudios	Técnico profesional
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Funciones generales:

Realizar las labores propias del cargo Auxiliar de enfermería mediante la prestación de los servicios primarios de salud a los usuarios, contribuyendo así con el objeto social de la organización.

Funciones y tareas específicas:

El Auxiliar de enfermería del área de salud deberá:

1. Atender y orientar a los usuarios de la institución de acuerdo con sus necesidades y expectativas, garantizando el cumplimiento de las políticas institucionales y normativas de salud.
2. Cumplir y velar con las normas de prevención relacionadas con infecciones nosocomiales que puedan presentarse al interior de la institución.
3. Suministrar los tratamientos médicos a los usuarios de acuerdo con la prescripción médica del caso.
4. Generar actividades y prácticas saludables en el ambiente de trabajo.
5. Trasladar a los usuarios a las citas médicas, exámenes y controles de salud en la institución requerida, según el nivel de atención.
6. Cuidar integralmente a los usuarios en condiciones críticas de salud, según su estado y de acuerdo con el criterio emitido por el médico.
7. Responder por la utilización adecuada del material, equipos y medicamentos al igual que controlar sus existencias.
8. Llevar en forma correcta y actualizada los registros (kardex y notas de enfermería) e historias clínicas de los pacientes.

9. Asistir a las reuniones programadas por la institución.
10. Participar activamente en los procesos de cultura organizacional programados por las directivas del Centro.
11. Aplicar y mantener actualizados los procedimientos establecidos para el desarrollo de las actividades a su cargo.
12. Informar oportunamente a la Dirección de la institución las anomalías que se presenten en los servicios de enfermería.
13. Realizar baño asistido a los ancianos.
14. Prestar servicios de primeros auxilios a los ancianos que lo requieran.
15. Realizar control de los signos vitales a los ancianos.
16. Esterilizar, preparar y mantener en perfecto estado de limpieza el material, equipo y los elementos de enfermería, así como el sitio de trabajo.
17. Brindar educación en salud al anciano institucionalizado.
18. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por su jefe inmediato y que sean afines con las de su cargo.

Cargo: psicólogo

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Psicólogo
Área	Salud
Nivel de estudios	Profesional
Jefe inmediato	Director (a) del Centro.

Funciones generales

Propender por la estabilidad emocional y mental de los usuarios del Centro mediante la aplicación de técnicas y tratamientos que permitan su restablecimiento frente a desajustes propios de la edad y de las situaciones a las cuales pueda conllevar la internación en el Centro y el alejamiento de su entorno familiar.

Funciones y tareas específicas

1. Realizar una valoración de cada usuario al momento de ingresar al Centro, con el fin de establecer un diagnóstico de su salud física y mental, y así determinar los criterios de atención que se deberán seguir en cada caso particular.
2. Mantener actualizados los expedientes y las historias de vida de todos los pacientes a su cargo.

3. Procurar el fomento de la autoestima y el autocuidado por parte de cada uno de los adultos mayores residentes en el Centro.
4. Atender de manera individual a cada uno de los usuarios que el equipo de trabajo considere que necesite una atención personal e individualizada.
5. Atender a los usuarios que de manera voluntaria se acerquen en busca de ser escuchados y orientados.
6. Hacer seguimiento permanente de todos y cada uno de los adultos mayores a su cargo.
7. Establecer políticas y criterios que minimicen los conflictos que puedan presentarse entre usuarios, acudientes, empleados y directivos.
8. Todas aquellas otras actividades relacionadas con su ejercicio que les sean asignadas por las directivas del Centro.

Cargo: nutricionista

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Nutricionista
Área	Salud
Nivel de estudios	Profesional o técnico universitario
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Funciones generales

Desempeñar labores profesionales como nutricionista para contribuir con el cumplimiento del objeto social del Centro, esto mediante la realización y el seguimiento de procesos y actividades comunitarias, clínicas y administrativas relacionadas con los diferentes niveles de atención, promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de los usuarios de la Institución.

Funciones y tareas específicas

El nutricionista del Centro deberá:

1. Aplicar las normas y procedimientos adoptados por el Centro en todos los campos relacionados con nutrición y alimentación.
2. Brindar atención nutricional a usuarios institucionalizados y en consulta ambulatoria y, así, promover hábitos de vida saludable.
3. Elaborar minutas de nutrición de acuerdo con el presupuesto establecido por el Centro y conforme a las diferentes patologías de los usuarios de la Institución.

4. Evaluar y hacer seguimiento periódico a aquellas actividades relacionadas con el área de alimentación del Centro.
5. Presentar de forma periódica al superior inmediato un informe que contenga los resultados relacionados con el desarrollo de los programas de nutrición y del servicio de alimentación.
6. Planificar, organizar, dirigir, controlar y evaluar las actividades relacionadas con el servicio de alimentación mediante la implementación de medidas que permitan la capacitación del personal asignado a esta área.
7. Formular y presentar ante la Dirección del Centro un plan estratégico y uno operativo que tiendan hacia la optimización de los recursos disponibles para el área de Alimentación.
8. Realizar el seguimiento periódico a los planes estratégicos y operativos, previa aprobación de la Institución.
9. Participar de forma activa y propositiva en los procesos de cultura organizacional del Centro, especialmente en lo que concierne con procesos, riesgos, controles, calidad y documentación de la memoria institucional, de acuerdo con las directrices y parámetros impartidos por las instancias directivas.
10. Diligenciar de forma completa la historia nutricional de los usuarios de la Institución de acuerdo con los formatos establecidos y con letra legible
11. Aplicar y mantener actualizados los procedimientos establecidos para el desarrollo de las actividades a su cargo.
12. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el jefe inmediato y sean afines con las funciones básicas y específicas.

Cargo: fisioterapeuta

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Fisioterapeuta
Área	Salud
Nivel de estudios	Profesional o técnico universitario
Jefe inmediato	Director (a) del Centro.

Funciones generales

El fisioterapeuta deberá establecer ciclos de ejercicios para lograr el proceso de rehabilitación de los usuarios procurando evitar que se presenten discapacidades y pérdidas funcionales, para esto utilizará equipamiento y ejercicios que permitan que se potencialice el sistema músculo esqueléti-

co y que se minimicen las discapacidades de las personas atendidas conforme a las políticas establecidas por el Centro.

Funciones y tareas específicas

1. Definir y realizar los tratamientos que considere pertinentes para lograr la rehabilitación de los usuarios.
2. Colaborar con los otros integrantes del equipo del área de salud en la realización de pruebas y valoraciones relacionadas con su especialidad profesional.
3. Realizar un seguimiento permanente de los tratamientos aplicados y de la evolución de los pacientes.
4. Ejercer un control permanente de la evolución de los pacientes y de los tratamientos aplicados en aquellos eventos en los cuales el servicio se presta por fuera del Centro.
5. Actualizar su conocimiento frente a los recursos existentes en el ámbito territorial que puedan ser utilizados por la Institución para el mejoramiento del servicio prestado a los usuarios.
6. Participar activamente en los procesos interdisciplinarios que sean convocados por la Institución.
7. Informar a los familiares de los usuarios sobre los procesos y técnicas que deben aplicarse a los usuarios en el evento que se encuentren por fuera del Centro.
8. Prestar asesoría a los profesionales y funcionarios que deben tratar con los usuarios en aquellos aspectos que tengan que ver con el campo de las fisioterapias.
9. Participar en las reuniones institucionales en las cuales se haga evaluación y seguimiento de los procesos.
10. Otras actividades conexas que sean requeridas por las directivas del Centro.

Cargo: gerontólogo

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Gerontólogo
Área	Gerontología
Nivel de estudios	Profesional o técnico universitario
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Función general

Garantizar que el servicio y la atención suministrada al usuario adulto mayor sea acorde con su proceso de envejecimiento y vejez. La gerontóloga debe tener en cuenta que el usuario en su condición de adulto mayor presenta múltiples cambios que inciden en su comportamiento, de allí la importancia de ofrecer una atención integral (humana y profesional) que permita valorar la relación existente entre los aspectos funcionales, mentales y sociales como pilares de un conocimiento más amplio que garantice una mejor intervención.

Funciones y tareas específicas

1. Mantener al día toda la información de los usuarios con sus respectivos protocolos, en particular:
 - a. Ficha de ingreso
 - b. Ficha gerontológica
 - c. Ficha de autonomía gerontológica
 - d. Test Minimental
 - e. Evolución gerontológica
2. Además, el Gerontólogo debe cumplir con las siguientes funciones que contribuyen con el cumplimiento del objeto social del Centro:
 - a. Vigilar que la atención a los usuarios en salud, nutrición y acompañamiento psicológico sean adecuados y oportunos.
 - b. Controlar de forma periódica los signos vitales de los usuarios.
 - c. Suministrar los medicamentos prescritos.
 - d. Coordinar con la nutricionista que la alimentación que reciban los usuarios sea adecuada y balanceada.
 - e. Hacer seguimiento periódico a los cambios en el estado de ánimo de los usuarios.
3. Gestionar la documentación que requiera el usuario mediante la realización de los siguientes procesos:
 - a. Renovar cédulas.
 - b. Tramitar o renovar el SISBEN.
 - c. Colocar denuncias ante las instancias pertinentes.
4. Vigilar que el auto-cuidado diario de los usuarios sea adecuado por medio de actividades que conlleven hacia buenos procesos de:
 - a. Aseo personal
 - b. Vestuario
 - c. Ejercicio físico
 - d. Alimentación

5. Coordinar a un equipo de trabajo que vele por la permanencia de un ambiente armónico, agradable e higiénico al interior del Centro a través de:
 - a. Aseo periódico y protocolizado en las habitaciones.
 - b. Garantizar el orden de las pertenencias.
 - c. Realizar sugerencias de decoración con colores agradables y llamativos.
 - d. Hacer recomendaciones para que las instalaciones cumplan con criterios como seguridad y firmeza.
6. Realizar un plan de trabajo que incorpore medidas periódicas que permitan conservar al máximo la autonomía tanto física como mental del adulto mayor mediante:
 - a. Actividades físicas (como caminatas y paseos).
 - b. Actividades lúdicas.
 - c. Terapia ocupacional.
 - d. Actividades que mejoren o estabilicen la parte cognitiva de los usuarios.
 - e. Charlas educativas.

Cargo: ayudante de gerontología

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Ayudante de gerontología o Cuidador de adulto mayor
Área	Gerontología
Nivel de estudios	Bachiller
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Función general:

Prestar los servicios de atención personalizada a los usuarios en aquellas actividades en las cuales se requiere una ayuda personal como son la ayuda para levantarse de la cama, el aseo personal en aquellas actividades que no son posibles realizarlas de manera independiente por el usuario como el lavado de personas encamadas, el servicio de duchas, la afeitada y, en general, todas las actividades para las cuales el residente no está capacitado de una realización personal independiente.

Realizar las labores operativas propias de su cargo para contribuir al cumplimiento del objeto social del Centro mediante la prestación de servicios a los usuarios de la tercera edad.

Funciones y tareas específicas

1. Desarrollar sus actividades de acuerdo con el cumplimiento estricto de los parámetros de vestuario exigidos para el porte de su uniforme (guantes, botas, etc.).
2. Tener a la mano los útiles de aseo personal necesarios para los usuarios: jabón, crema dental, enjuague bucal, cepillo de dientes y desodorante.
3. Tener disponible la ropa de cada usuario y fijarse que se encuentre en buen estado.
4. Disponer de los respectivos implementos de cama tales como: sábanas, fundas, toallas de baño y limpienes.

Funciones y tareas particulares:

Para aquellas funciones específicas en el cuidado de los usuarios deberá:

1. Trabajar en equipo.
2. Llevar bolsas negras grandes para depositar en estas los pañales desechables.
3. Bañar de forma independiente a cada usuario utilizando los implementos de aseo y paños para estregarlos; luego del baño sacarlos bien cubiertos con su toalla para vestirlos.
4. Garantizar que los usuarios entren al baño calzados.
5. Prestar la ayuda para que aquellos usuarios con discapacidades motrices cuenten con las herramientas necesarias (silla de ruedas, bastones, caminadores, etc.)
6. Recoger la ropa sucia, la cual debe salir clasificada de acuerdo con el siguiente protocolo:
 - a. Pijamas
 - b. Plásticos
 - c. Ropa interior
 - d. Sábanas y cobijas que hayan sido contaminadas con residuos fisiológicos deben ser puestas en el recipiente destinado para ello.
7. Sacar la ropa sucia a la lavandería.
8. Sacar las papeleras y llevarlas al lugar de las basuras.
9. Lavar los baños diariamente y desinfectarlos de acuerdo con la siguiente fórmula: Hipoclorito de sodio al 3.5% o 4% o a 500 partes por millón (p.p.m.); 10 cm cúbicos de hipoclorito por litro de agua; esta misma fórmula debe aplicarse para el lavado de los tapetes, traperos y limpienes.
10. Barrer, trapear, desinfectar y sacudir el salón.

11. Guardar la ropa limpia que no se necesite en la zona de ropas del sótano.
12. Repartir la alimentación de media-mañana a las 10:30 A.M.
13. Llevar a los usuarios incontinentes al servicio sanitario cuando lo requieran.
14. Garantizar de forma frecuente el aseo de los usuarios incontinentes, así como su respectivo cambio de pañal.

Además, el personal responsable de la atención a los adultos mayores deberá:

- a. Darle el alimento a los usuarios que tienen dificultades para comer por sí mismos.
- b. Acostar a los usuarios al medio día, para su reposo.
- c. Colocar cortinas oscuras en las ventanas para facilitar el descanso y, así, los usuarios puedan dormir.
- d. Dejar a los usuarios no autónomos con su pijama puesta; fijarse que todos tengan pijamas y acostarlos.
- e. Sacar las sillas de los baños para evitar accidentes.
- f. Repartir vasos, platos y calzado a cada usuario.
- g. Colaborar en la repartición de alimentos.
- h. Brindar ayuda en el arreglo del comedor y el servicio de alimentación, de acuerdo con los protocolos establecidos por el Centro.
- i. Traer los pocillos a cada salón para el tinto en la mañana.
- j. Asistir a los programas de actualización programados por la institución.
- k. Responder por la calidad en la prestación de sus servicios.
- l. Conservar siempre los buenos hábitos y normas higiénico-sanitarias.
- m. Responder por la conservación, mantenimiento y buen uso del material y equipo que tiene a su cargo.
- n. Velar por la presentación personal de los usuarios.
- o. Ejecutar las demás tareas que le sean asignadas por su jefe inmediato y sean afines con las funciones básicas establecidas.

NOTA: Las funciones 6-7-8-9-10-11 pueden ser asignadas al personal de oficios varios, en aras de la especialización de las funciones; no obstante, si el centro no cuenta con presupuesto suficiente deberán ser realizadas por el ayudante de gerontología.

Cargo: trabajador social

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Trabajador (a) Social
Área	Social
Nivel de estudios	Profesional o técnica universitaria
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Funciones generales

Deberá planificar la programación de las actividades que permitan la integración de los usuarios con los demás internos en el Centro y velar para que el entorno en el cual se desarrollan las actividades, tanto grupales como individuales, sea el adecuado para una buena socialización de las relaciones conforme a los protocolos establecidos por la Institución.

Funciones y tareas específicas:

1. Planificar y ejecutar las actividades que permitan realizar estudios sobre la situación real de sociabilidad de los usuarios.
2. Adelantar las actividades administrativas y realizar los informes sobre los usuarios que sean solicitados por las directivas del Centro con el propósito de verificar la verdadera situación personal, familiar y social de los adultos mayores residentes en la Institución.
3. Establecer programas que permitan fomentar la integración y la participación de los usuarios en las actividades que se desarrollan en el Centro y en su entorno.
4. Crear y poner en marcha programas que permitan la integración social y la adaptación a la situación actual de las personas que son usuarias del Centro.
5. Coordinar los grupos de trabajo social y de aquellos encargados de participar en eventos de animación sociocultural.
6. Participar activamente en la comisión técnica que se cree para generar acciones de carácter social y colectivo.
7. Gestionar ante entidades e instituciones locales en caso de que se presenten eventos en los cuales los usuarios del Centro entren en conflicto con dichas instituciones.
8. Participar con el equipo del sector de la salud en la elaboración de las políticas de atención que se deberán prestar a los usuarios.
9. Participar en la reestructuración de los espacios que deberán utilizar los adultos mayores, tanto a nivel locativo como a nivel recreacional.
10. Visitar a los usuarios enfermos.

11. Realizar otras funciones que le sean asignadas por las directivas del Centro y que estén directamente relacionadas con las actividades propias de su ejercicio profesional.

Cargo: gestor de actividades socio culturales

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Gestor de actividades socio culturales
Área	Social
Nivel de estudios	Técnico o tecnólogo
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Funciones generales

Velar para que los usuarios del Centro dispongan de actividades que les permitan recrearse bajo parámetros de seguridad, con la finalidad de lograr no solo el esparcimiento personal sino una efectiva socialización con los demás adultos mayores pertenecientes a la Institución, creando así un ambiente que permita mejorar la condición física y mental de los usuarios, todo ello conforme con las políticas establecidas para por las directivas del Centro.

Funciones y tareas específicas

1. Proponer y poner en ejecución programas encaminados a la gestión educativa de los usuarios.
2. Participar en la búsqueda de recursos económicos que permitan adelantar programas culturales y de educación.
3. Garantizar que las personas que participan en los eventos de orden cultural y educativo están capacitadas para el logro objetivo que se proponen dichas actividades.
4. Presentar evaluaciones presupuestales y de resultados de las actividades realizadas.
5. Realizar programas específicos que permitan adelantar líneas de acción con los adultos mayores.
6. Fomentar la educación integral de los usuarios mediante la realización de eventos.
7. Fomentar la realización de actividades individuales y grupales que posibiliten la ocupación del tiempo libre de las personas que residen en el Centro.
8. Generar políticas de motivación para la participación en las actividades programadas.

9. Supervisar que no se presenten accidentes o situaciones que puedan poner en peligro a los usuarios y que sean derivadas de las actividades programadas.
10. Programar reuniones con los miembros de los equipos recreativos y con gestores de otros Centros con el objetivo de proponer y adelantar políticas conjuntas.
11. Fomentar la inclusión de un voluntariado en el Centro que permitan acrecentar las prácticas socioculturales.
12. Comunicar a las directivas de la Institución cualquier anomalía que pueda presentarse en el desarrollo de las funciones propias de su cargo.
13. Realizar todas aquellas actividades que le sean asignadas por las directivas del Centro y que tengan relación con su actividad profesional.

Cargo: responsable de lavandería

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Responsable de lavandería
Área	Servicios generales
Nivel de estudios	No se requiere
Jefe inmediato	Director (a) del Centro

Funciones generales

La persona responsable de lavandería realizará labores relacionadas con el proceso de lavado de ropa (que consiste en la clasificación y entrega de esta última a los usuarios); de esta forma, al desarrollar estas actividades operativas el personal contribuye con el cumplimiento del objeto social del Centro por medio de la prestación de un servicio integral y de calidad a los usuarios.

Funciones y tareas específicas

La persona responsable de lavandería deberá realizar las siguientes actividades:

1. Trabajar en equipo.
2. Recoger toda la ropa sucia de los usuarios para clasificarla de acuerdo con los protocolos establecidos. Para el cumplimiento de esta tarea la ropa no debe ser arrojada al piso, se debe utilizar los recipientes adecuados para esta función.

3. La ropa disponible para el proceso de lavado debe ser clasificada de la siguiente forma:
 - a. Ropa de color (vestidos, tendidos de cama en algodón)
 - b. Ropa blanca (sábanas, toallas, trapitos, pijamas)
 - c. Cobijas.
4. Desmanchar la ropa disponible para el proceso de lavado antes de colocarla en la lavadora.
5. La dosificación para cada tanda de ropa debe ser la siguiente: agregar un pocillo de detergente (especialmente designado para la lavadora), en el momento indicado, durante el proceso de lavado se le agrega 1/3 de blanqueador (a la ropa blanca) y 1/3 de suavizante.

Así mismo, para aquellas funciones relacionadas con el área de lavandería deberá:

1. Lavar a mano en la poceta con jabón de barra: pantalones, camisas, sacos, baberos y medias.
2. Colocar en remojo con detergente los artículos plásticos, agregarles desinfectante y luego enjuagarlos; finalmente, colocarlos a secar.
3. Lavar los zapatos después de remojarlos con jabón y restregarlos con cepillo.
4. Llevar la ropa para el proceso de secado en el patio.
5. La secadora no se debe usar en tiempo soleado.
6. Después de usar la lavadora hacerle el aseo correspondiente; además, estar pendiente de que le hagan mantenimiento periódico.
7. Durante el proceso de lavado se puede encender el ventilador; no obstante, este debe apagarse al culminar el proceso de lavado.
8. Hacer aseo diario al sanitario, baño, pocetas, vestidores y demás espacios en donde se guardan los implementos de aseo.
9. Entregar diariamente en las horas de la tarde los residuos de útiles de aseo, así como los recipientes donde se ponen los detergentes a la funcionaria designada.
10. Mantener esta zona completamente limpia y desinfectada de acuerdo con los protocolos establecidos por el Centro, los cuales indican que la desinfección se debe hacer de acuerdo con la siguiente fórmula: Hipoclorito de sodio al 3.5% o 4%, 200 partes por millón (p.p.m.), 4 centímetros de hipoclorito por un litro de agua.
11. Recoger la ropa seca, separar aquella que se va a planchar de la que se va a doblar, y guardar la ropa en su respectivo lugar. La ropa debe estar marcada con el nombre completo del usuario.
12. Planchar la ropa diariamente.
13. Mantener los armarios bien organizados.

Además, se debe velar por el cumplimiento de las siguientes funciones relacionadas con el área de lavandería:

- a. Buscar la ropa de las personas en situación de discapacidad física o mental para el día siguiente.
- b. Responder por la conservación, mantenimiento y buen uso del material y equipo que tiene a su cargo, es decir, la lavadora, la secadora y demás equipos a su cargo.
- c. Responder por la calidad en la prestación de sus servicios.
- d. Conservar siempre los buenos hábitos y normas higiénico-sanitarias.

14. Ejecutar las demás tareas que le sean asignadas por su jefe inmediato de acuerdo con la afinidad de las funciones básicas establecidas.

Cargo: responsable servicio de alimentación

NOMBRE DEL CENTRO GERONTOLÓGICO

MANUAL DE FUNCIONES PERSONAL OPERATIVO

Cargo	Responsable servicio de alimentación
Área	Servicios generales
Nivel de estudios	Técnico profesional con certificado y carné actualizado de manipulación de alimentos emitido por institución reconocida y autorizada para tal efecto.
Jefe inmediato	Director (a) del Centro.

Funciones generales

Desempeñar las funciones de preparación de alimentos de acuerdo con criterios normativos, técnicos y de dirección en los horarios establecidos por el Centro. Se sugiere los siguientes horarios para cada comida: desayuno (8AM-8:30AM), media mañana (10:30AM – 11AM), almuerzo (12M-12:30PM), refrigerio (2:30PM-3PM), cena (5PM-5:30PM) y merienda a necesidad (para aquellos usuarios con dieta especial de 7:30PM-8PM).

Funciones y tareas específicas:

El responsable del servicio de alimentación deberá:

1. Informar de forma periódica a la Dirección acerca de los alimentos faltantes para la realización de la minuta patrón y el ciclo de menús establecidos.
2. Preparar los alimentos de acuerdo con los requerimientos normativos y lo establecido en la minuta patrón.

3. Responder por la conservación y mantenimiento del equipo y la dotación que tiene a su cargo.
4. Responder por la calidad de la dosificación de los alimentos.
5. Responder por el buen uso de los equipos y la dotación dispuestos para la zona de alimentación.
6. Velar por la calidad en la prestación de los servicios.
7. Asistir, participar y poner en práctica las recomendaciones realizadas por la nutricionista en sus cursos periódicos de capacitación.
8. Conservar siempre los buenos hábitos y normas higiénicas.
9. Tener entera disposición para el aprendizaje de innovaciones tecnológicas actuales como almacenamiento de alimentos, manejo del reciclaje de residuos sólidos y líquidos, desinfección de equipos, planta física, alimentos conservación de estos.
10. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el jefe inmediato, de acuerdo con la afinidad de las funciones básicas establecidas.

Cada centro, de acuerdo con sus necesidades y a su capacidad económica, deberá determinar la conveniencia de vincular o no a estos profesionales y expertos en las distintas áreas involucradas en la atención y cuidado de los adultos mayores, teniendo presente que una mayor estabilidad laboral redundará, necesariamente, en una mejor prestación de los servicios que requieren los adultos mayores que son la razón de ser de los centros gerontológicos.

CONCLUSIONES

La gran mayoría de los centros gerontológicos analizados tienen grandes dificultades en cubrir, de una manera adecuada, las necesidades básicas atinentes a la prestación de los servicios que requieren los adultos mayores. Si bien esto es una realidad innegable, se debe procurar que este déficit que se presenta en los renglones presupuestales no recaiga sobre la calidad en la formación y en la contratación laboral de los profesionales y expertos que deben llevar a cabo cada una de las actividades especializadas que requiere la prestación de los servicios indispensables para garantizar la estabilidad física y emocional de los usuarios de los centros gerontológicos.

Por esta razón, las directivas de dichas instituciones deben tener claro cuáles son las funciones que debe cumplir cada una de las personas que realizan labores en los centros, cuál es la regularidad y el tiempo de permanencia de cada uno de ellos dentro de la institución, con el fin de cualificar y cuantificar el equilibrio que debe existir entre el tiempo de labor que se realiza en la institución y las necesidades objetivas de los usuarios. Además, debe tener en cuenta que un trabajador con una relación laboral estable adquiere no solo un mayor sentido de pertenencia frente a la

institución, sino que no tendrá la necesidad de hacer contrataciones paralelas a fin de adquirir los emolumentos necesarios para una supervivencia digna para él y su familia, logrando así que se dé una mejor prestación de los servicios a los usuarios, por tanto desembocará en beneficio de estos al tener a su favor la prestación de una actividad eficiente por parte de todas las estructuras administrativas y laborales que integran la institución.

Si se logra establecer una seguridad laboral y de seguridad social para los trabajadores habrá una correlativa mejoría en la prestación de los servicios, en consecuencia, se cumplirá la naturaleza social de los centros gerontológicos que, a través de su espíritu altruista, propugna porque las personas de la tercera edad o adultos mayores alcancen altos niveles de tranquilidad en la última etapa de su vida terrena.

Finalmente, debe hacerse visible que cada centro gerontológico tiene sus características especiales, por tanto, las recomendaciones que se derivan de la investigación realizada no constituyen una camisa de fuerza que obligue a las autoridades de las instituciones a seguir sus directrices de una manera estricta; no obstante, sirven, a guisa de ejemplo, para que los centros operantes en la actualidad o aquellos que se creen en el futuro tengan unos criterios de referencia que les permitan determinar los tipos de contratación más favorables a sus intereses económicos y que posibiliten una mejor prestación del servicio a los usuarios que busquen los servicios de la institución.

REFERENCIAS

- Acosta, P., Adrián, R; Salazar S, & Bernabé, V. (2015). Revista Caribeña de Ciencias Sociales. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/11/geriatricos.html>
- Andrews, G. (insertar mes, 2008). *Los desafíos del proceso de envejecimiento en las sociedades de hoy y del futuro*. Encuentro Latinoamericano y caribeño sobre personas de Edad. Serie Seminarios y Conferencias CEPAL.
- Arango, V, & Ruiz, I. Diagnóstico de los adultos mayores. Informe de la Fundación Saldarriaga Concha. Disponible en http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/diag_adul_mayor.pdf
- Bazo, M. (2015). *Envejecimiento y Sociedad: una Perspectiva Internacional*. (insertar ciudad). Edición Médica Panamericana.
- DANE. (2015) Censo general.
- Ministerio de Protección Social. (2007) Diagnóstico preliminar sobre personas mayores, dependencia y servicios sociales en Colombia. Bogotá.

Revista Temas Socio Jurídicos
Vol. 38 N° 76 Enero - Junio de 2019

ISSN: 0120-8578
ISSN electrónico: 2590-8901

EL AMBIENTALISMO BRASILEÑO COMO FACTOR DE IMPEDIMENTO DEL DESARROLLO SOCIAL Y HUMANISTA EN LATINOAMÉRICA

Rilke Rithcliff Pierre Branco*

Recibido: Marzo 17 de 2019

Aceptado: Mayo 2 de 2019

RESUMEN:

Este artículo tiene por objeto presentar la función y utilidad del ambientalismo en general, con el especial énfasis que se le da en la Constitución Federal de Brasil al definir fundamentos, objetivos y características fenomenales para las prácticas más *verdecenristas*. El tema aborda las cuestiones reglamentarias y legales, así como un pilar crítico relevante: el Estado Ambiental como un factor político que impide el entero desarrollo humanista de América Latina.

Palabras clave: Constitución; políticas ambientales; desarrollos; Latinoamérica.

Citar este trabajo como: Pierre Branco, R. (2019). El *ambientalismo* brasileño como factor de impedimento del desarrollo social y humanista en Latinoamérica. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 81-98. <https://doi.org/10.29375/01208578.3580>

* Profesor del Centro Universitario de Brasil (UNIBRA), doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el autor es Máster en Derecho y Negocios Internacionales, MBA en Ciencias Políticas, Seguridad Laboral y Medio Ambiente, especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Tributario, Derecho Procesal, Derecho Deportivo, Gestión Pública y Legislación, con posgrado aún en Consultoría Empresarial, Historia, Geografía, Sostenibilidad, Portugués, Literatura, Inglés y Español en Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4019-719X>. Correo electrónico: rilkepierre@hotmail.com

BRAZILIAN ENVIRONMENTALISM AS AN IMPEDIMENT TO SOCIAL AND HUMANISTIC DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA

ABSTRACT:

The purpose of this article is to present the function and utility of environmentalism in general, with the special emphasis given to it in the Federal Constitution of Brazil by defining grounds, objectives and phenomenal characteristics for the more green-centered practices. The topic addresses regulatory and legal issues as well as a relevant critical pillar: the Environmental State as a political factor that impedes Latin America's full humanist development.

Keywords: Constitution; environmental policies; development; Latin America.

O AMBIENTALISMO BRASILEIRO COMO FATOR IMPEDITIVO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E HUMANÍSTICO NA AMÉRICA LATINA

RESUMO:

O objetivo deste artigo é apresentar a função e utilidade do ambientalismo em geral, com ênfase especial na Constituição Federal do Brasil, ao definir fundamentos, objetivos e características fenomenais para práticas mais centradas no verde. O tema aborda as questões regulatórias e legais, bem como um pilar crítico relevante: o Estado Ambiental como fator político que impede todo o desenvolvimento humanístico da América Latina.

Palavras-chave: Constituição; política ambiental; desenvolvimento; América Latina.

INTRODUCCIÓN

Con un modelo ambientalista fisiocéntrico y como sede de la ECO-92, Brasil lideró en Latino América una tesis de proteccionismo ecológico que no cuida del humanismo relacional y laboral, que son reservas patrimoniales productivas y culturales de cualquier nación. Los gobiernos, la comunidad empresarial y académica de la región no entendieron la necesidad ni las ventajas de promover un enfoque centrado en las prioridades y prácticas multidisciplinares antropocéntricas del problema. Los sistemas y normas actuales no favorecen el progreso sostenible ni el crecimiento social. Como el "verdecentrismo" es un principio retórico de

desarrollo que no respeta la lógica de los ciclos de civilización y la vida, la educación biopolítica de estos países debe avanzar.

BREVE DEFINICIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO COMUNITARIO

El medio ambiente se define como un sistema interdependiente de elementos que forman el conjunto de todos los bienes físicos naturales, que comprende también los valores culturales o artificiales que sean de uso común creados por el hombre o que estén de manera inalienable vinculados al planeta para proporcionar la vida de la humanidad.

Si bien el reconocimiento científico del medio ambiente se remonta a los estudios de Ernst Haeckel, fue Lester Brown en los años 80 quien usó la “sostenibilidad” como término para referirse a la explotación racional de los recursos que amenazan a las especies en la Tierra. Pero Vasak dijo que el derecho a un medio ambiente saludable y equilibrado es una garantía de 3ª generación, mientras hay estudiosos que sostienen que los derechos bioéticos son de 4ª generación (Silva, 2005). Por otro lado, se supone y plantea la construcción de un razonamiento filosófico “del derecho a la felicidad” que corresponde a la 5ª generación, bajo la idea de formular una Jurisprudencia que impulse un neocapitalismo antropocéntrico, que es objeto del derecho comunitario internacional.

HISTORIOGRAFÍA Y PANEL GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Un rápido estudio de la historiografía muestra que, en las deliberaciones de 1972 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano en Estocolmo, Suecia, se conceptuó el medio ambiente como un bien de naturaleza transindividual y difusa. Resultante de la preocupación efectiva de la humanidad frente a la degradación ambiental y el desequilibrio de la biota, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, y la Comisión Brundtland de 1987, elaboraron un documento con el título *Our Common Future* ‘Nuestro Futuro Común’ (ONU, 1987), donde se consagró la expresión “desarrollo sostenible” en las ciencias. Ya en 1992, la Eco 92 o Cumbre de la Tierra realizada en Río de Janeiro, Brasil, fue el marco de las negociaciones internacionales sobre cuestiones del medio ambiente y desarrollo luego del surgimiento de una Declaración Universal en este hito y de otros tratados y protocolos sobre esta materia.

En este contexto se activaron diversos informes y sistemas de protección local, nacional y regional sobre el medio ambiente. Los derechos relativos a este asunto se elevaron al rango de valores esenciales para la supervivencia del hombre en la Tierra. Fue el inicio oficial de la doctrina “verdecrista” o del “ecologismo”.

En este escenario geopolítico la ONU anunció los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) para el periodo 2015-2030, que tienen como base un estudio multidisciplinario (Sachs, 2015, p. 5). Posteriormente vino la Convención del Clima, el Programa 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el protocolo de Kioto de 1998, la Declaración de Principios para Bosques, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena y la ratificación del Protocolo de Nagoya por los países sobre productos modificados genéticamente, entre otros instrumentos.

A nivel internacional las iniciativas de promoción de un movimiento a favor del fisiocentrismo se mantienen aún en el centro de la atención mundial. Se destaca el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 de la ONU, que busca alcanzar la Meta de Biodiversidad de Aichi con dicho objetivo del desarrollo del milenio. Todos ellos han sido preparativos en curso para las ediciones de la Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica (Perspectiva Mundial sobre la Diversidad Biológica, las PMDB), donde gobiernos, organizaciones y redes científicas han dedicado esfuerzos integrados para la resolución de los problemas ambientales.

Recientemente, se celebró en 2018 la 21^a Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP24) en Polonia, la cual repitió la dinámica de las grandes potencias y de los países emergentes que hablan sobre estos temas desde hace décadas, sin que haya ninguna acción real contra los contaminantes y culpables. Tal vez por eso el Papa Francisco, líder de la Iglesia Católica, utilizó este asunto para la encíclica *Laudato si*, que traduce “‘Alabado seas’ y que llevó el subtítulo “Sobre el cuidado del hogar común”; en ella criticó el consumismo y el desarrollo irresponsable, y convocó a la unificación mundial de acciones para combatir la degradación ambiental. Sin sobrestimar cualquier mensaje religioso o moral, la encíclica *Laudato Si* tiene valor porque el ecologismo y el humanismo, al parecer, pasaron a ocupar un lugar destacado en la doctrina social de una religión influyente.

Ahora bien, es loable que la mayoría de los gobernantes se opongan al calentamiento global. Pero los científicos y juristas precisan conocer las pruebas del cambio climático con los datos que asocian la destrucción del medio ambiente con la apatía, las exageraciones en la búsqueda de ganancias y la creencia excesiva en la tecnología. Es una lástima que la visión de la polución global no abordó las relaciones humanas que, siendo un problema grave y universal, tiene serias implicaciones para el progreso social, económico y político de todas las generaciones. De hecho, no se han enfrentado los problemas ambientales sin primero distribuir o democratizar las riquezas.

Lo más destacado de los estudios sobre la protección de los ecosistemas es que no se puede perder de vista la revisión del papel de los combustibles fósiles, así como fijar una obligación moral y jurídica de los países industrializados, los cuales deberían ayudar a los países en desarrollo en

la lucha contra las crisis financieras y el cambio climático. La ascendencia espiritual de las virtudes que se tiene a millones de personas puede ser un paso para cambiar la falta de conciencia real respecto al cuidado mutuo de las personas y de los países (Yardley, 2015).

En referencia a nombres fijados en notas humanísticas, y tal como sus predecesores, -a excepción de los Papas Juan Pablo II y Benedicto XVI, citando incluso a Aquino, Teilhard de Chardin, Romano Guardini y Ali al-Khawwas (mística islámica del siglo IX)- la reflexión acerca de las fuerzas de ese aspecto es útil y válida porque también abarca otra serie de temas como la planificación urbana y la economía agrícola. La agenda de la biodiversidad podría contribuir más allá del conservadurismo místico, presentándose en posiciones científicas materiales concretas. Así, la posición de la iglesia frente a la anticoncepción, en los debates bioéticos y los problemas de las ideologías sexuales o de género, no vale si se niegan los mensajes antropogénicos de controversia en el orden jurídico. De ahí se exige una reedición de la filosofía científica que ya se conoce desde hace tiempo, en la cual se acentúa el problema del medio ambiente, pero es la economía mundial la que ha arruinado la perspectiva de cooperación de la humanidad.

En el derecho ambiental internacional actual, la ideología verde, que es el ecocentrismo, ha llamado la atención de los políticos y de los científicos, especialmente sobre la necesidad de transitar hacia una “economía baja en carbono”.

En este contexto Canadá, Japón, China y la Unión Europea se han comprometido con tomar decisiones para financiar los programas de protección de la biodiversidad natural y física, mientras hoy no hay nada en concreto a favor de los países y pueblos más vulnerables que sin empleos o ingresos prueban que la decantada “sostenibilidad” es un espejismo que no detiene la pobreza (Gosepath, 2013, pp. 79-80).

Aunque la resolución del problema ambiental no pasa por ninguna teología ni estudio filosófico, la advertencia es planteada por el “mensaje capitalista” que tiene interés primario en la obtención de ganancias e intereses como retos de las élites mundiales, lo cual retrata la falta de una postura que atienda las necesidades de todos los pueblos. Por ello existe peligro de extinción de la humanidad. La miseria selectiva también es nociva al planeta, en la medida que provoca desigualdades e intolerancias que incitan los conflictos, las tensiones sociales, las violencias y las olas de terrorismo.

PRECOCIDAD DEL BRASIL Y LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA AMBIENTAL

En América Latina la preocupación por el fenómeno del medio ambiente se produjo por primera vez en Brasil con la Constitución de 1824, la cual prohibía la instalación de industrias que afectaran la salud de los ciuda-

danos. Sin embargo, con la promulgación de la Ley 6.938/81 (Congreso Nacional do Brasil, 1981) y tras el Decreto 99.274/90 (Presidencia da República do Brasil, 1990), el sistema legal brasileño proclamó que toda persona tiene derecho a un medio ambiente equilibrado, el cual es de uso común y esencial para una calidad de vida saludable, con la obligación impuesta de defenderlo para las generaciones presentes y futuras. Inaugurada la Política Nacional del Medio Ambiente junto con la Constitución de 1988, Brasil sellaba el principio de respeto a la integridad y dignidad humana, seguido por la propuesta de Argentina que se publicó en noviembre de 2002; a saber, su Ley General Ambiental 25.675 (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2002). Estos temas ya eran tratados de forma general por Panamá en 1972 y Perú en 1979.

TIPOS DE MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA

La noción actual de medio ambiente extrapola los aspectos geobiológicos, pero la Carta Federal de Brasil amalgamó otras modalidades ambientales, tales como el “medio ambiente artificial” que comprende los procesos de urbanización (art. 182, § 2 y la Ley n° 10.257/01) (Congreso Nacional do Brasil, 2001), vinculados a la función social de la propiedad rural (art. 186 II); el “entorno cultural”, como resultado de las intervenciones humanas tangibles e intangibles, con especial valor asociado a la identidad, la memoria y la acción de los diversos grupos de la nación o sociedad brasileña, que abarca sitios arqueológicos, históricos, artísticos, naturales, ecológicos, las reminiscencias de los quilombos y los derechos indígenas (art. 216 y 231); y finalmente, el “ambiente laboral” previsto en los art. 200, II y VIII, y 225, VIII, que proporcionan los estándares cuantitativos y cualitativos de trabajo adecuado.

Eso significa que el derecho a un medio ambiente ecológicamente sano y de calidad no es limitado y requiere que el gobierno y la comunidad tengan una dimensión científica real y muy completa sobre el tema en cuestión. Entre tanto, esas normas no encajan bien con la idea de desarrollo sostenible si el país, de hecho, no se ha industrializado ni tiene cuidado con los temas de empleo de la distribución de ingresos y oferta efectiva de un orden jurídico realmente justo.

ABORDAJES COMUNES E INUSUALES DEL AMBIENTALISMO CAPITALISTA

En los círculos gubernamentales, en las cadenas productivas, en los estudios y en el radio de acción de las autoridades y de los órganos estatales, los ambientalismos se han concentrado principalmente en las siguientes áreas: racionalización del uso del suelo, el subsuelo, el agua, el aire y los árboles; la planificación y control en la utilización de los recursos para la protección de los ecosistemas; la preservación de áreas representativas; la zonifica-

ción de actividades que sean potencial o verdaderamente contaminantes; las ayudas a las investigaciones en tecnología miradas en este sector; y la recuperación y protección de las zonas amenazadas por la degradación.

Es decir, incluidos los modelos de valoración de la seguridad y de la salud, además de dicha legislación especializada, los sistemas ambientales tradicionales recalcan solo elementos naturales del entorno para explicar la coexistencia de la corteza terrestre: la atmósfera, la fauna, la flora, la biodiversidad y las condiciones materiales del planeta. Por lo demás, se relegan a un segundo plano los factores dependientes del ambiente humano.

El conocimiento y los recursos plantean un modelo que solo se interesa por la salubridad y la seguridad. Bajo esta perspectiva, no se prioriza la dignidad de la persona como hombre ni como profesional, aunque esté dotado de características psicofisiobiológicas. Por ello, sería menester un enfoque jurídico y una tutela interdisciplinaria integral en cuanto a las cualidades espirituales del hombre.

Por otra parte, la vertiente de los ambientalistas alardea, de forma equivocada, sobre el riesgo del fin de los recursos naturales en los países no industrializados o emergentes, delante de una situación singular paralela que lleva a las potencias a explotar los bienes económicos apreciables de los países más pobres, al mismo tiempo que se toman o se les permite el control de las políticas ambientales y económicas de estas naciones no contaminantes, a través de fallos políticos, culturales y jurídicos que cuentan asimismo con el apoyo mediático, bajo el pretexto de contribuir a la “sostenibilidad” del planeta.

Sin garantizar a esos pueblos las condiciones mínimas para alcanzar el progreso, a los enfoques ambientales importan más los aspectos ecocéntricos puros. Las propagandas de conservación de la biota son muy retóricas porque atienden las conveniencias de quienes no quieren proveer las mejoras físicas y humanas de las regiones y de las poblaciones que viven al margen de los ciclos de civilización. El “ecoambientalismo”, por supuesto, esteriliza las dignidades humanas, no ofrece empleos ni ingresos y, por tanto, pareciera un artificio sutil de los países más avanzados para mantener intacto el pacto implícito y estratégico del “neocolonialismo”.

SISTEMAS TRADICIONALES LATINOAMERICANOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

Las preferencias demostradas por el derecho capitalista son las reglas y criterios de sentido naturalista o patrimonial, pero los numerosos modelos ambientales, fabricados en el ámbito internacional, no signan una idea de preocupaciones sobre las cuestiones del “humanismo relacional”. Las investigaciones existentes excluyen las asignaciones y responsabilidades de los países que contaminan el medio ambiente, incluso sus teorías niegan

oportunidades de mejoría de otras naciones que no han acumulado tantos capitales volátiles en los mercados financieros ni en los paraísos fiscales.

El “ambientalismo capitalista”, por tanto, no tiene en cuenta los rasgos de los sistemas que defienden los derechos biopsicológicos y los ingresos de la gente que precisa vivir a través de prestaciones laborales para que los hábitats humanos se tornen más sostenibles. En este paso, el propio derecho elitista ha producido ambientes de trabajo que son solo más lugares donde se ejerce una determinada actividad profesional; estos podrían ser transformados en hogares a partir de los cuales se pudiera promover la salud o posibilitar que se realicen también los planes de asistencias existenciales, individuales y colectivos a partir de un mirada en la búsqueda por el bienestar de los obreros y sus familias.

El análisis inusual sobre el medio ambiente se define por un concepto más amplio que abarca el bienestar personal, con énfasis en aspectos de los derechos *psicofísicos* desde la práctica de políticas más humanistas, justas y saludables. En este eje, los tratamientos, las cooperaciones y las interacciones entronizan los espacios de derechos que refutan las contaminaciones humanas. Por lo que es posible admitir una gestión ambiental integral y no selectiva que debe imponerse al gobierno, en tanto las plenitudes antropogénicas deben abrazar las comunidades, las organizaciones y las ciudadanías hacia la concreción de un mundo más ecuánime y eudaimónico.

Por otro lado, a despecho de la variedad inmensa de intereses de las personas y de los países, hay métodos y teorías que pudieron desarrollar los derechos de educación, seguridad y salud de los individuos desde el planteamiento de una ética de contenido ideológico fuerte, si bien los actos, las actitudes y los procedimientos de países y personas que pueden contribuir con los derechos materiales y espirituales son aún muy tímidos.

En esta situación, las doctrinas nacionalistas y los patriotismos extremistas deben ceder lugar a las prácticas virtuosas, como las vivencias mutuas más significantes y cooperativas entre los pueblos y países en que la existencia útil y racional convengan en actuaciones personales o de poblaciones hacia la realización de la globalización del bienestar individual, social y laboral, solo entonces habrá sostenibilidad real.

LA OBSOLETA Y RETRASADA FILOSOFÍA AMBIENTAL LATINA Y BRASILEÑA

En el marco de una visión revolucionaria del crecimiento y de las integraciones entre las soberanías de los países, la promoción, control, supervisión y ejecución de las relaciones ambientales en Brasil no se entienden en su sentido más amplio, es decir, excluyen el derecho a ambientes relacionales o laborales emocionalmente estables, equilibrados y sostenibles. A pesar de la disposición constitucional brasileña de que la salud no es

un favor, sino un verdadero poder y un deber de todos, los titulares del capital y del poder aprovechan la energía psicofísica de los trabajadores o promueven el desempleo en masa, imponiendo dramas, ansiedades y dolores en las vidas de muchas familias.

Ahora bien, además de las reglas de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, obsérvese que, en la esfera de la gestión ambiental, el Brasil utiliza la Ley n° 6.938/81 (Congresso Nacional do Brasil, 1981) que en su artículo 3° define el medio ambiente en su connotación física, mientras la Constitución considera de importancia pública acciones y servicios de salud al indicar las responsabilidades gubernamentales. En este contexto, las leyes brasileñas no han establecido correlaciones íntimas entre el medio ambiente y la preocupación por la total integración de las relaciones humanas sanas y el bienestar psicológico en el área de la salud ocupacional y existencial, excepto en términos más figurativos.

La implementación de políticas de gestión ambiental es hecha por el Estado y por personas físicas o jurídicas de derecho privado que, sin embargo, cubren solo la atención de salubridad de los locales. El cuidado con el clima organizacional o con el estado –individual y colectivo– de las personas no es todavía prioritario.

El derecho a un ambiente sostenible no se garantiza ni se asegura con promesas. En teoría, es un axioma constitucional (en el peor de los casos, implícito), un derecho singular en su carácter dirigido a las generaciones actuales y futuras; un bien jurídico difuso, de interés metaindividual que, por su altitud, implica procesos de paz y el orden social. Esta herencia que añade una gran cantidad de valores materiales e inmateriales es concebida por pocos, pero configura los problemas más comunes que afectan a la salud y a la seguridad de las personas. Además, la omisión o aparente brecha de integración del medio ambiente con los derechos de supervivencia humana no son solo materiales sino espirituales, porque no hay políticas para el progreso y la realización de todos. La propia falta de claridad de la Ley 9.795/99 (Congresso Nacional do Brasil, 1999) brasileña sobre estas cuestiones deja en claro el error de la educación ambiental local que no incorpora políticas públicas.

Para la aplicación de las complejas soluciones de desarrollo social, la legislación latina se preocupa más con principios de compensación o mandamientos de prevención y de precaución: mensajes de “quien contamina-paga”. Habla de restitución más en la cara de las lesiones al medio ambiente en actividades ilegales de la mano de obra civil y otras, haciendo hincapié de las infracciones, pero no enfrenta los factores de los daños que los países más ricos han ya provocado a la naturaleza y los largos perjuicios que otras naciones industrializadas son responsables desde los años pasados.

Sin embargo, en otro sentido diseñado para tareas ordinarias y siendo de poca importancia práctica, el Estado brasileño, además de todo el derecho

ambiental de los países pobres, se rige por normas objetivas ambientales que requieren la existencia de un entorno saludable desde un punto de vista físico, cuando en realidad la democratización del acceso a los bienes materiales y a la justicia ambiental solo desempeña un papel que en la práctica no ha restaurado las políticas de garantía concreta de dignidad para todos.

En el artículo 170 de la Constitución Federal de Brasil (Asamblea Nacional Constituyente, 1988), la interdicción estampada en el artículo 161 de la CLT, la obligación de indemnización por daños ambientales del artículo 927 de su Código Civil, las disposiciones que protegen a las mujeres, expuestas en el artículo 7º, inciso XVIII y en los artículos 372 al 401 del Código de Trabajo, la protección especial de menores del artículo 7º, XXXIII de la Constitución y los artículos 60 y 69 de la Ley nº 8.069/90 (Congreso Nacional do Brasil, 1990), la prohibición expresa de prácticas discriminatorias por la Ley nº 9.029/95 (Congreso Nacional do Brasil, 1995), los crímenes ambientales definidos en la Ley nº 9.605/95 (Congreso Nacional do Brasil, 1995), el “programa ciudadano corporativo” (Ley nº 11.077/08) (Congreso Nacional do Brasil, 2008) y otros puntos de su legislación, salvaguardan más la condición física y los valores ecológicos que propiamente las condiciones de desarrollo humano pleno y real.

Las cuestiones ambientales también reciben un tratamiento especial en las Comisiones Internas de Prevención de Accidentes y, para las personas con discapacidad, la Ley nº 7.853/89 (Congreso Nacional do Brasil, 1989) ofrece lugares laborales, maquinarias y mobiliarios sujetos a tutelas ambientales especiales, favoreciendo el alojamiento, la salud y el bienestar. En esta red están dichas “normas reglamentarias” que tratan de productos, sustancias y servicios pertenecientes a varias actividades profesionales, con una lista de providencias que permiten la mejora de la seguridad y salud física en el trabajo, la disminución de los riesgos o la eliminación de las amenazas de peligro para el trabajador, además de reglas para evitar sus exposiciones excesivas, en especial de las profesiones consideradas más insalubres, con las hipótesis del uso de algunos equipos individuales obligatorios. La bandera de la sostenibilidad ambiental en boga no cubre pues la inclusión financiera y social, ni políticas públicas y privadas que prioricen un desarrollo antropogénico total.

ENFOQUES DEL BIENESTAR GEOPOLÍTICO DE LAS RESOLUCIONES DE LA ONU

El Estado Ambiental para el progreso de los países latinos es, en parte, una farsa, porque los ricos no respetan la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (Resolución 217 A III, de 10 de diciembre de 1948) que en el artículo XXV fijó que todo ser humano tiene derecho a un nivel de vida adecuado para uno y su familia, con salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales necesarios y seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez,

vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Consciente de la metamorfosis de los derechos sociales, ahora es necesario la aplicabilidad de la teoría de la garantía del mínimo existencial posible (Scholler, 1980, p. 676; y Zacher, 1987, p. 1062), toda vez que en 2011 la Asamblea de la ONU promulgó la Resolución 65/309 que aborda la felicidad como un interés cosmológico para dirigir la fundación de un nuevo orden mundial general. No obstante, ese documento tiene aún varias directrices superficiales y carentes de notas de coercitividad, al igual que la Resolución 1803 (ONU, 1962) que es una recomendación emblemática de gran valor histórico que contiene solamente mensajes indicativos y sin efectividad. Por tanto, en cualquiera de los casos, entre muchos otros, estas iniciativas son formales y no se han revelado suficientes para deshacer los desequilibrios colosales de naciones y pueblos “dependientes” del capital externo, al experimentar mucho dolor y sufrimientos.

La ideología ambiental brasileña es una animación, que precede vectores preferiblemente naturalistas, poco se dice, se estudia o se produce en la región sobre las “contaminaciones relacionales interhumanas”. Por lo que la idea de “sostenibilidad” no pasa de una bandera o un cálculo para la preservación o el aumento de la hegemonía de las ganancias y lucros, sin tornarse en un marco de progreso, sino que representa retraso geopolítico y asimétrico de desarrollo entre los países en el mundo.

Con el aspecto destacado físico y natural de las cuestiones ambientales, hay todavía otro punto que es de suma relevancia para la construcción de una tesis en torno al perfeccionamiento de las medidas de profundización de relaciones humanas para integrar los habitantes del planeta. En efecto, los derechos de dicha Resolución 1803, al proponer y referirse a las posibilidades de las personas para desarrollar sus potencialidades existenciales trae un mensaje puramente educativo, mientras el progreso de los pueblos no se resume a un contenido biológico formativo sin sentido si los Estados ricos no celebran alianzas de una *juscooperación* internacional que rechace el modelo actual.

EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL Y LAS PERPLEJIDADES NACIONALES

Cuando se hace referencia a la Carta Magna brasileña, algunos usan el lujoso término “Estado de Derecho Ambiental” porque el estándar escogido produjo varios tipos de derechos y competencias en estas materias que son distribuidas en muchos de los niveles y esferas de poder (art. 20, LI, 23, VI y VII, y 24, VI, VII y VIII, la CF/88). De acuerdo con otras fuentes, aún hay varias normas técnicas sobre temas ambientales relativas a las políticas de prevención, control de la salud, bioseguridad, gestión del tratamiento de residuos sólidos y líquidos, entre otras medidas vinculadas

con la fisiología humana, como el fuego y la higiene que fueron impuestas a los entornos institucionales y empresariales para crear un mensaje de bienestar material sostenible.

Los procedimientos de inspección, las investigaciones de violaciones y la aplicación de sanciones administrativas también se revelan extensos y multitudinarios en el conjunto de políticas y prácticas exigidas al Estado y a los sectores privados que tienen en cuenta la protección de dichos ambientes equilibrados. La sostenibilidad ambiental laboral, sin embargo, aún es poco respetada en su rango biopsicosocial. Por ello, el estudio considera importante evaluar no solo las recomendaciones de la ONU, que definen un entorno de trabajo seguro, así como una tesis que active la colaboración de jefes, trabajadores y sus familias en procesos de constante mejora y cooperación. La ponencia sobre seguridad, salud y bienestar de todos los obreros va, por tanto, más allá de dicha sostenibilidad del medio ambiente laboral (Convenio 155, OIT) para rechazar de todas formas los modelos egocéntricos y narcisistas del capitalismo financiero, y aportar reclamos contra un ambientalismo que impida el crecimiento de todos los pueblos.

Pero el orden ambiental de los países latinoamericanos no suele aplicar la correlación de los problemas de seguridad civil, laboral o familiar con elementos de los derechos psicofísicos y sociales que se originan y se demandan a las entidades y a los Estados respecto del deber de cumplir la disposición de una cultura ética oficial que contemple recursos destinados a las acciones de desarrollo en esta área.

En cambio, el “Estado de Derecho Ambiental latinoamericano” proclama la salubridad de los aspectos físicos de los entornos, pero no obliga entornos saludables en cuanto a la inclusión de factores psicosociales y a las actividades de prevención de la salud del trabajador individual y de otros agentes de los sectores productivos, siendo omisa principalmente en cuanto a las cuestiones de empleos y distribución de ingresos

LAS PERSPECTIVAS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES AMBIENTALES EN EL MUNDO

Ya se probó que el ambientalismo internacional dominante hace referencia solo o predominantemente a la protección de los aspectos físico-naturalistas de la biota y asimismo poco se dijo o tampoco se producen datos científicos sobre las “poluciones ambientales relacionales” debido a la primacía del interés por las ganancias. Los PIB’s *per cápita* de las potencias son por eso proporcionales a los retrasos y a las dependencias económicas de otros países cuyas reservas monetarias ya fueron minadas y que no se expanden ahora debido a movimientos que fijan ponencias y criterios con marcos más ambientales y ecológicos.

Las naciones ya industrializadas, a su vez, insisten paradójicamente en anunciar la necesidad de la sostenibilidad sin haber cumplido antes los ideales de preservar los ecosistemas, por lo que se lanzan numerosas frases y repetidas alusiones de inminentes tragedias físicas que no han sido provocadas por los países pobres. A continuación, los científicos sociales y la prensa suelen informar, en cambio, sobre los asuntos ambientales a través de expresiones comunes asociadas con un lenguaje más restricto de la naturaleza, usando palabras como “prevención”, “impactos”, “accidentes”, “equilibrio” y “contaminación”, siempre en la procura de responsabilidades. Este hallazgo se complementa con la difusión de códigos de la silvicultura, la pesca, las aguas, la minería y otros dichos legales sobre “diversidad biológica”, sobre la “protección de parques” o la conservación de los “bienes naturales”.

Sin embargo, se observa más el aspecto físico-natural del medio ambiente, a pesar de la existencia del entorno artificial, cultural y laboral. La idea de educación relacional no es un mensaje de la Resolución 1803 de la ONU que plantea el desarrollo sin apoyar los países ubicados en las regiones más pobres. El capitalismo, basado en las hegemonías financieras, desconsidera las oportunidades de progresos en la construcción de una nueva categoría científica para el medio ambiente, las ciencias del derecho, la Economía, la psicología, al psicoanálisis, la medicina y otros tipos de conocimientos y de gestiones, para que los problemas relacionales del hombre y de las naciones se conviertan en activos financieros beneficios para pocos.

La ideología mundial que instruye el pensamiento ambiental es una estafa, un camino al crecimiento de los pueblos y personas adineradas, en la medida que impide la afirmación de un gran progreso material, prosperidad e integración espiritual de todos, lo cual estimularía el “máximo existencial”, por lo que latinoamérica no debería, en principio, seguir las directrices y los protocolos globales del ecologismo sin recibir cualquier compensación financiera a su favor.

En este contexto, en el cual se ponen en jaque las doctrinas internacionales que en esta área han proporcionado políticas de retrasos y de recesión, muchos juristas han abogado por políticas ambientalistas tradicionales, es decir, las que no respetan la lógica integrativa de los ciclos civilizatorios. Sin aplicar un “choque real” en el academicismo *pro-homo ambiental* y en la forma de organización de las finanzas mundiales, cualquier concientización ecológica es inútil, sobre todo en los países más pobres, pues continuará produciendo millones de víctimas y paralizando los procesos de emancipación de la gente.

La advertencia es una reflexión frente a los intereses del neocolonialismo en curso que precisa, sin embargo, de estudios complementarios, dada la profundidad y complejidad de la materia. La verdad es que los pen-

samientos científicos sobre el tema han monopolizado las ganancias e intereses personales, sobre todo cuando se trata de expresar “lemas” que ya se tornaron “jergas” internacionales con la bandera de la sostenibilidad ambiental. Pero el drama se desnuda al corroborarse que no hay aún mecanismos concretos para la inclusión financiera y laboral en el planeta a los más necesitados, sino medidas geopolíticas que tienden a clamar deberes, mientras los paradigmas no se convierten en garantías existenciales para todos. La “jurisciencia” de la élite mundial, por tanto, indica los caminos mediáticos para el desarrollo de los más vulnerables que no suceden porque son frutos de los simulacros intelectuales y de las contradicciones que rodean las causas ambientales. Resultan estériles las promesas políticas de créditos de carbono establecidas en las conferencias de Joahnesburg en Sudáfrica y de Bonn en Alemania en 2001.

Al no crear ni distribuir riquezas en los países más pobres, ese modelo ambiental, que es francamente alienante, neutraliza las dignidades humanas. La falta de acceso de poblaciones hambrientas a los trabajos y a las tecnologías no les permite el *constructo* de nuevos hitos socio-económicos, lo cual acarrea ruina en las condiciones de vida de esas generaciones. La estructura de las actividades agrícolas, la pesca y las actividades productivas se sujetan ahora a todos tipos de límites y perjuicios de la legislación ambiental que, en la práctica, selecciona quiénes disponen del potencial económico y financiero para invertir en dichos proyectos y comunidades ambientales.

Sin oportunidades de empleo o de ingresos para sobrevivir, la gente pobre de otros países queda obligada a un destino doméstico desgraciado y no hay manera de compensar los dolores de esos pueblos históricamente explotados, excepto si existiera la institución de pago de “créditos existenciales” como una novedad para garantizar la globalización del bienestar o, al menos, disminuir los graves problemas sociales.

El hecho es que la cuestión ambiental provoca una parálisis forzada del progreso y los esfuerzos de soporte de los países aún industrializados no son efectivos.

Recuérdese que las resoluciones de la ONU 523 (VI) del 12 de enero 1952 y 626 (VII), de 21 de diciembre de 1952, propusieron en Bonn, en 2001, una forma de incentivo económico para los países de bajos ingresos que a cambio de la conservación de sus bosques recibirían los créditos de carbono que serían activos otorgados a los países que se comprometieran a usar Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL) para la reducción de sus emisiones de dióxido de carbono, incluyendo las energías y fuentes renovables alternativas.

La propuesta que pretendía obtener la desaceleración de la temperatura de la Tierra a 1,5 grados para el año 2100 fue un fracaso, porque en la práctica, sin el apoyo de los Estados Unidos y China que son los princi-

pales contaminadores del planeta, las políticas industriales y de consumo continúan agresivas y competitivas. Esta conclusión está bien perfilada incluso por el presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, quien, aunque reconoce en parte el problema medioambiental, ha señalado que este problema no puede estorbar el progreso de su país. Por ello, las recomendaciones del PNUMA no deben sustituir el método del *carbon sequestration* financiado por los créditos de la Bolsa de Chicago, por lo que no se justifica cesar el nuevo avance social e industrial de esta gran potencia.

En este mismo renglón los países de la APEC, como Hong Kong, Tawain, Corea, Singapur, Filipinas y Tailandia, no han dado mucha importancia a las cuestiones de la sostenibilidad y los RCEs. En cambio, los habitantes de esta región vienen experimentando desde la década de 1980 un razonable progreso, al mostrar expresivas mejoras en sus Índices de Desarrollo Humano (IDH) y en los PIB's por renta per cápita.

El supuesto de pago de los sugeridos “créditos existenciales”, a partir del momento en que un país no desarrollado deja de invertir en su industrialización, sería una forma de capturar el carbono de la atmósfera y al mismo tiempo una modalidad real de concretar los planes de una justicia biolaboral en el orbe internacional. De ese modo, aunque algunos países se mantengan financieramente “rehenes” de los más poderosos, esas medidas traerían la contaminación a niveles aceptables y el dinero destinado por los “créditos existenciales” habría de ser usado obligatoriamente en la oferta de empleos e ingresos en los servicios u otros sectores de apoyo a la economía mundial. Se cree pues que los “créditos existenciales” podrían integrar una partícula relevante de un derecho interconstitucional en formación, destacándose como una pieza monetaria para cambios o negocios en la extensa categoría en evolución de nuevos bienes y valores.

CONCLUSIONES

Con métodos descriptivos, inductivos, deductivos y consultas bibliográficas, este breve estudio incluyó algunos conocimientos teóricos y prácticos sobre los pasos de la Constitución y legislación ambiental brasileñas que están de nuevo al orden del día en las conferencias y reuniones sobre el cambio climático de la ONU de 2019 cuyo inventario no exclamó ninguna gran ayuda concreta para el mundo en desarrollo.

A pesar de ser uno de los pioneros en materia de medio ambiente, los sistemas de gestión ambientales de la Constitución de 1988 de Brasil, los cuales son seguidos en América Latina por las imposiciones del capitalismo exploratorio, favorecen todavía más al fisiocentrismo. Pero ese ecocentrismo exagerado ha constituido, paradójicamente, un obstáculo cierto para el progreso y el crecimiento de las naciones de aquella región.

La insostenibilidad del modelo ambiental brasileño tiene enfoques erróneos o incompletos sobre la materia y no hay duda de que las leyes de educación ambiental de aquellos países no están totalmente actualizadas. Ahora bien, no se puede imaginar un Estado Ambiental sostenible que no sea benéfico en el sentido económico y social.

Así, el *ambientalismo* brasileño, como el de la mayoría de los otros países de latinoamérica, se ahoga o se asfixia por programas de custodia de la biodiversidad natural que es capitaneado por las naciones más ricas que anuncian una tragedia global inminente, sin ofrecer ninguna salida estratégica o asertiva sobre el fin del desempleo y el estancamiento de la pobreza de sus pueblos. Para agravar este escenario, además de la omisión y la indiferencia de las grandes potencias que hacen promesas despojadas de fuerza ejecutiva o sancionatoria, las comunidades políticas internacionales no producen paradigmas que contemplen fallos concretos de desarrollo humano. La verdad es que hasta los científicos y los académicos no han formulado patrones de cambios evolutivos realistas sobre las políticas del medio ambiente que estancan el progreso.

El Río 92 así como la Constitución de Brasil son ejemplos medulares de una promesa de protección ambiental de valor semántico que, a pesar de su exuberancia formal, no han servido para promover el crecimiento eficaz de las naciones y de la gente del entorno del continente sudamericano, ensanchando, al contrario, la descomposición social, familiar y económica de los pueblos que viven allí. Mientras que los países más avanzados y el capitalismo financiero asimétrico burlan la lógica integradora de los ciclos civilizatorios, las condiciones de vida y las relaciones interpersonales entre los países se precarizan. Hoy la conciencia del *homo ambiental* es asimismo una estafa.

De todos modos, en parte, el *ambientalismo* brasileño es una farsa intelectual y, en un análisis geopolítico, los países pobres o emergentes tienden a imitar esta trampa de derechos y obligaciones dictadas por el mundo del derecho ambiental mundial, cuyos estudios preliminares indican que estos estándares son factores que impiden el desarrollo y el progreso existencial, especialmente de los países más débiles del planeta. El objetivo es la continuación perenne del “neocolonialismo” de Latino América.

En efecto, la hermandad, la solidaridad y el cooperativismo son ideales muy difíciles de alcanzar en esta era, pues fueron esas mismas construcciones hegemónicas las que en el pasado legitimaron la esclavitud y el racismo, y justifican la desigualdad hoy al defender el neocolonialismo, las crisis y las recesiones de los países más pobres.

La situación de proliferación del desempleo y la precariedad del trabajo en las regiones más pobres del planeta resulta una inaceptable conmoción ambiental. Con esta traba, las personas no flotan en las estructuras

sociales, la función integradora de los jóvenes falla, hay una caída de salarios y siquiera hay ventajas de los profesionales cualificados. Al provocar daños incrustados hoy inclusive en los tejidos familiares, ese momento histórico, si irreversible, producirá efectos desastrosos desde el punto de vista económico de la cohesión mundial. Asimismo, la disminución o la desaparición de los recursos no justifica el vaciamiento de medidas alternativas y la escasez de políticas de compensaciones de cambio de las normas y modelos ambientales que esterilizan rentas y que, en consecuencia, frustran la distribución de los ingresos en el mundo.

Frente a esas conclusiones, se observa la necesidad de un “corte epistemológico” en los pensamientos y acciones de las corrientes jurídicas actuales que tengan en el trabajo los paradigmas útiles para una metamorfosis social. Aunque la competitividad y la conflictividad sean elementos constitutivos innatos de la vida social, la solución y el uso de una biopolítica global no harán la invocación de milagros o de principios de bondades en las esferas regionales si, en esta línea, los dilemas laborales, ambientales y comunitarios no se solucionan antes que se acabe con la humanidad. Se resalta que no hay la idea de un capitalismo democrático que garantiza el “mínimo” de los derechos sociales fundamentales a la vista de la supremacía de la dignidad humana.

Por eso, los estudios académicos filtran análisis políticos, económicos y sociales para aportar cuestiones que superen los mitos de la necesidad de conservación de la biodiversidad ambiental, el cual debe ser sustituido por biopolíticas de sostenibilidad globales reales, por algo que verdaderamente ponga el ser humano en el epicentro de la jurisciencia. En este sentido, el ambientalismo latinoamericano representa un retroceso para la continuidad de la colonización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1988). Constitución Política de 1988 República Federativa de Brasil.
- DA SILVA, José Afonso. (2003). *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (1981). Ley No 6.938, de 31 de agosto de 1981. Recuperado de: http://www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/brazil/brazil_6938.pdf
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (1989). Ley No 7.853 de 1989. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=57119&p_classification=08.01
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (1990). Ley No 8.069 de 1990. Recuperado de: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/30/ley-ndeg-80691990-estatuto-del-nino-y-del-adolescente>

- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (1995). Ley No 9.605 de 1995
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (1999). Ley No 9.795 de 1999.
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (2001). Ley No 10.257, del 10 de julio de 2001. Recuperado de: <http://www.hlrn.org/img/documents/el-estatuto-de-la-ciudad%20sp.pdf>
- CONGRESSO NACIONAL DO BRASIL (2008). Ley No 11.077 de 2008.
- GOSEPATH, Stefan. (2013). *Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental*. En: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- ONU. (1948). Declaración universal de derechos humanos. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado de: <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/NormativaNacional/Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos%20de%201948.pdf>
- ONU. (1987). *Our Common Future: Brundtland Report*. New York.
- ONU. (1962). Soberanía permanente sobre los recursos naturales. Resolución 1803. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx>
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. (1990). Decreto no 99.274, de 6 de junho de 1990. Dsponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm
- SACHS, Jeffrey. (2015). *The age of sustainable development*. New York: Columbia University Press.
- SCHOLLER, Heinrich. (1980). “*Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten*”, en: *Juristenzeitung*.
- SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA. (2002). Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente. Recuperado de: <http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf>
- SILVA, Virgílio Afonso. (2005). *A evolução dos direitos fundamentais*: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. 6ª ed. Belo Horizonte. Del Rey.
- YARDLEY, Jim. (2015). *Pope Francis, in Sweeping Encyclical, Calls for Swift Action on Climate Change*. The New York Times. 18 de junio de 2015.
- ZACHER, Hans-Friedrich. (1987), “*De las solas y Staatsziel*”, in: *Isensee-Kirchhof* (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HBStR), vol. I, Heidelberg, CF Muller.

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL:
REFLEXIONES SOBRE UNA RESTRICCIÓN
LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA
CON RELACIÓN A LA FORMA DEL REGISTRO DE
NACIMIENTO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN
ESTATAL***

Juan Antonio Flores Hernández**

Gabriela Aguado Romero***

Recibido: Marzo 16 de 2019

Aprobado: Mayo 2 de 2019

Citar este trabajo como: Flores Hernández, J., & Aguado Romero, G. (2019). Gestación por sustitución internacional: reflexiones sobre una restricción legislativa constitucionalmente válida con relación a la forma del registro de nacimiento y el margen de apreciación estatal. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 99-129. <https://doi.org/10.29375/01208578.3581>

* El presente artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La gestación por sustitución en el discurso de los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos”. En conjunto es el resultado parcial de una estancia de investigación bajo la orientación de la Dra. Antonia Durán Ayago, profesora en el Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca, España, la supervisión como tutora de la Doctora Gabriela Aguado Romero, como cotutora la Doctora Gisela María Pérez Fuentesy, como lectores: el Doctor Gerardo Ribeiro Toral y Lutz Alexander Keferstein Caballero, profesores investigadores en la Universidad Autónoma de Querétaro; con el apoyo del Capítulo Guanajuato de la Academia Nacional de Bioética, A.C., el Proyecto Inocencia con residencia en la ciudad de Guanajuato, México, perteneciente a la red Innocence Project con sede en California Wester School of Law, U.S.A. y, la Fundación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos sita en San José, Costa Rica.

** Candidato a Doctor, Universidad de Querétaro, México, Santiago de Querétaro. Orcid: 0000-0003-2306-3672. Correo electrónico: lic.flores8@gmail.com

*** Doctora en Derecho, Profesora Universidad de Querétaro, México, Santiago de Querétaro. Orcid: 0000-0003-3733-6459. Correo electrónico: gabriela.aguado@uaq.mx

RESUMEN:

En abril de 2017 un tribunal federal, como órgano del sistema de control concentrado de constitucionalidad, emitió en Tabasco una sentencia sobre la determinación de filiación de una menor, derivada de un contrato de gestación por sustitución con padre extranjero en modelo familiar monoparental. El discurso judicial ordenó al Registro Civil la inscripción inmediata del nacimiento de la niña sin necesidad de agotar el procedimiento judicial de adopción e inaplicó la legislación vigente. Sin embargo, se encuentran ocultos argumentos plausibles sobre la restricción legislativa soslayada en torno a la finalidad constitucionalmente válida; la idoneidad para proteger el orden público y el interés de la menor; la necesidad de procurar equilibrio entre el interés de la comunidad en lograr la elección efectuada democráticamente, los peligros derivados de la gestación por sustitución (interés público), el interés del comitente y del menor (intereses privados); la construcción de diversos conceptos de filiación: biológica, genética o de intención; y la intervención judicial y su funcionalidad en la interpretación de la noción de inmediatez en el registro de nacimiento.

Palabras clave: Gestación por sustitución; filiación; Constitución; registro de nacimiento.

INTERNATIONAL GESTATIONAL SURROGACY: REFLECTIONS BETWEEN A CONSTITUTIONALLY VALID LEGISLATIVE RESTRICTION REGARDING HOW THE BIRTH IS REGISTERED AND THE MARGIN OF STATE APPRECIATION

ABSTRACT:

In April 2017, a federal court, as a body of the specialized control system of constitutionality, handed down a sentence in Tabasco on the determination of parentage of a minor, derived from a gestational surrogacy agreement with a foreign father in a single-parent family model. The judicial discourse ordered the Civil Registry to immediately record the girl's birth without the need to exhaust the legal procedure of adoption, and unenforced the current legislation. However, there are reasonable hidden arguments about the eluded legislative restriction regarding the constitutionally valid purpose; the suitability to protect the public order and the minor's interest; the need of finding balance between the community's interest of achieving the democratically conducted election, the dangers derived from gestational surrogacy (public interest), the interest of the principal party and the minor (private interests); the construction of di-

verse parentage concepts: biological, genetic or intended; and the legal intervention and its functionality in the interpretation of the notion of immediacy in the birth registration.

Keywords: Gestational surrogacy; parentage; constitution; birth registration.

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO INTERNACIONAL: REFLEXÕES ENTRE UMA RESTRIÇÃO LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA COM RELAÇÃO À FORMA DO REGISTRO DE NASCIMENTO E A MARGEM DE APRECIACÃO DO ESTADO

RESUMO:

Em abril de 2017, em Tabasco, um tribunal federal, como órgão do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, emitiu uma sentença sobre a determinação da filiação de um menor, derivada de um contrato de gestação por substituição com um pai estrangeiro em um modelo de família monoparental. O discurso judicial ordenou ao Registro Civil o registro imediato do nascimento da criança sem ter que esgotar o processo de adoção e sem levar em conta a legislação vigente. No entanto, há argumentos plausíveis ocultos sobre a restrição legislativa que foi negligenciada em relação ao propósito constitucionalmente válido; a idoneidade para proteger a ordem pública e o interesse da criança; a necessidade de procurar um equilíbrio entre o interesse da comunidade em alcançar a escolha democraticamente eleita, os perigos decorrentes da gestação por substituição (interesse público), o interesse dos envolvidos e do menor (interesses privados); a construção de diferentes conceitos de filiação: biológica, genética ou socioafetiva; e a intervenção judicial e sua funcionalidade na interpretação da noção de imediatismo no registro de nascimento.

Palavras-chave: Gestação por substituição; filiação; constituição; registro de nascimento

INTRODUCCIÓN

El margen de apreciación que puede tener cada entidad federativa, sobre la ponderación del orden público y el interés social, es una herramienta hermenéutica para justipreciar la legitimación de una intervención legislativa que restrinja un derecho fundamental con la finalidad de perseguir un objetivo constitucionalmente válido. Sobre el tópico de la gestación por sustitución, una vez que han nacido los niños, los problemas que se suscitan con su identidad son el registro de su filiación correspondiente en el ámbito interno, y en el externo, el reconocimiento de esa filiación

ya establecida al desplazarse al Estado donde se busca que residan permanentemente, como en España con la resolución del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2015 (Durán, 2012, pp. 268-269) o en Francia con los asuntos *Menesson* y *Labassee*.

El propósito de este artículo es comentar la Sentencia de 28 de abril de 2017 emitida por un juzgado de distrito en Tabasco, para analizar el problema de asentamiento del registro de filiación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución internacional en relación con una menor nacida y su padre biológico. En ese discurso, cabe destacar que el derecho de familia en México ha logrado cierta autonomía dentro del derecho civil como resultado de un método de política jurídica; lo anterior ocurre por la necesidad de la protección de las personas más débiles y por tanto la protección de la teoría de los derechos humanos a través de la constitucionalización de algunas instituciones tradicionales del derecho civil (Pérez, 2017, p. 146).

Se evidencia que se trata de una política pública del estado de Tabasco para determinar la filiación derivada de la *gestación por contrato*, la cual impone específicamente el procedimiento judicial de la adopción plena para el asentamiento del recién nacido. Existen argumentos plausibles para sostener: I. La finalidad constitucionalmente válida de la restricción legislativa; II. La idoneidad para proteger tanto el orden público como la vida privada del infante; III. La necesidad equilibrada entre los intereses públicos, privados y peligros derivados de la gestación por sustitución; IV. El ascenso sobre la necesidad de la intervención estatal en el acto reproductivo de la gestación por sustitución para la determinación paterno-filial, vía administrativa, judicial o ambas; V. La falta de consenso para determinar la necesidad de que dicha intervención sea anterior o posterior al parto, en tanto que cada alternativa para determinar la filiación deriva de un sistema de presunciones basado en una construcción ideológica diversa: biológica, genética o de intención; y VI. La intervención judicial posterior al parto por vía de adopción es una alternativa razonablemente breve para reconocer un estatus definido de identidad cierta y que provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores.

Si bien el derecho como significado es abierto, por no existir una visión única del bien y de lo justo, la función resolutoria acompañada de la fuerza legitimadora del Estado es una herramienta de control social en la necesidad de suprimir el derecho frente a visiones incompatibles entre sí para elegir una de ellas, lo que determina en forma permeable lo que el derecho no es y expulsa la narrativa que no supera un parámetro aceptable (Cover, 1983, p. 40). Los tribunales ordenan que se actúe de determinada manera, o impiden que se actúe de otra. Frente a visiones distintas que promueven resultados diversos el resolutor elige una de ellas. Sin embargo, esta función puede postularse solo en un sentido limitado: la decisión judicial únicamente es final en el sentido de poner fin a un caso

concreto y resolver un reclamo específico en un lugar y tiempo determinados. La sentencia del tribunal, por sí sola, de ninguna manera pone fin a la controversia social que sirve de trasfondo a ese caso. En los casos difíciles, como el que atañe al presente estudio, la controversia permanece viva en el mundo del derecho pues conviven legítimamente diversas interpretaciones válidas (Álvarez, 2012, p. 83).

En el caso concreto, el señor Aaron Ray Cyr, norteamericano, por su propio derecho y en representación de su hija, la menor Rachel Mary Cyr recién nacida mediante gestación por sustitución con la aportación de su material genético, promovió juicio de amparo en contra de diversos actos de autoridad, solicitando la protección de la justicia federal, en lo que aquí interesa, contra: a) la inconstitucionalidad de los artículos que reformaban la legislación civil del estado de Tabasco en lo relativo a la gestación por sustitución, y b) el acuerdo SG/DGRCT/153/2016 emitido por la Dirección del Registro Civil del estado de Tabasco, el cual declaró improcedente la solicitud de registro de una menor por su padre de intención.

La Dirección General del Registro Civil del estado de Tabasco y su Coordinación Jurídica rindieron informes justificados en el sentido de no declarar improcedente el registro de la infante, solo se concentraron en manifestar las razones por las que resultaban incompetentes para asentar a la menor nacida mediante el procedimiento de “gestación materna sustituta”, puesto que atendiendo a que la transferencia embrionaria tuvo lugar el 7 de abril de 2016, durante la vigencia de los artículos 380 bis, 380 bis 1, 380 bis 2, 380 bis 3, 380 bis 4, 380 bis 5, 380 bis 6 y 380 bis 7 del Código Civil del estado de Tabasco¹, quien tenía legalmente esa potestad era el juez competente a través de un procedimiento no contencioso de adopción plena.

1 En lo sustancial, los artículos en contexto disponen el marco regulatorio de lo que el Código Civil de Tabasco denomina “contrato de gestación”, entre otros: I.- La “gestación por contrato” admite dos modalidades: la *subrogada*, implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena (artículo 382 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato, fracción I), y la *sustituta*, implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante; ser ciudadanos mexicanos y el procedimiento judicial en el que se centra el presente estudio, IV.- El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena (artículo 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido, último párrafo). Por su parte, la adopción plena se regula en los artículos 398, 399, 400, 401, 402 y 403 del Código Civil para el estado de Tabasco. En lo sustancial, se requiere que el menor, entre otros supuestos, sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción; que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; la adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado, para que la adopción plena tenga lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos, la persona o personas quienes por la ley ejercen la patria potestad, en este caso la madre subrogada-.

En el caso que nos ocupa, mediante el trámite por separado del juicio principal y a través de un procedimiento incidental, el juez de distrito concedió la suspensión del acto reclamado consistente en la negativa de expedir el acta de nacimiento de la menor Rachel Mary Cyr y ordenó en consecuencia expedir una en forma cautelar, lo que no fue concretamente solicitado por los demandantes por lo que la orientación instrumental de esa medida se entiende en forma tácita como suplencia de la deficiencia en la pretensión de los solicitantes que el juzgador integró con base en una “interpretación conforme” (Miranda, 2014, pp. 69-80). No obstante, ante ese panorama el Registro Civil solicitó una aclaración manifestando incertidumbre e imposibilidad jurídica para cumplir al no existir en la legislación civil de Tabasco la figura jurídica de acta de nacimiento provisional.

El juez de distrito, en aras de salvaguardar el principio de interés superior del menor, precisó que se había concedido la suspensión:

[...] para que el Titular de la Dirección General del Registro Civil del estado de Tabasco, registre y/o inscriba a la citada menor de edad, debiendo expedirle de manera gratuita, su primer copia certificada del acta de registro de nacimiento. Asimismo... deberá hacer una anotación marginal o hacer constar dentro del acta que ésta es de carácter provisional, imponiendo la obligación a que las autoridades, instituciones o dependencias ante las que se presente ese documento, estarán forzadas a informar el trámite y motivo por el que se les exhibió, hasta en tanto se resuelve el fondo de este asunto; lo anterior, con la finalidad de salvaguardar derechos de un tercero y además que, de no hacerlo así, se dejaría en estado de indefensión a la infante, pues como se ha dicho el derecho a la identidad es un requisito sine qua non para poder acceder a otros diversos, como son la salud, educación, entre otros [...]. (Pérez Chan, 2017)

Por otra parte, el juez de distrito abundó en que en ninguna parte se expresó que el acta debía ser provisional, sino que, por el contrario, se tenía que registrar o inscribir inmediatamente a la menor. Esto se deriva del derecho humano de identidad y la obligatoriedad de ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. Aunado a ello, se ordenaba hacer una anotación marginal, lo cual no implica que el acta sea provisional, ni mucho menos pugna con la legislación civil aplicable; tan es así, que el Reglamento del Registro Civil del estado de Tabasco faculta realizar distintos tipos de anotaciones al margen de las actas, como precisamente se ordenó hacer en tanto que el registro o inscripción de la menor deriva de una medida suspensiva que tiene vigencia hasta que cause ejecutoria el juicio de amparo y quede *sub iudice* su validez posterior y que se resuelva mediante sentencia definitiva.

En esas condiciones, al estimar el juez que no se había dado cumplimiento a lo ordenado requirió para que en:

[...] forma inmediata... dentro de las veinticuatro horas siguientes... sin que haya lugar a prórroga alguna, sirva dar cumplimiento a la medida cautelar; apercibida que, en caso de incumplimiento, se hará acreedora a una multa... Lo anterior, en el entendido que el desacato... podría dar origen... a que este órgano jurisdiccional ordene que se dé vista al Ministerio Público por la probable comisión... del delito de desobediencia [...]. (Pérez Chan, 2017)

En la sentencia definitiva se ordenó al Registro Civil ejecutar los trámites administrativos que se requerían para que se expidiera copia certificada del acta de nacimiento.

Lo singular es que el juzgador hace referencia tácita a un principio de igualdad del menor independientemente de las circunstancias del nacimiento y a una atenuación o “efecto mitigado del orden público” al declarar que en el ordenamiento civil no se encuentra inmerso dispositivo alguno que disponga la prohibición de realizar el asentamiento de un menor a quien demuestre ser su padre biológico.

Con reserva ha de cuestionarse si la resolución judicial fue necesariamente omisa ante la ausencia de la actividad contenciosa de las autoridades llamadas a juicio, o debidamente contenida con relación a un exceso de actividad judicial (Osuna, 2015; Gutiérrez, 2016) y respetuosa de las relaciones familiares de facto e intimidad, para que no sean conocidos por terceros ciertos aspectos de su vida privada; ello al omitir las presunciones del parto y no orientar el interés superior del niño para establecer la integración total de la verdad biológica, puesto que no fue controvertido el resultado de la prueba de exclusión de paternidad realizada por un laboratorio privado, ni se instó para descartar que efectivamente la gestante no hubiera aportado su carga genética.

La idea disidente del presente artículo se centra en dos orientaciones: la primera, la intervención legislativa en el caso de Tabasco no es una medida suprainclusiva, es decir, no es una prohibición absoluta, ni deja desprotegido el derecho a la identidad del menor al permitir el establecimiento de la relación paterno filial mediante un procedimiento de adopción, además de no impedir la unidad familiar en la que pueda estar integrada la menor; la segunda, una interpretación válida y divergente a la literal sobre el enunciado constitucional “[...] Toda persona tiene derecho [...] a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento [...]”, para determinar el alcance del término “inmediatez” en un sentido de brevedad razonable.

METODOLOGÍA

Mediante el Análisis Crítico del Discurso se busca descifrar semánticamente el núcleo duro y discurso político de la identidad y el orden público de la gestación por sustitución como los derechos en colisión, colocando en el centro de la discusión aquellos elementos que permanecen expresos u ocultos en el discurso jurídico, para realizar un *test* de ponderación.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN LEGISLATIVA

Partiendo de la idea de que los derechos fundamentales tienen la función de delimitar el *núcleo duro* de determinado derecho humano (Nino, 1989, p. 223), una especie de *área residual* (Díez-Picazo, 2005, p. 70) que excluye la actuación estatal del goce de ese derecho reconocido como indispensable, forma un “coto vedado” (Garzón, 1989, p. 209), esto es, un límite negativo al poder público que prohíbe intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental (Alexy, 2007, pp. 197-201).

Por otra parte, ningún derecho fundamental es absoluto, irrestricto e ilimitado (SCJN, AR 173/2008, p. 34-35). Estos colisionan con límites externos, y otras prerrogativas de terceros y el orden público (objetivos sociales colectivos positivizados) consecuentemente pueden ser intervenidos legislativamente con la finalidad de perseguir un objetivo constitucionalmente válido (Prieto, 2003, p. 222). El legislador está facultado para regular los derechos fundamentales, determinar su contenido y delimitar sus alcances, siempre bajo condiciones dignas y justas cuando se afecten derechos de terceros o de la sociedad en general y no para establecer límites que en su aplicación equivalgan en la realidad a una cancelación de su contenido esencial (SCJN, AR 173/2008, p. 37).

Expuesto así, en la construcción del presupuesto de inicio para el análisis de ponderación es menester fijar que la intervención legislativa que nos ocupa limita el derecho fundamental que domina nuestra atención (Bernal, 2007, p.45), es decir, la política pública del estado de Tabasco sobre filiación derivada de la “gestación por contrato” es una intervención en la vida privada del recién nacido e incide en el contenido *prima facie* (Barak, 2012, p. 19) del derecho fundamental a la identidad. En atención a que aquella tiene el alcance para imponer específicamente el procedimiento judicial de la adopción plena para el asentamiento del recién nacido, lo que constituye un obstáculo jurídico para el reconocimiento de la paternidad biológica en forma administrativa ante el Registro Civil.

Finalidad constitucional

La finalidad de la restricción es constitucionalmente válida. El legislador en la exposición de motivos justifica que la finalidad de la intervención es la protección del interés del menor y del orden público estatal. Pretensiones para materializar con la instrumentación de cambios en la forma de probar la filiación (que busca certeza en las formas de acreditarla) y la intervención judicial a fin de tutelar el derecho de familia e impedir la eventual mercantilización de los recién nacidos (Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 2016), son objetivos que legítimamente puede perseguir el estado nación.

Se enfatiza en la preocupación subyacente del legislador, la eventual mercantilización del menor como motivación de la intervención legislativa a fin de evitar la afectación de los derechos de terceros (recién nacidos) y de la sociedad en general. Finalidades que buscan la realización de un objetivo expresamente previsto en la Norma Fundamental: proteger el derecho a la integridad de los niños, establecido en el párrafo noveno del artículo 4° Constitucional:

[...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez [...]. (Pérez Chan, 2017)

La protección consistente en no establecer un vínculo paterno filial entre el menor y el comitente, derivada de la eventualidad de mercantilización y el interés del niño evidenciados en un procedimiento judicial, es una excepción reconocida en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”:

[...] Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo [...]”. (OEA, 1988)

Idoneidad

Es idónea la intervención para proteger tanto el orden público como la vida privada del infante. Existe evidencia que relaciona la gestación por sustitución y una situación de peligro que afecta el orden público y los derechos del infante. Aun cuando se pueda sostener que se trata de afectaciones de escasa entidad, ello no es obstáculo para afirmar que, la medida legislativa que instrumenta cambios en la forma de probar la filiación y la intervención judicial a fin de tutelar el derecho de familia e impedir la eventual mercantilización, es idónea para proteger tanto el orden público como el interés del menor.

Para identificar la idoneidad de la restricción y alcanzar el propósito del legislador, se debe evaluar a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas y verificar la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue

esta afectación; es suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el objetivo del legislador (Bernal, 2007, P. 733), es decir, si la correlación entre medio y fin es positiva con independencia de su nivel de eficacia.

Del examen de la literatura que ha analizado la gestación por sustitución puede identificarse, con relación al recién nacido, un efecto negativo: la cosificación del menor al convertirlo en objeto de propiedad o comercio (Pérez Fuentes, 2017, p. 130).

En este sentido se han alzado diversas opiniones: el Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé de Francia ha manifestado que la gestación por sustitución puede servir a intereses comerciales y puede causar secuelas emocionales en los hijos (opinión número 3, 1984; opinión número 90, 2005; opinión número 110, 2010); la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en España, en su informe de 1986 concluye que de la gestación por sustitución derivan interrogantes de carácter legal de difícil interpretación como la existencia de conflictos derivados de una comercialización descubierta (Palacios, 1986. p. 166); la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado estudia actualmente las cuestiones de derecho internacional privado que se encuentran en relación con el origen legal de los niños, así como la relación con los acuerdos internacionales de subrogación. El proyecto denominado “Filiación y Maternidad Subrogada” señala en su presentación que es bien sabido que la subrogación es un negocio global (HCCH, 2010); el informe del Comité Ad Hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas en el Consejo de Europa, el cual ha sido considerado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Menesson y Labassee*, publicó en 1989 una serie de principios; el decimoquinto relativo a las madres sustitutas, señala:

[...] cualquier actividad de intermediario para las personas afectadas por la maternidad de sustitución debe estar prohibida, así como todas las formas de publicidad relacionadas con ella. Sin embargo, los Estados pueden, en casos excepcionales previstos en su legislación nacional, proporcionar, sin excepción al párrafo 2 de este Principio, que un médico o un establecimiento puede fertilizar a una madre sustituta mediante el uso de técnicas artificiales de procreación, siempre que la madre sustituta no obtiene ningún beneficio material de la operación; y que la madre gestante pueda, al nacimiento, elegir quedarse con el niño [...]. (*Menesson, Labassee*, 2018).

Por su parte, el Congreso del estado de Tabasco en la justificación de la reforma consideró como literatura el trabajo de Fernando Alarcón, “El Negocio de maternidad por sustitución en la gestación”, obtenido de las memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética de-

sarrollado en Bogotá por el Centro de Estudios sobre genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia en el año 2003; igualmente, el trabajo Maternidad Subrogada de agosto de 2008, publicado por el Centro de Documentación, Información y Análisis del Congreso de la Unión, en el que se señala que la filiación no es la única cuestión que se plantea a partir de la posibilidad de escisión de la procreación con respecto a la sexualidad. Los gametos masculino y femenino, el embrión y la gestación, son elementos separables e intercambiables que adquieren valor de uso para otras personas, que como pacientes, médicos, investigadores o como otro tipo de usuarios, están interesados en utilizarlos. Con esto no solo cobra relevancia su estatus jurídico como partes o funciones del cuerpo humano, sino que se convierten en objeto de apropiación y de intercambio. A partir de esto no se trata simplemente del problema de que, puntual o clandestinamente, se comercie con materiales humanos y se pague por ellos, aunque puede ser una de las manifestaciones más preocupantes. No se trata meramente de que la distribución o producción de estos materiales esté más o menos mercantilizada, tampoco de que existan unas fuerzas y mecanismos de mercado que los atraigan a su dinámica. El hecho significativo es que estos materiales se puedan constituir en bienes (Lema, 1999, p. 101).

Frente a la cosificación mercantil del menor puede atribuirse cierta analogía entre la adopción fraudulenta y las formas de atribuir la relación paterno-filial derivada del acto reproductivo de la gestación por sustitución, con problemáticas identificadas cuando se dan fallas de tipo legislativo que no implican ningún obstáculo; en este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la adopción debe lograrse mediante la intervención judicial para controlar su ejecución, ya que es importante que sea “un acto tendiente al bienestar del niño” y la falta de control sobre ella puede dar lugar a abusos y acciones ilícitas (OC-17/2002, pp. 40-41).

Necesidad

Existen argumentos pausibles para sostener en Tabasco, el registro del recién nacido por los padres de intención mediante intervención judicial (adopción) es una medida legislativa necesaria (equilibrada) entre los intereses públicos, privados y peligros derivados de la gestación por sustitución considerando el espectro de ser la gestación por sustitución un acto jurídico normativo complejo estructurado por actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales, con autonomía propia pero todos juntos dirigidos a la producción de un efecto final (Pérez, 2017, pp. 62-63).

Un punto esencial de partida es la doctrina dada en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en los casos franceses:

[...] los riesgos asociados con las nuevas técnicas en un campo tan sensible como la procreación médicamente asistida, deben tomarse seriamente en consideración y que en primer lugar el legislador doméstico debe evaluar estos riesgos después de haber calibrado cuidadosamente los distintos intereses públicos y privados involucrados y los peligros a los que pudiera hacerse frente[...]. (Mennesson, Labassee, 2018).

Doctrina que puede ser encajada con la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: “[...] el Estado puede limitar más severamente los derechos de los niños que los adultos en nombre de la seguridad pública y con el propósito de alentar su crecimiento y desarrollo [...]” (Prince v. Massachusetts, 1944).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva número 5, 1985, párrs. 46 y 79) y la Corte Europea de Derecho Humanos (Sunday Times c. Royaume-Uni, 1979, pp. 34-35) han señalado que necesario no es sinónimo de indispensable y que para que una restricción sea necesaria, entre las alternativas debe optarse por la que restrinja en menor escala el derecho protegido. El examen de necesidad de la medida legislativa implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que se persiguen, y en segundo lugar determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado (Bernal, pp.742-750).

En la legislación de Tabasco no se distingue un escenario similar en donde el legislador hubiere considerado adecuadas otras medidas, en ese tenor la búsqueda de medios alternativos se pretende acotar analizando las variantes en el derecho comparado, tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial, sin que ello signifique que el legislador se encuentre obligado a regular de forma idéntica, toda vez que las restricciones deben ponderarse en cada caso en particular y debe atenderse al margen de apreciación del estado de Tabasco para definir el orden público y la forma de reconocimiento de la filiación. Legitimación estatal que se justifica toda vez que en el tema de la gestación por sustitución concurren en forma legítima concepciones jurídicas, filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, sin existir un consenso interestatal de interpretación acorde a fuentes formales del derecho para la integración de la norma jurídica (Vio, 2012).

Además, el argumento de discriminación por razón de filiación no exige que el ordenamiento jurídico de Tabasco deba regular en forma idéntica derivada de la gestación por sustitución. El legislador goza de cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, derivadas del matrimonio o concubinato, de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida (Saraza, 2015).

La legislación de Tabasco no anula la inscripción de la filiación, sino que obliga a cumplir la formalidad de la adopción, la cual puede ser criticada para el caso de formalizar la filiación biológica, empero, si el legislador determinó la intervención judicial posterior al nacimiento, esa elección puede considerarse menor al poder elegirse la impugnación de la paternidad biológica en forma contenciosa. En el mismo tenor, en los casos franceses, el Tribunal Estrasburgo examina si la injerencia de Francia, prevista en la ley y que responde a fines legítimos y subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que suscita este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Como todos los derechos, precisa el Tribunal Supremo Español, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación en cualquier forma, siempre que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales (Saraza, 2015), ni en la especie al orden público de Tabasco y además respete las exigencias convencionales en materia de derechos humanos y de la infancia.

Legislación internacional. La gestación por sustitución está expresamente prohibida en Alemania, Arabia Saudita, Austria, Bélgica, China, España, Estonia, Francia, Hungría, Holanda, Islandia, Italia, Japón, Moldavia, Noruega, Pakistán, Suecia, Suiza, Turquía; en Estados Unidos: Indiana, Nebraska; en México: Coahuila y Querétaro. No existe regulación en Argentina, Brasil, Chile, Chipre, Finlandia, Guatemala, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Panamá, Polonia, San Marino y en el resto de los Estados de la República Mexicana (Mennesson, 2018, párr. 41; Labassee, 2018, párr. 32; Lamm, 2012, pp. 71, 102, 118, 125, 126, 127, 128, 181, 185; Lamm, 2013, p. 5; Verschelden, 2013, p. 49; Nadia de Araujo, 2013, p. 85; Hou, 2013, p. 93; Perreau-Saussine, 2013, p. 119; Gössl, 2013, p. 131; Nagy, 2013, p. 175; De Alcantara, 2013, p. 247; Orejudo, 2013, p. 347; Snyders, 2013, p. 387; Sloan, 2016; Martiny, 2016; Szeibert, 2016; Cubeddu, 2016; Lamarca, 2016; Schwenze, 2016; Orücü, 2016).

En relación con la inmediatez, intervención judicial e incidencia del parámetro genético en el registro del nacimiento, en las legislaciones donde expresamente se permite, se agrupan tres supuestos:

A. Israel, Reino Unido y Australia impiden el registro administrativo del recién nacido por los comitentes con independencia de ser los padres genéticos, imponen: I. La intervención judicial posterior al nacimiento para establecer la filiación; II. Un periodo de espera para asignar esa filiación; y III. La posibilidad de no reconocer relación parental con los padres de intención con independencia del parámetro genético, ello derivado del interés del menor o el arrepentimiento de la gestante o el desinterés de los comitentes al dejar prescribir el plazo para solicitar la orden parental (Shalev, 2011, p. 182; Lamm, 2012, pp. 131-148, 159; Levush, 2012, p.

10-11; Keyes, 2013, pp. 25-48; Shakargy, 2013, pp. 231-246; Wells-Greco, 2013, pp. 367-386; Douglas, 2016).

- A. En el caso de Israel la supervisión estatal es de tal relevancia que los procedimientos de fertilización *in vitro* solo pueden realizarse en instituciones públicas de forma gratuita (Shnit, 1985, p. 155; Nahmani, 1995, párr. 16, 17, 18; Sharon, 2013, p. 239).
- B. Grecia, Ucrania, Portugal, Sudáfrica, Rusia y Canadá con excepción de la provincia de Quebec, prevén una intervención tanto administrativa como judicial anterior al nacimiento para el asentamiento del menor ante el Registro Civil. El principal efecto de la intervención estatal anterior al parto es la generación de la presunción legal de la filiación genética de los comitentes o al menos de uno de ellos, el varón regularmente, con la donación anónima del ovocito, salvo Portugal que prohíbe el anonimato. Presunción que se justifica ante la prohibición de que la gestante aporte su material genético, consecuentemente se omite la paternidad derivada del parto y de quien demuestre nupcias. Generalmente se excluye el acceso al varón independiente, parejas heterosexuales en que ambos son infértiles o familias homoparentales masculinas (Rokas, 2013, pp. 143; Khazova, 2013, p. 311; Slabbert, 2013, p. 325; Druzenko, 2013, p. 357; Khazova, 2016).

En Grecia la gestante no puede aportar su material genético; esta y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes, la maternidad por la gestante puede ser impugnada en un plazo de seis meses posteriores al nacimiento, y existe restricción de acceso al varón independiente (Lamm, 2012, pp. 150-153; Zervogianni, 2012, p. 15; Rokas, 2013, pp. 143-166).

Ucrania no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, la gestante no puede aportar su material genético, acceso exclusivo a parejas heterosexuales casadas (Lamm, 2012, pp. 174-178; Druzenko, 2013, pp. 357-365).

En Portugal la gestante no puede aportar su material genético, exclusiva para parejas heterosexuales y parejas homoparentales femeninas y se prohíbe la donación anónima de gametos (Assembleia da República Portuguesa, 2016) (Lamm, 2012, pp. 130-131).

En Sudáfrica los padres de intención deben ser ciudadanos o residentes, se excluye a modelos familiares donde ambos son infértiles, la gestante no puede aportar su material genético y puede impugnar la maternidad en un plazo de 60 días de haber aportado su carga gamética, acreditándose la libertad de la decisión y las conciencias de las consecuencias (Lamm, 2012, pp. 164-170; Slabbert, 2013, pp. 325-345).

En Canadá no existe restricción a extranjeros o modelo familiar, se permite la donación de gametos tanto masculino como femenino (Government of Canada, 2004) (Lamm, 2012, pp. 148-153).

En Rusia, se restringe el acceso al modelo familiar monoparental masculino monoparental femenino infértil y homoparentales, la gestante no aporta su material genético, los gametos deben proceder de la pareja y en su defecto de un donante (Khazova, 2013, pp. 311-324; Khazova, 2016).

- C. En los Estados Unidos de Norteamérica: California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire y el Distrito de Columbia, se prevé una intervención exclusivamente judicial anterior al nacimiento para el registro del menor mediante sentencia judicial, lo que resulta relevante dado el efecto de la “cosa juzgada”. El principal efecto de la intervención estatal anterior al parto es la generación de la presunción legal de la filiación de intención de los comitentes con independencia de la relación genética con el menor, no existe restricción a extranjeros ni a ningún modelo familiar, se permite la donación de gametos tanto masculino como femenino, en algunos estados como California ni siquiera existe legislación expresa y la filiación se determina judicialmente con base en precedentes (Lamm, 2012, pp. 185-192; Snyder, 2013, pp. 387-396).

Lo expuesto denota, por una parte, un ascenso sobre la necesidad de la intervención estatal en el acto reproductivo de la gestación por sustitución para la determinación paterno filial vía administrativa, judicial o ambas. De otra parte, se evidencia una falta de consenso para determinar la necesidad de que dicha intervención sea anterior o posterior al parto, en tanto que cada alternativa deriva de una política pública diversa para determinar las presunciones legales en relación a los comitentes que puede ser dividida en tres grupos:

1. En el primer grupo de legislaciones extranjeras, se mantiene como funcional un sistema de presunciones legales sobre un concepto que se identifica como “filiación biológica” que reconoce el parto y las nupcias como causa generadora de la relación paterno filial. La trascendencia del parto entraña una especial valoración de la función de la gestación que se confirma con notas distintivas: el reconocimiento judicial de la filiación es posterior al parto, la existencia de un periodo de reflexión para la gestante y la facultad gestante puede retener al menor.

Evidente es que la legislación de este primer grupo de países resulta más inclusiva que en Tabasco: al limitar o desconocer el parentesco genético a un periodo de reflexión con posibilidad de arrepentimiento de la gestante para mantener la custodia del recién nacido o bien la prescripción del plazo para solicitar la orden parental.

Asimismo, se hace notar que el orden público de los países del primer grupo, sobre la mercantilización del infante que se tutela a través de: la posibilidad de la determinación judicial para no otorgar filiación a los comitentes con base en el interés del menor; la exclusión a extranjeros o; por contradecir la política pública al realizar un acuerdo comercial o sin tener problemas de infertilidad.

1. El segundo grupo construye una figura que se distingue como “filiación genética” que reconoce los adelantos científicos en materia de reproducción, lo cual permite separar el hecho del parto y el acto de demostrar nupcias para determinar que padre es quien aporta sus genes. Generándose un sistema de presunciones paterno filiales sentadas en el imperativo público -para que los padres de intención aporten su carga gamética o al menos uno de ellos- debido a la infertilidad el otro, de ahí que se admita la impugnación después del parto de la maternidad de la gestante de haber aportado su perfil genético, ello como grado de sanción por no acatar imperativo enunciado.
2. En el tercer grupo, los Estados de California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire y el Distrito de Columbia, la paternidad se argumenta en lo que se ha denominado como “filiación de intención”, la cual impera sobre la supremacía genética. Conceptuándose que la paternidad de intención no es una privación de los derechos constitucionales de la gestante ni ofende a la Constitución estatal o federal ni a la política pública (Johnson contra Calvert, 1993). Además, el estatuto que rige la inseminación artificial que hace a un esposo el padre legítimo de un niño que no tiene relación con él se aplica tanto al cónyuge de la gestante como de la comitente, el cónyuge de esta última es el padre legal del recién nacido, incluso si prometió asumir toda la responsabilidad por el cuidado del menor. A pesar de que los padres legales no estén relacionados biológicamente con el recién nacido, siguen siendo sus padres legítimos debido a su papel iniciador como padres intencionados en su concepción y nacimiento, si significativamente se correlaciona con los mejores intereses del niño (Buzzanca contra Buzzanca, 1998).

Jurisprudencia internacional. En Francia existen como referentes emblemáticos las sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre los asuntos: *Menesson y Labassee* de junio de 2014, *Foulon y Bouvet* de julio de 2016. En los cuatro juicios uno de los padres de intención aportó su material genético, en los dos primeros se pedía la transcripción de la sentencia estadounidense que establecía la filiación del menor en relación con los comitentes, anulándose la inicial inscripción para posteriormente impedírseles jurisprudencialmente la vía del reconocimiento y la adopción. La diferencia con los últimos dos estriba en que se solicitaba el establecimiento de la filiación del menor con los padres de intención por la vía de la posesión de estado de hijo. Francia negó, anuló

e impidió por todo medio administrativo y judicial el reconocimiento de la filiación derivada del acuerdo de gestación por sustitución establecida en el extranjero, por violar el orden público internacional francés. La Corte Europea de Derechos Humanos estimó que no se había violado el respeto a la vida familiar de los solicitantes, en tanto que habían podido vivir como familia de facto, empero sí consideró violado el derecho a la vida privada de los menores al haberseles impedido en forma absoluta el establecimiento de la filiación con los padres de intención, máxime que por lo menos uno de ellos era el biológico.

Antes de la publicidad del primer caso francés y después del italiano Paradiso y Campanelli, en España, el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional que involucra los derechos de dos menores y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino. La sentencia confirmó lo decidido en las instancias previas (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos menores sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad. Lo resuelto en esta sentencia fue luego confirmado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015, recurso número 245/2012 (Flores, 2014, pp. 71-89). El Pleno recalcó que la sentencia protege el interés de los menores pues permite la fijación de las relaciones paterno filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna mediante impugnación judicial y la formalización de las relaciones familiares de “facto” mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores (Durán, 2012, pp. 268-269). Instando al Ministerio Fiscal para que adoptara las medidas pertinentes, en el sentido indicado, para la protección de las niñas y niños.

Hecho el esbozo anterior, en relación con la necesidad de la intervención legislativa en Tabasco, es menester puntualizar dos orientaciones con relación al caso de Tabasco.

La primera, la intervención estatal, sea judicial o administrativa, anterior o posterior al parto, obedece a un sistema de presunciones legales basado en los conceptos de filiación: biológica, genética o de intención. El modelo a comparar con el orden público de Tabasco es el intitulado “biológico” que parte del hecho del parto y del acto de nupcias, el cual es compartido por Israel, Reino Unido y Australia, que han definido la intervención judicial necesaria después del parto para posteriormente asentar la filiación a los comitentes.

La segunda, el dialogo expreso que se puede establecer entre el caso de la sentencia de Tabasco y el discurso expreso de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Es-

pañol, se focaliza en la suprainclusividad del orden público francés hacia la identidad del menor. La desproporción así calificada por ambos entes judiciales atiende a una restricción absoluta que no se permite el reconocimiento de la filiación entre comitentes y las niñas nacidas a través de gestación por sustitución por ningún medio (transcripción de actas de nacimiento extranjeras, filiación biológica, adopción, posesión de estado). Lo que conduce a obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento en derecho interno de su relación de filiación, incluso respecto del padre biológico, actuando así el Estado francés ha ido más allá de lo que permite su margen de apreciación.

Proporcionalidad e inmediatez en el caso concreto

La categoría de proporcionalidad entraña ponderación entre una colisión de derechos en un caso en particular (Barak, 2012, p. 343), se compara el grado de intervención en el derecho a la vida privada del menor en la vertiente del registro inmediato de su nacimiento, que supone la medida legislativa de instar un procedimiento de adopción frente al grado de realización del fin perseguido sobre la protección del interés del niño y el orden público, para balancear los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán para el derecho afectado (Bernal, 2007, p.763).

La Corte Europea de Derechos Humanos en ningún caso afirma que cualquier afectación parcial y a priori a la filiación del menor puede suponer una vulneración de su derecho a la vida privada (Mennesson, párr. 84, Labassee, párr. 63), sino que tal afectación desequilibrada de los intereses legítimos que puede perseguir el estado existe en estas condiciones del Derecho positivo francés, por establecer una absoluta imposibilidad de que su ordenamiento jurídico reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solo por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino muy especialmente, por impedir que se reconozca la filiación biológica paterna, además de la filiación por posesión de estado o por adopción (Durán, p. 13). En esa lid la excepción del orden público entraña una necesidad de procurar equilibrio justo entre el interés de la comunidad en lograr que sus miembros cumplan con la elección efectuada democráticamente en su seno y el interés de los demandantes, incluido el interés superior del niño.

Lo que señala expresamente el Tribunal de Estrasburgo es que a los menores hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público en cuestión sobre filiación y estado civil.

Una alternativa plausible para reconocer ese estatus definido de identidad cierta es con intervención judicial posterior al parto por vía de la adopción, la cual incorpora al adoptado a una familia como hijo legítimo,

confiriéndole los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación consanguínea (Artículo 398, Código Civil para el estado de Tabasco). Las ventajas de esta opción legislativa derivan de sus efectos con relación a la seguridad jurídica: por un lado, se desvanece el lazo de parentesco con la gestante derivada del parto, incluso si hubiera aportado su carga gamética; por otro lado, es más benigna que otras legislaciones puesto que no se impone un plazo de espera para el registro del menor, salvo el mayor interés del menor, no existe posibilidad de no quedar reconocida la relación parental con los comitentes por el arrepentimiento de la gestante; consecuentemente, no se trata de una disposición “suprainclusiva”, siendo evidente que es una intervención poco gravosa que se orienta a prohibir o regular en ciertas condiciones el ejercicio de ese derecho y no se extiende más allá de lo necesario (Schauer, 2004, pp. 31-34). En atención a que a través de un procedimiento no contencioso el Estado tiene la oportunidad de proteger los intereses del infante y del orden público en virtud de una tutela judicial, la representación del Ministerio Público y en su caso de los organismos para el desarrollo integral de la familia. En esas condiciones la legislación de Tabasco no va más allá de lo que le permite su margen de apreciación.

Un segundo punto de análisis a considerar en la tópic de necesidad es la interpretación del término inmediatez. El artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su octavo párrafo, dispone el enunciado: “[...] Toda persona tiene derecho [...] a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento [...]”.

Diversos organismos, entre ellos, el Centro de Investigación Innocenti², el Observatorio Social de la Niñez y Adolescencia³, ambos del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas⁴ y especialistas⁵, han atribuido sentido al concepto de inmediatez en el registro de nacimiento: significa que los Estados deben poner el registro de nacimiento al alcance y a dis-

2 “[...] significa que los Estados deben poner el registro de nacimiento al alcance y a disposición de todos los niños[...].” (Innocenti Digest, 2002). El tema principal gira entorno al no registro de los menores por la falta de conciencia del valor de la inscripción el nacimiento, donde no se organizan campañas públicas, donde la red de registros civiles es inadecuada o donde el costo de la inscripción de los niños es prohibitivo.

3 Definió la variable “registro tardío”. De ese modo se estipularon los siguientes niveles de inscripción: normal: primer mes de vida; retraso bajo: entre los 2 y 11 meses de edad; retraso medio: entre 1 y 4 años de edad; retraso moderado: entre 5 y 11 años de edad (edad escolar); retraso alto: entre los 12 y 17 años de edad (adolescencia); retraso grave: a los 18 o más años de edad (edad adulta) (Tamargo, 2007).

4 En razón el tiempo la mayor parte de los Estados consideran un registro tardío, el retraso de más de 30 días para inscribir el nacimiento. (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, División de Estadísticas, 1998).

5 La expresión de inmediatez implica una urgencia y la necesidad de actuar en lapso razonablemente breve (Santos, 1997).

posición de todos los niños con una conciencia de urgencia y necesidad de actuar en un lapso razonablemente breve; considerándose un registro tardío con escala gradual: baja, media, moderada, alta y grave después del primer mes del nacimiento.

Siguiendo el mismo discurso del Tribunal Supremo Español, se puede asumir que las molestias e inconvenientes para los comitentes (y en menor medida para el recién nacido que por su corta edad no será consciente siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por el establecimiento de la filiación resultante de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de Tabasco, la adopción, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada.

Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y en su caso de su pareja), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar “de facto”. Como lo estimó la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Menesson y Labassee* al sostener: los obstáculos con los cuales se han encontrado los demandantes no son insuperables y los demandantes no se han visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar.

Se ha acreditado que padres e hijas se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, según el Tribunal de Estrasburgo, se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

RESULTADOS

En el caso de Tabasco el acta de nacimiento o certificación registral que se expida basada en la sentencia del juicio de amparo (sosteniéndose la constitucionalidad del acto por la autoridad *versus* la pretensión de los solicitantes) en relación al registro inmediato de un menor con inmediatez a su nacimiento sin agotar instancias judiciales previas, no será reflejo secundario de una diversa resolución judicial del fuero común (juzgado familiar) como mera formalización de un procedimiento de adopción ple-

na, donde no existe una contienda entre partes.

Se trata entonces de una interpretación de un tribunal que detenta el control concentrado (y no difuso) de constitucionalidad en México. Resolución de interpretación constitucional que implícitamente marca pauta y es una herramienta para el legislador y el ejecutivo local para el diseño de la política pública en relación con la inmediatez del registro de nacimiento de un niño sin necesidad de agotar instancias judiciales previas sobre la preponderancia de la parentalidad biológica y la implícita omisión de las presunciones del parto.

En forma expresa en la resolución judicial del caso de Tabasco se dio contenido al perímetro material del interés superior del menor en comunidad con una paternidad de intención biológica derivada de un contrato de gestación por sustitución y el orden público; no obstante, el hecho de que el legislador tenga como finalidad impedir que se comercialice con la vida humana.

En ese contexto la decisión del juez de distrito constituye la extensión de la delimitación perimetral del derecho a la identidad, siendo más garantista e implícita orienta la política pública a un nuevo mínimo exigible, en el sentido de ir más allá de los discursos europeo e interamericano de derechos humanos que han definido ilegítima la intervención a la vida privada del menor, impedir el establecimiento de su filiación correspondiente que ha definido como mínimo el acceso al registro de la realidad biológica y en su caso la realidad social de un menor mediante el reconocimiento, adopción o posesión de estado de hijo.

CONCLUSIONES

La figura, principio, tónica, técnica o doctrina del margen de apreciación nacional, es un modelo de aproximación compartido por las cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, el cual demarca la concepción en que los Estados partes limitan los derechos reconocidos en las respectivas convenciones.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha permitido la limitación estatal de los derechos, reconociendo que el margen de apreciación (discrecionalidad) es consustancial al principio democrático y a la soberanía nacional de los Estados partes, puesto que la valoración del interés colectivo superior en cada sociedad resulta una tarea política sensible y menos jurídica; empero, dicha individualidad descansa en una presunción de que la decisión y su consecuente regulación opera de manera transparente y permite la participación efectiva en una democracia consolidada. En una intención de una teoría naturalizada de los derechos humanos de contribución filosófica útil que no necesariamente que contempla un sistema normativo positivo con diversos niveles de generalización (Aguado, pp. 46-47).

En el ámbito interamericano se habla de la necesidad de un control más garantista, frente a una crónica y sistemática violación de derechos humanos, donde la aplicación del derecho es insuficiente y el margen de apreciación es marginado y no frecuente.

Un punto de encuentro entre ambos sistemas es el parámetro de proporcionalidad racional, en Europa la verificación para no rebasar el margen de apreciación en las limitaciones estatales y en América la compatibilidad de las limitaciones con la Convención.

Europa ha sido permisiva en el margen de los países para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica y social, mientras que América vincula los derechos sociales con los civiles y políticos.

La autoridad que ejercen los tribunales internacionales constituye una gobernanza global que refracta en la construcción normativa (más allá del Estado, antes de él o incluso contra la ley de aquél) y en la redistribución del poder y de los recursos sobre órganos colectivos con legitimación democrática que ordinariamente definen presupuesto y prioridad de aplicación. Erigiendo un constitucionalismo supraestatal o constitucionalismo sin Estado. Lo que entraña la consideración de la relación de pluralidad jurídica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, que sirve de guía de interacción de la función de los jueces nacionales en un Estado constitucional de cooperación y solidaridad, más allá de la voluntad estatal frente a la asunción de obligaciones internacionales.

En el discurso del derecho a la identidad, precisamente en el enunciado constitucional: “[...]Toda persona tiene derecho[...] a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento[...]” (artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), el alcance del término “inmediatez” se interpreta en un sentido de brevedad razonable y no con base en el significado literal.

El legislador goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas derivadas de la gestación por sustitución, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación en cualquier forma, siempre que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales y que procure un equilibrio entre el interés de la comunidad en lograr la elección efectuada democráticamente, los peligros derivados de la gestación por sustitución (interés público), el interés del comitente y del menor (intereses privados); la construcción de diversos conceptos de filiación: biológica, genética o de intención; la intervención judicial y su funcionalidad en la interpretación de la noción de inmediatez en el registro de nacimiento.

REFERENCIAS

- Aguado Romero, Gabriela y otro. (2016). Derecho administrativo. Un ámbito de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos. México: Tirant lo blanch.
- Alarcón Rojas, Fernando. (2003). El Negocio de maternidad por sustitución en la gestación, en González de Cansino, Emilssen (coord.), Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética. Bogotá: Centro de Estudios sobre genética y Derecho-Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, Robert. (2007). Teoría de los derechos fundamentales, trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Ugarte, Ramiro. (2012). Dinámicas de acción y reacción en la Corte Suprema: una mirada al caso FAL sobre aborto no punible. Jurisprudencia Argentina, 11/7/12, JA 2012-III, fascículo n. 2. 27 de septiembre de 2018, de Academia Sitio web: https://www.academia.edu/4145138/2012_Din%C3%A1micas_de_Acc%C3%B3n_y_Reacci%C3%B3n_Ante_la_Corte_Suprema?auto=download
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador". 27 de octubre de 2018, Sitio web: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>
- Assembleia da República Portuguesa. (2017). Lei 25/2016. 28 de septiembre de 2018, de Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08-22 Sitio web: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>
- Barak, Aharon. (2012). Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, trad. Doron Kalir. Nueva York: Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, Carlos. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Centro de Investigaciones Innocenti. (2002). El Registro de Nacimiento: El derecho a tener derechos. Innocenti Digest, N. 9-marzo de 2002, pp. 3 y 11. 28 de septiembre de 2018, De Fondo de Naciones Unidas para la Infancia Sitio web: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>.
- Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé. (1984). Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport. N°3 - 23 octobre. 27 de septiembre de 2018. Sitio web: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/>

default/files/publications/avis003.pdf

- Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé. (2005). Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation. N°90 - 24 novembre. 27 de septiembre de 2018. Sitio web: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis090.pdf>.
- Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé. (2010). Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA). N°110 - 1er avril 2010. 27 de septiembre de 2018. Sitio web: http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf.
- Congreso de la Unión. (2016). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 28 de octubre de 2018, de Cámara de Diputados. Sitio web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>
- Corte Europea de Derechos Humanos. (1979). SUNDAY TIMES c. ROYAUME-UNI. 27 de Julio de 2018, Sitio web: [file:///D:/DATOS%20USUARIO/Downloads/AFFAIRE%20SUNDAY%20TIMES%20c.%20ROYAUME-UNI%20\(N_%201\).pdf](file:///D:/DATOS%20USUARIO/Downloads/AFFAIRE%20SUNDAY%20TIMES%20c.%20ROYAUME-UNI%20(N_%201).pdf)
- Corte Europea de Derechos Humanos. (2014). Labassee c. France. 27 de Julio de 2018, Sitio web: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite-mid%22:\[%22001-145180%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22ite-mid%22:[%22001-145180%22])
- Corte Europea de Derechos Humanos. (2014). Mennesson c. France. 27 de Julio de 2018, Sitio web: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22display%22:\[2\],%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\],%22appno%22:\[%2265192/11%22\],%22ite-mid%22:\[%22001-145179%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22display%22:[2],%22languageisocode%22:[%22FRE%22],%22appno%22:[%2265192/11%22],%22ite-mid%22:[%22001-145179%22])
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). Opinión Consultiva OC-5/1985 de 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, La Colegiación Obligatoria de Periodistas. 27 de octubre de 2018. Sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 27 de octubre de 2018. Sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Cover, Robert M.. (1983). The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative. 27 de septiembre de 2018, de Yale Law School Sitio web: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705/
- Cubeddu Wiedemann, Maria Giovanna. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Italy, en Scherpe, Jens M., European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law, University of

- Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- De Alcantara, Marcelo. 2013. Japan. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, División de Estadísticas. (1998). *Handbook on Civil Registration and Vital Statistics Systems: Preparation of a Legal Framework*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Díez-Picazo, Luis María. (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed. Madrid: Thomson Civitas.
- Douglas, Gillian. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in England and Wales, en Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Druzenko, Gennadiy. (2013). Ukraine. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Durán Ayago, Antonia. (2015). Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. 27 de Agosto de 2018, de Bitácora Millennium, N° 2 (2015) Tirant lo blanch Sitio web: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>
- Francoz Terminal, Laurence. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in France, en Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Flores Rodríguez, Jesús. (2014). “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico europeo”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 27.
- Garzón Valdés, Ernesto. (1989). Algo más acerca del ‘coto vedado’. 27 de septiembre de 2018, de Universidad de Alicante Sitio web: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10845/1/Doxa6_12.pdf
- Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco. (2016). *Periódico Oficial, Decreto 265, Suplemento 7654*. 12 de julio de 2018. Sitio web: <http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodi->

[cos/7654_sup.pdf](#)

Government of Canada. (2004). Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2). 27 de septiembre de 2018, de Justice Laws Website Sitio web: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont>.

Gössl, Susanne L. (2013). Germany. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.

Government of Canada. (2004). Assisted Human Reproduction Act., de Justice Laws Website Sitio web: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont>

Gutiérrez Beltrán, Andrés. (2016). El amparo estructural de los derechos, tesis doctoral. 20/11/2017, de Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Área de Derecho Constitucional. Sitio web: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/676669/gutierrez_beltran_andres_mauricio.pdf?sequence=1.

Hou, Zhengxin. (2013). The Peoples´ s Republico of China. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.

Innocenti Digest (2002). El Registro de Nacimiento: El derecho a tener derechos. N. 9 marzo de 2002, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Centro de Investigaciones Innocenti, Florencia Italia, Sitio web: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>, pp. 3, 11

Israeli Supreme Court sitting as the Court of Civil Appeals. (1995). Nahmani v. Nahmani. 30 de marzo. Sitio web: <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/nahmani-v-nahmani>.

Keys, Mary. (2013). Australia. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.

Khazova, Olga. (2013). Russia. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.

Khazova, Olga. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Russia, en Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.

Lamarca Marquès, Albert. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and

- Challenges for Family Law in Spain and Catalonia, en Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Lamm, Eleonora. (2012). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, Eleonora. (2013). Argentina, en Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Lema Añón, Carlos. (1999). *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, en Arámbula Reyes Alma. (2008). *Maternidad Subrogada*. 27 de julio de 2018, de Cámara de Diputados Sitio web: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>
- Levush, Ruth. (2012). *Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy*. 11 de marzo de 2019, de Law Library Of Congress United States Legislative Information. Sitio web: http://www.loc.gov/law/help/israel_2012-007460_IL_FINAL.pdf
- Martiny, Dieter. (2016). *The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Germany*, en Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Miranda Camera, Adrián y otro. (2014). *El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano*. Opinión Jurídica-Universidad de Medellín, Vol. 13, No. 26. De <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf>.
- Nadia de Araujo Vargas, Daniela y otro. (2013). Brazil. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Nagy, Cesongor Istvan. (2013). Hungary. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Nino, Carlos. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). (2010). *THE PARENTAGE / SURROGACY PROJECT*. 25 de agosto de 2018, de Conferencia de la Haya Sitio

web: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

- Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia. (2013). Spain. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Orücü, Esin. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Turkey. En Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Osuna, Nestor. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia, de Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Colección Konrad Adenauer Sitio web: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4504-justicia-constitucional-y-derechos-fundamentales-la-proteccion-de-los-derechos-sociales-las-sentencias-estructurales-coleccion-konrad-adenauer>;
- Palacios Alfonso, Marcelo. (1986). Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas. 26 de septiembre de 2018, de Congreso de los Diputados Sitio web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF
- Pérez Chán, Luis Enrique, (2017) Sentencia del 28 de abril, Juicio de Amparo 55/2017-II, Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Tabasco, México
- Pérez Fuentes, Gisela María y otros. (2017). *La Maternidad Subrogada*. México: Tirant lo blanch.
- Pérez Fuentes Gisela María. (2017). La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México: Principales criterios Jurisprudenciales. no se, de *Revista Boliviana de Derecho*, ISSN-e 2070-8157, N°. 25, 2018, Sitio web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6263397>
- Pérez Fuentes, Gisela María. (2018). El Acto Jurídico Normativo. Una Propuesta Normativa ante los Casos Trágicos sobre la Maternidad Subrogada en México, de *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N°. 8, 2018, pp. 59-79 Sitio web: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco, (2016). Suplemento 7654, número 5136, Decreto 265 Época 6a., Villahermosa, Tabasco, 13 de enero de 2016, pp. 4-16, http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_

sup.pdf.

- Perreau-Saussine, Louis y otro. (2013). France. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Prieto Sanchís, Luis. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008). Amparo en Revisión 173/2008. 25 de septiembre de 2018, de Semanario Judicial de la Federación Sitio web: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=21489&Clase=DetalleTesisEjecutorias>
- Rokas, Konstantinos A. (2013). Greece. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Santos Pais, M.. (1997). "The Convention on the Rights of the Child", en Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional y la Investigación, Proyecto de las Naciones Unidas "Staff College", *Manual on Human Rights Reporting*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Saraza Jimena, Rafael. (2015). Auto ATS 335/2015, 2 de febrero de 2015, recurso 24572013, casación, auto desestimando nulidad de actuaciones. 27 de septiembre de 2018, de Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Madrid Sitio web: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7288332&links=%22245/2012%22&optimize=20150213&publicinterface=true>
- Saúde. (2017). Decreto Regulamentar, 6/2017. 28 de septiembre de 2018, de Diário da República n.º 146/2017, Série I de 2017-07-31 Sitio web: <http://data.dre.pt/eli/decregul/6/2017/07/31/p/dre/pt/html>
- Schauer, Frederick. (2004). *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en las reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- Schwenzer, Ingeborg and other. (2016). *The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Switzerland*. En Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumen II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Shakargy, Sharon. (2013). Israel. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the In-*

- ternational Level. United Kingdom: Hart Publishing.
- Shalev, Carmel. (2011). Israel, en MONÉGER, Françoise, Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood. Francia: Sociéte de legislation comparée.
- Shnit, Dan. (1985). Human rights in Israel: Induced Abortion in Israeli Law, en Dinstein, Yoram. Israel Yearbook of Human Rights, Volume 15.
- Slabbert, Melodie and other. (2013). South Africa. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level. United Kingdom: Hart Publishing.
- Sloan, Brian. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Ireland, en Scherpe, Jens M., European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Snyder, Steven H. (2013), United States of America. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level. United Kingdom: Hart Publishing.
- Supreme Court of the United States. (1944). Price v. Machasshuchetts, 321, U.S. 158. 27 de septiembre de 2018, de Georgetown University Sitio web: <https://berkeleycenter.georgetown.edu/cases/prince-v-massachusetts>.
- Supreme Court of California. (1993). Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494; 851 P2d 776. 20 de mayo de 1993, de Stanford Law School. Sitio web: <https://scocal.stanford.edu/opinion/johnson-v-calvert-31446>.
- Supreme Court of Appeal of California. (1998). Buzzanca v. Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1412. 10 de marzo de 1998, de Justia Us Law. Sitio web: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>.
- Szeibert, Orsolya. (2016). The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Family Law in Hungary, en Scherpe, Jens M., European Family Law Volumén II, The Changing Concept of ‘Family’ and Challenges for Domestic Family Law, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.
- Tamargo, María del Carmen. (2007). El Subregistro de Nacimiento: El análisis de las variables de género y etnia en el Ecuador. Observatorio Social de la Niñez y Adolescencia. 27 de septiembre de 2018, De Banco Interamericano de Desarrollo Sitio Web: <http://>

www.iin.oea.org/boletines/boletin6/publicaciones-recibidas-esp/BID-El-subregistro-de-nacimientos.pdf.

- Verschelden, Gerd y otro. (2013). Belgium. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Vio Grossi, Eduardo. (2012). Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi. 27 de julio de 2018, de Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Artavia Murillo y otros vs. costa rica sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Wells-Greco, Michael. (2013). United Kingdom. En Trimmings, Katarina y otro. (2013). *International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level*. United Kingdom: Hart Publishing.
- Zervogianni, Eleni. (2016). The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Greece. En Scherpe, Jens M., *European Family Law Volumen II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College, Cambridge, United Kingdom.

**EL CONCEPTO DE FAMILIA EN COLOMBIA: UNA
REFLEXIÓN BASADA EN LOS APORTES DE LA
ANTROPÓLOGA VIRGINIA GUTIÉRREZ SOBRE
LA FAMILIA COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA
DOCTRINA CONSTITUCIONAL**

Francisco Javier Gutiérrez Negrete*

Recibido: Abril 12 de 2019

Aprobado: Mayo 13 de 2019

RESUMEN:

La familia, tanto como institución social y cultural, es a todas luces un concepto dinámico, cambiante, en constante evolución. Desde las antiguas sociedades griega y romana hasta nuestros días el concepto de familia ha crecido, se ha adaptado y también –casi que simbióticamente- ha propiciado cambios sociales y culturales significativos para la sociedad. En Colombia, tales cambios los anticipó e investigó la antropóloga Virginia Gutiérrez; cambios que se han hecho dramáticamente notorios a partir de la Constitución de 1991. Con el surgimiento de la nueva Carta Política, las personas no heterosexuales, las madres cabeza de familia, los individuos con segundas uniones y las personas que simplemente no han contraído matrimonio bajo el rito católico, han encontrado herramientas jurídicas para reclamar la garantía de derechos subjetivos y objetivos que históricamente se les desconocieron, ya fuese por razones políticas y culturales, o por pretextos sociales y especialmente morales.

Citar este trabajo como: Gutiérrez Negrete, F. (2019). El concepto de familia en Colombia: una reflexión basada en los aportes de la antropóloga Virginia Gutiérrez sobre la familia colombiana en el marco de la doctrina constitucional. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 130-154. <https://doi.org/10.29375/01208578.3589>

A través de una revisión bibliográfica y documental a la luz del método histórico hermenéutico este artículo pretende, en primer lugar, reflexionar sobre la relación entre los hallazgos y aportes de la antropóloga Virginia Gutiérrez y lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional a partir de la Carta Política de 1991. En segundo lugar, se busca plantear algunos aportes acerca de los retos y perspectivas sociales y culturales de la familia colombiana en sus diferentes formas y tipologías.

Palabras clave: Familia; adopción; adopción homosexual; matrimonio; unión marital de hecho; matrimonio igualitario; jurisprudencia; antropología; Virginia Gutiérrez.

THE CONCEPT OF FAMILY IN COLOMBIA: A REFLECTION BASED ON THE CONTRIBUTIONS OF ANTHROPOLOGIST VIRGINIA GUTIÉRREZ ABOUT THE COLOMBIAN FAMILY IN THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL DOCTRINE

ABSTRACT:

The family, a social and cultural institution, is also clearly a dynamic, changing concept in constant evolution. From the days of ancient Greek and Roman societies to our days, the family has grown, adapted, and also (almost symbiotically) contributed to very remarkable social and cultural changes for society. In Colombia, these changes were anticipated and investigated by anthropologist Virginia Gutiérrez, and have become dramatically notorious since the Colombian Constitution of 1991. Only with the birth of the new Political Charter, non-heterosexual persons, single mothers, remarried individuals and those who simply did not marry under the Catholic rite were able to find the legal tools to claim the guarantee of subjective and objective rights which had been historically denied to them, either for political or cultural reasons, or with social and particularly moral pretexts.

Therefore, by means of a literature and documentary reviews in light of the hermeneutical historical method, we shall attempt to first reflect on the relationship between the findings and contributions of anthropologist Virginia Gutiérrez and what has been developed by constitutional jurisprudence since the 1991 Political Charter; and second, we shall endeavor to set out certain contributions regarding the social and cultural challenges and perspectives of the Colombian family in its various forms and typologies.

Keywords: Family; adoption; homosexual adoptions; marriage; common law marriage; same-sex marriage; jurisprudence; Anthropology; Virginia Gutiérrez.

O CONCEITO DE FAMÍLIA NA COLÔMBIA: UMA REFLEXÃO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPÓLOGA VIRGINIA GUTIÉRREZ SOBRE A FAMÍLIA COLOMBIANA NO MARCO DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

RESUMO:

A família, como instituição social e cultural, é claramente um conceito dinâmico, mutável, em constante evolução. Desde as antigas sociedades gregas e romanas até os dias atuais, a família cresceu, se adaptou e também –quase simbioticamente– levou a significativas mudanças sociais e culturais para a sociedade. Na Colômbia, tais mudanças foram antecipadas e pesquisadas pela antropóloga Virginia Gutiérrez e tornaram-se dramaticamente notórias desde a Constituição de 1991. Com o nascimento da nova Carta Política, as pessoas não heterossexuais, as mães chefes de família, os indivíduos em segunda união ou simplesmente aqueles que não casaram sob o rito católico encontraram as ferramentas legais para reivindicar a garantia de direitos subjetivos e objetivos que, historicamente, foram-lhes desconhecidos por razões políticas e culturais ou por preconceitos sociais e especialmente morais.

Assim, através de uma revisão bibliográfica e documental à luz do método hermenêutico histórico, pretende-se inicialmente refletir sobre a relação entre as descobertas e contribuições da antropóloga Virginia Gutiérrez e o desenvolvimento da jurisprudência constitucional baseada na Carta Política de 1991 e, num segundo momento da mesma maneira, procura-se levantar algumas contribuições sobre os desafios e perspectivas sociais e culturais da família colombiana em suas diferentes formas e tipologias.

Palavras-chave: Família, adoção, adoção homosexual, casamento, união estável, casamento igualitário, jurisprudencia, Antropologia, Virginia Gutiérrez.

INTRODUCCIÓN

La familia en Colombia ha sido quizás la institución más afectada y maltratada por numerosos factores internos y externos, factores, en su mayoría, fruto de construcciones culturales hegemónicas que, de un modo u otro, han influido en la formación de nuestro sistema social. Tanto el mito de la superioridad masculina y la consiguiente infalibilidad del sistema patriarcal¹ como el discutible rol de sumisión de la mujer, son ejemplos

1 Ximena Pachón define el “patriarcalismo” o “autocratismo masculino” como un sistema caracterizado por una relación dispar hombre-mujer en el manejo de la autoridad, el poder y las decisiones, sesgada siempre en favor del primero. De esta manera, la posición masculina prevalente emana y se expresa en un estatus adscrito por género y luego en el ejercicio por género y luego en el ejercicio de posiciones adquiridas privativas de su sexo y rodeadas al

de conceptos que si bien han sido replanteados en algún momento, continúan conservando un importante y desafortunado peso en el devenir de la sociedad colombiana, tal y como lo podemos ver a través de lo manifestado por la Corte Constitucional tan solo hasta el 2006²:

El respeto por la dignidad humana exige reconocer en las mujeres igual dignidad a la que durante mucho tiempo solo se reconoció en los hombres. Requiere que las mujeres sean tratadas con el mismo respeto y consideración con que son tratados los varones. Lo anterior no como resultado de un acto de liberalidad o condescendencia sino porque las mujeres por sí mismas son reconocidas como personas y ciudadanas titulares de derechos cuya garantía está amparada en forma reforzada por los ordenamientos jurídicos interno e internacional. El respeto por la dignidad humana de las mujeres significa, además, dejar de considerarlas “objeto” a disposición de los hombres: padres, maridos o compañeros permanentes. Este reconocimiento expreso en el texto constitucional constituye sin duda un paso enorme, ante todo cuando se piensa que la entidad de persona y de ciudadanas de las mujeres fue puesta en duda por siglos, y será profundizado por lo dispuesto en la Constitución vista en su conjunto y, en particular, por lo preceptuado en los artículos 13, 40 y 43 superiores. (Sentencia C-804/2006)

Dado lo anterior, y en búsqueda de un espacio de reflexión bajo la luz del trabajo de la antropóloga Virginia Gutiérrez, se considera oportuno analizar los aportes brindados por Gutiérrez quien, en palabras de Ximena Pachón (2009):

Incursionó directamente en lo que podríamos llamar **historia de la familia** al plantearse como objetivo el recobrar las realidades de épocas pasadas mediante el uso de testimonios escritos... y sus análisis sobre la familia del siglo mediante la utilización de métodos eminentemente antropológicos o sociológicos. (p. 249)

Así las cosas, al reflexionar sobre el trabajo desarrollado por la antropóloga colombiana sobre la familia en Colombia y sus diferentes formas de evolucionar durante el siglo XX, podemos encontrarnos con dos importantes ideas: en primer lugar, hallaremos los elementos que nos brinda su obra para comprender el desarrollo histórico de la institución familiar en Colombia; en segundo lugar, y más importante aún, reflexionaremos sobre los retos de la institución familiar colombiana en el siglo XXI.

Recordemos que la antropóloga colombiana, quien a pesar de haber sido opacada por la indiferencia de autores masculinos de su época, ha

prestigio diferencial frente a la mujer. (Pachón, 2009, p. 263)

2 Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2006. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

construido importantes aportes al servicio de las ciencias humanas, especialmente en lo referente a la familia en Colombia, sus tipologías, su formación, su evolución y sus rasgos característicos de acuerdo con las diferentes regiones geográficas del país.

El trabajo sobre la familia desarrollado por Virginia Gutiérrez encuentra su génesis en donde terminaron otros. A mediados del siglo XX la concepción general en los medios académicos de la sociología y la antropología era que “la familia colombiana” consistía en el constructo social y eclesiásticamente aceptado de padre, madre e hijos (Vila de Pineda, 2002), y que cualquier tipología familiar debería adaptarse a la definición impuesta; sin embargo, decide emprender sus trabajos convencida de la fuerte influencia de la familia sobre problemáticas como “...la nutrición, el desarrollo y los traumas de la personalidad, la dinámica de las clases sociales, el analfabetismo, el control de la enfermedad, el alcoholismo, la prostitución, la interrelación de los individuos y de los grupos y el homosexualismo...” (Gutiérrez de Pineda, 1964, p. 11).

Uno de los principales aportes de la antropóloga santandereana se ve plasmado en su obra de 1968³; claramente, el propósito de la mencionada obra, considerada una continuación de su anterior libro, era presentar una descripción de la tipología y estructura familiar colombiana de mediados del siglo XX. Es en el contexto del desarrollo de este trabajo que nace un hecho que dio un importante giro a la forma como las Ciencias Sociales percibían el país, tal hecho fue, como lo narra Ximena Pachón (2008, p.259), el establecimiento de lo que Gutiérrez llamaría “Complejos Culturales” o “Subculturas” para explicar que ...“el país se repartía en zonas configuradas bajo indicadores peculiares en cada una, de cuyo funcionalismo la institución de la familia venía a ser solo un fragmento, una secuencia o una implicación causal”. Esta definición permite a la antropóloga establecer los siguientes complejos culturales referidos a las realidades geográficas y étnicas, a saber: complejo andino, complejo santandereano, complejo antioqueño y complejo negroide. Nos encontramos entonces con uno de los aportes más significativos de Virginia Gutiérrez a las ciencias sociales en Colombia y Latinoamérica, pues desde la publicación del segundo libro sobre la familia, ya no se habla en Colombia de “tipos regionales” sino de “Complejos Culturales”, de esta forma, hacen su aparición “...las imágenes paradigmáticas regionales, ya no solo las masculinas, sino también las femeninas, permitiendo que la mujer saliera del olvido y la penumbra de donde las Ciencias Sociales no la habían podido rescatar”. (Pachón, 2008, p. 260).

3 Familia y Cultura en Colombia. Tipologías Funciones y Dinámica de la Familia. Manifestaciones Múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales. Coediciones Tercer Mundo y Departamento de Sociología de la Universidad Nacional de Colombia.

Posteriormente, para el año de 1973 se publica “Estructura, función y cambio de la familia en Colombia”, editado por la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina, a través de este trabajo, de línea claramente sociológica

Doña Virginia analiza el papel de las relaciones de género dentro de la familia y la sociedad de manera tan sistemática y creativa que los especialistas lo consideran un verdadero tratado sobre la comunicación familiar, en el cual se indagan temas referentes a asuntos fundamentales tanto para la familia, como célula básica de la sociedad, como para el individuo en particular. En su análisis surgen los sentimientos, las obligaciones, las situaciones traumáticas, la socialización de los miembros, la religión y muchos otros temas. Se estudia el paso de los complejos culturales a formas urbanas mixtas, se explicita su rompimiento cuando empiezan a mezclarse en las ciudades parejas que traen bagajes culturales disímiles y cuyos cónyuges se encuentran en proceso de adaptación a un medio citadino más agresivo. Se analiza el paso de la familia extensa rural a la nuclear urbana, se encuentra el origen del individualismo, característico de la familia citadina, cuando en las urbes las familias tienen que responder por ellas mismas y donde ya no hay cabida para brindar apoyo a los distintos miembros de la extensa parentela rural (Vila de Pineda, 2002, p. 246).

Ya para el año de 1988, la comunidad académica recibe un libro escrito por Virginia Gutiérrez con su nuera, la también antropóloga Patricia Vila de Pineda. Este trabajo lleva por título “Honor, Familia y Sociedad en la estructura patriarcal, el caso de Santander”. Este estudio sobre el patriarcalismo lo referencia Ximena Pachón (2008, p. 262 – 263) como un análisis regional enfocado sobre la familia patriarcal en el departamento de Santander, con el cual se propone mostrar los rasgos característicos de este sistema de autoridad, que son comunes en todo el país porque teniendo sus raíces históricas en la colonia y habiendo mantenido sus componentes básicos, prácticamente intactos, ha llegado a integrarse estructuralmente en las instituciones, encontrando su respaldo en la cultura.

Ahora bien, la observación de la familia colombiana por parte de Gutiérrez no se detuvo, por el contrario continuó estudiando su evolución y, naturalmente, comunicando sus hallazgos principalmente como conferencista. Es interesante encontrar que uno de los aportes de sus últimos años de vida fue explicar el fenómeno de la “familia padrastral” como fruto de las separaciones sucesivas y la reincidencia en nuevas uniones. La antropóloga -que a la sazón estaba por los 71 años- explicaba que mientras en las uniones estables las relaciones de parentesco son bilaterales

...en las nuevas formas llega a ser multilateral y a crear un lazo fraternal nuevo entre descendientes de una pareja, cada uno de cuyos integrantes ha tenido más de una unión, y algunos de cuyos hijos, separadamente,

no tienen parentesco entre sí. (Gutiérrez de Pineda, 1993; citado por Pachón, 2008, p. 265).

Sin embargo, es necesario resaltar que la familia padrastral no fue la única forma de familia encontrada en la segunda mitad del siglo XX; Virginia Gutiérrez también estudió y expuso el desmonte

del modelo tradicional basado en el patriarcalismo y el apareamiento de una morfología familiar múltiple y contradictoria asociada con las exigencias de la modernidad. Habló de la familia superpuesta y de la revitalización o retorno de la familia extensa que se había visto retroceder en el transcurso del siglo XX. Explicó cómo la familia extensa volvía a ser funcional ante las múltiples rupturas de las uniones de la generación filial, cuando la mayoría de las hijas separadas regresan a su “hogar de orientación”, donde bajo el amparo y tutela de los abuelos encuentran el apoyo y protección que perdieron al romperse la unión con el compañero. Habló también de las familias de homosexuales y lesbianas, de los triángulos familiares de una pareja... y de las múltiples versiones de las uniones de facto... (Gutiérrez de Pineda, 1992; citado por Pachón, 2008, p. 265)

UN POCO DE HISTORIA

Con el ánimo de dar respuesta al interrogante que convoca el desarrollo del presente trabajo es imperativo repasar, brevemente, el origen del concepto de familia, y de este modo, acercarnos más a la importancia y al significado no solo del término sino de la institución de la familia como núcleo social básico.

El concepto de familia organizada, al menos para las sociedades occidentales, se puede encontrar en la antigüedad, en las estructuras griegas y romanas, las cuales coinciden en más de lo que solemos imaginar, ya que el concepto de familia va muy ligado a la religión, la religión familiar. La unión entre miembros de una misma familia no nace exclusivamente de la generación, tampoco consiste en el afecto natural ya que “el derecho griego y el derecho romano no tienen en cuenta para nada ese sentimiento” (Fustel de Coulanges, 1997, p. 35); el factor que cohesiona fuertemente a una familia antigua es el concepto de la religión familiar, “lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física; es la religión del hogar y los antepasados.” (Fustel de Coulanges, 1997, p. 35).

Esta noción de religión doméstica o religión del hogar, tanto en Grecia como en Roma, nos muestra que la familia no solo es una asociación natural, es una asociación social-religiosa que debe prevalecer en el tiempo. El griego y el romano antiguo no concebían que al final de su existencia no existiera un descendiente que prolongara la responsabilidad familiar de los ritos religiosos. De tal suerte que se conformaba y se fortalecía con el pasar de los siglos la responsabilidad del hombre como jefe de familia

en el mantenimiento del hogar: la religión doméstica le exigía tener un altar en determinada parte de su casa para honrar a sus dioses y antepasados y, de igual forma, honrar a los muertos con ritos fúnebres precisos, constantes y cíclicos. (Fustel de Coulanges, 1997, p. 31-32)

De esta forma se determinan las responsabilidades, las necesidades y las interacciones de la antigua familia griega y romana, las que se identifican con constructos conceptuales nacidos de la religiosidad y que a través de los siglos se fueron adaptando a los usos civiles, jurídicos y políticos de las instituciones tanto griegas como romanas, sobreviviendo a la caída del imperio romano y encontrando un nicho más que adecuado con el naciente cristianismo, de modo que durante la Edad Media los conceptos de familia, patriarcado, papel de la mujer y sumisión de la mujer, solamente fueran reforzados a través de las diversas prácticas sociales y religiosas que identificaron los casi 10 siglos de duración de la Edad Media.

El tema en el “nuevo mundo” no fue distinto, todos los conceptos de familia fortalecidos en la Edad Media en Europa fueron impuestos por la colonización española y, en mayor o menor grado, promocionados tanto por la iglesia católica como por las autoridades jurídicas de la época. (Molina y Rodríguez, 2014)

Tal realidad se mantuvo históricamente casi hasta finales del siglo XX, lo que significa una fuerte influencia en la sociedad y su mentalidad. La familia se define, entonces, como el núcleo básico de la sociedad y se compone de padre, madre e hijos, donde el padre funge como proveedor y protector, en tanto que la mujer cría a los hijos y estos a su vez se supeditan a la autoridad de los progenitores. Todo lo anterior perfectamente alineado con las normas sociales y religiosas que identificaban la moral colectiva de un país como Colombia.

Sin embargo, aparece en la escena colombiana la antropóloga colombiana Virginia Gutiérrez (1922-1999), quien a pesar de haber sido opacada por autores masculinos de su época⁴, construyó aportes importantes para las ciencias humanas, especialmente en lo referente a la familia en Colombia y su evolución. Como lo describe Rueda Enciso en su reseña publicada en línea⁵ en septiembre de 2016:

Virginia Gutiérrez se dedicó al estudio de la familia y la cultura en Colombia, para lo que –a partir de la década de 1950– adelantó diversos

4 Virginia Gutiérrez de Pineda: ve lo que todos han visto pero piensa lo que otros no han pensado. Artículo de Ligia Echeverry Ángel, socióloga y antropóloga de la Universidad Nacional de Colombia.

5 Artículo VIRGINIA GUTIÉRREZ DE PINEDA: INVESTIGADORA DE FAMILIA Y CULTURA EN COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/virginia-gutierrez-de-pineda-investigadora-de-familia-y-cultura-en-colombia>

estudios históricos, etnográficos, entre otros, y que dieron fruto a ocho libros, siendo particularmente importante *Familia y cultura en Colombia* (1968, con reediciones en 1975 y 1993), en el que presenta una amplia y extensa caracterización de la tipología y estructura colombiana, mediante cuatro complejos culturales o subculturas: complejo cultural andino, complejo santandereano, complejo antioqueño y complejo litoral-fluvio-minero; con ello le dio una nueva dimensión a lo regional y aportó elementos inéditos para comprender la evolución de la economía y sociedad colombiana durante los dos últimos siglos. Con la virtud de que, además de suministrar un andamiaje teórico importante, ha podido hacer inferencias y conjeturas prácticas, como las que trabajó en su libro *Honor, familia y sociedad*, el patriarcalismo en Santander.

De tal forma que el presente trabajo constituye una propuesta de punto de partida para preguntarnos sobre la evolución de la familia en Colombia y sobre el papel e influencia de esta institución como factor de cambio en nuestra sociedad del siglo XXI.

HIPÓTESIS

Como lo hemos visto a través de Fustel de Coulanges (1997, p 31-35) la familia antigua (Grecia y Roma) era una asociación social-religiosa que debía prevalecer en el tiempo, con el fin de conservar la responsabilidad familiar religiosa, toda vez que la religión doméstica le exigía tener un altar en determinada parte de su casa para honrar a sus dioses y antepasados y, de igual forma, rendir honores a sus muertos con ritos fúnebres precisos, constantes y cíclicos. De manera que, como lo señala precisamente el historiador francés (1997, p. 45-50), el principio de la familia antigua no radica exclusivamente en la procreación, esto se demuestra, por ejemplo, en que la hermana no es en la familia lo que es el hermano. Así mismo, no se considera como tal al hijo emancipado o a la hija casada.

Esta era la manera como se establecían las responsabilidades, las necesidades y las interacciones de la familia antigua griega y romana; tales constructos nacidos de la religiosidad, que a través de los siglos se fueron adaptando a los usos civiles, jurídicos y políticos de las instituciones tanto griegas como romanas a través de las cuales se entiende que ni el hecho biológico del nacimiento ni la afectividad (como la entendemos actualmente) fueron el fundamento de la antigua familia romana y griega; como tampoco el poder masculino por la mera fuerza. La autoridad paternal o marital no ha sido la génesis de la religión familiar de la familia antigua, por el contrario, ha sido la consecuencia. Ya hemos visto que la religión doméstica necesita de la familia y esta, a su vez, va estableciendo -más por costumbre y necesidad práctica- los roles y las relaciones de poder entre sus miembros.⁶

6 En el Capítulo VII de su obra *LA CIUDAD ANTIGUA*, Fustel de Coulanges señala: “La ley que permite al padre vender y aún matar al hijo, ley que encontramos en Grecia como

Al caer el imperio romano⁷ y surgir el fortalecimiento del cristianismo las creencias, costumbres y leyes romanas referentes a la familia y los roles de sus integrantes no desaparecieron, por el contrario, se fortalecieron, algunas adaptándose a lo exigido por la religiosidad cristiana y otras tantas constituyendo pilares de esas mismas creencias, de modo que durante el Medioevo los conceptos de familia, patriarcado, papel de la mujer y sumisión de la mujer, resultaran casi que exclusivamente reforzados a través de las diversas prácticas sociales y religiosas que identificaron a las sociedades estamentales medievales.

Ahora bien, la colonización de América permitiría las condiciones ideales para el crecimiento de los conceptos de familia fortalecidos en la Europa medieval, impuestos por el invasor y, en mayor o menor grado, promocionados tanto por la iglesia católica como por las autoridades jurídicas y judiciales de la época, como lo refieren acertadamente las profesoras Nathaly Rodríguez y Diana Molina:

El honor es un concepto cargado de significaciones simbólicas llegadas a

en Roma, no la ha concedido la ciudad... El derecho privado era anterior a ella (la ciudad). Cuando empezó a escribir sus leyes encontró ya establecido este derecho, vivo, arraigado en las costumbres, fuerte con la adhesión universal. Lo aceptó, no pudiendo hacer otra cosa, y solo a la larga osó modificarlo. El derecho antiguo no era obra de un legislador; al contrario, se ha impuesto al legislador. Es en la familia donde ha encontrado su origen. Ha surgido espontáneo y bien formado de los antiguos principios que lo constituían. Se ha derivado de las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas en la primitiva edad de estos pueblos y que ejercían imperio sobre las inteligencias y sobre las voluntades”.

7 El Imperio Romano alcanzó su mayor extensión al comienzo del siglo II d. C. y duró 2.000 años. Estaba dividido en provincias, directamente sometidas al control del Emperador y del Senado. A pesar de que en esta época alcanzó su máximo esplendor, existían algunos problemas graves que se fueron ahondando a partir del siglo III d. C. Estos fueron: Enemigos externos: Aparecen pueblos que amenazan las fronteras romanas, especialmente los persas en la zona de Mesopotamia y los germanos en el Rin. Excesivo poder de los soldados: El peligro inminente de los pueblos germanos en la frontera noreste obligó a Roma a mantener en armas un ejército de medio millón de legionarios quienes comenzaron a usar la fuerza para nombrar a los emperadores que les prometían favorecerlos. Esto provocó una gran inestabilidad política. Gran crisis social: Esta crisis se manifestó principalmente en las provincias más atrasadas del Imperio, cuyos habitantes le exigieron al gobierno la totalidad de los derechos políticos y sociales. Ruptura del equilibrio económico: El sector de Oriente del Imperio se enriqueció más que el sector Occidental, lo cual provocó problemas dentro del Imperio. Gran crisis económica: Se elevaron los impuestos y contribuciones. Se ensayó la planificación central y rigurosa de la producción pero solo provocó el estancamiento generalizado. Aparecen la inflación y el desempleo, el desabastecimiento, el mercado negro y la especulación. Gran concentración urbana y éxodo rural: Los habitantes del Imperio dejan las zonas rurales y se dirigen hacia las ciudades.

El quiebre definitivo se produjo cuando Teodosio, emperador de origen español, legó el Imperio Romano, al morir, a sus dos hijos. Honorio le correspondió el Imperio de Occidente, cuya capital era Roma, y a su segundo hijo, Arcadio, el Imperio de Oriente, cuya capital era Constantinopla, siguiendo destinos muy diferentes. En el año 476 después de Cristo, el Imperio Romano de Occidente sucumbía bajo la presión de los germanos, mientras que el Imperio Romano de Oriente sobrevivió hasta el año 1453 después de Cristo, año en que cayó en poder de los turcos. Es propiedad: www.profesorenlinea.cl. Registro N° 188.540

América Latina por la influencia hispánica, cuyo valor y guarda eran vitales para la identidad y el reconocimiento de cada individuo que lo portaba y que lo depositaba en su cónyuge e hijas. Su especial protección implicó prácticas judiciales presentes en las instituciones de Hispanoamérica hasta muy entrado el siglo XX, de acuerdo con concepciones culturales de posesión y poder sostenidas en el tiempo bajo la representación de familia con roles e imposiciones severos sobre la mujer, depositaria por excelencia del honor masculino. La custodia sobre los cuerpos femeninos y con ello la conservación del honor familiar bajo este orden de significaciones, imprimieron en Colombia prácticas institucionales que luego lo constituyeron en sí mismo en un bien jurídico tutelado por el Estado. (Molina y Rodríguez, 2014, p. 2)

Empero, a la luz de los hallazgos de la antropóloga colombiana Virginia Gutiérrez (1922-1999) se ha encontrado que en lo referente a la familia en Colombia, sus tipologías, su formación, su evolución y sus rasgos característicos de acuerdo a las diferentes regiones geográficas del país, hay mucho más que decir que lo que se había dicho hasta finales del siglo XX, dado que desde la sociología y la antropología se encontró que el concepto de familia va mucho más allá de la noción de familia nuclear según el binomio padre - madre (por fuerza heterosexual) e hijos; existen y existirán otras formas de constituir familia, basadas en realidades socio culturales, en lazos de afectividad y solidaridad, en toda suerte de decisiones personales e individuales.

EL PAPEL DE LA FAMILIA COLOMBIANA EN EL SIGLO XXI

Claramente, el desarrollo de los grupos humanos y sus procesos de cambio, tanto sociales como económicos, se han constituido como parte de la génesis de la evolución de la estructura familiar, incidiendo en la aparición de características y, si se quiere, rasgos que nos permiten identificar varios modelos de núcleo familiar, ya que los fenómenos de cambio familiar son resultado de su acomodación a las transformaciones de la sociedad y de la cultura que conforman su estudio (Umaña Luna, 2004; citado por Millán, 2013, p.109).

En Colombia se presentan, específicamente, diversos tipos o formas de familia, es importante resaltar que este fenómeno varía dependiendo de la región geográfica y de los constructos culturales propios como la religiosidad, la mayor o menor “pureza” de las costumbres, el contacto con los medios masivos de comunicación; de igual forma, inciden en las formas de familia, tanto el estrato social, los antecedentes étnicos y la historia como tal.

Actualmente, como se puede notar en el trabajo de la antropóloga Virginia Gutiérrez, los cambios reflejados en la familia desde la segunda mitad del siglo XX evidencia un ambiente de crisis que puede tomarse ya sea

como generador de una inestabilidad institucional, ya sea como el espacio para el nacimiento de nuevas normativas, nuevos roles y, por supuesto, nuevos límites. Al tenor de lo anterior, la Abogada Carmen Millán señala:

La familia nuclear, que durante varias décadas fue un modelo normativo en la sociedad, es actualmente, solo una de las tantas posibilidades de familia. Las nuevas formas familiares generan nuevas necesidades a las que la política pública debe responder, y seguramente también estas nuevas formas transforman aspectos importantes, tales como la salud, por ejemplo. (Millán, 2013, p, 108).

Así las cosas, es clara la influencia de los cambios en la familia colombiana y en las relaciones, tanto al interior de ella como hacia el exterior de sus límites, de manera que la familia en Colombia, **cualquiera que sea su forma**, se encuentra llamada a proponer profundas reflexiones frente a sus problemáticas, con el fin de retomar el papel de apoyo y orientación integral a sus miembros, en especial a los menores de edad.

Precisamente el núcleo familiar, cualquiera que sea la forma de este, constituye no solo la génesis de la formación de un individuo, sino que también es un elemento necesario dentro de la dinámica de la sociedad moderna, es por esto que el concepto de familia ha sido motivación para que la Corte Constitucional establezca importantes parámetros de defensa y protección de derechos constitucionales relacionados con la familia. Un ejemplo de lo anterior se encuentra en el marco conceptual dado por la Corte Constitucional a través de sentencia de Tutela T-070 de 2015:

La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 42, que la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales o jurídicos, mediante la determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre y responsable de conformarla. Así mismo, la Carta Política señala que dicha institución, es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la Sociedad, deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° Superior. Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, **exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación**, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado. (Corte Constitucional, 2015, Sentencia T-070)

Asimismo, en el año 2013, la Corte Constitucional manifestaba a través de sentencia de Tutela T-606 de 2013, lo siguiente sobre la protección de los diversos tipos de familia:

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política, la familia puede conformarse por matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y el Estado y la sociedad deben garantizar su protección integral. También señala el artículo en comento que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”, proyectando de esta forma el principio de igualdad al núcleo familiar. Esta última consideración en relación con los hijos, cobra especial relevancia cuando se trata de analizar familias conformadas por los hijos procreados por la pareja y los habidos fuera del matrimonio o de la unión marital de hecho. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-606)

Consideramos que sin los aportes sociológicos y antropológicos de Virginia Gutiérrez quizás el camino de la familia en Colombia como institución cambiante y dinámica hubiere sido mucho más difícil, escabroso y complicado.

Curiosamente, después de la proclamación del texto constitucional de 1991, el reconocimiento y la construcción de los derechos de los integrantes de las nuevas tipologías de familia que logró anticipar muy acertadamente Virginia Gutiérrez no se ha dado por vía legislativa -que habría sido lo medianamente lógico en un Estado Social de Derecho- sino por vía jurisprudencial y especialmente de jurisprudencia constitucional.

En este punto es necesario traer a colación lo encontrado por Virginia Gutiérrez (1996), quien describía a la familia tradicional colombiana a través de varias características básicas frente a las cuales la antropóloga encuentra los contrastes que han marcado la evolución del concepto de familia a partir de la sexta década del siglo XX, entre otras cosas a raíz de los cambios sociales y económicos acaecidos en la sociedad colombiana, el paso de una sociedad rural a una urbana industrial, ampliación de oportunidades de empleo y educación para la mujer, la pérdida de influencia de la Iglesia Católica, entre otros.

Características de la Familia tradicional colombiana – Siglo XX	Avances estructurales – De acuerdo con los estudios de Virginia Gutiérrez
Conformación por matrimonio católico. Escasa influencia del civil, las formas de hecho se adscribían a sectores de los grupos bajos y no encuadran dentro del modelo.	Se reducen los índices de matrimonio católico, hay aumento del matrimonio civil y las formas consensuales. ¹

<p>Estructura patriarcal: el padre era la cabeza social y económica de las familias; la madre y los hijos, miembros dependientes de su autoridad.</p> <p>El padre decidía y se responsabilizaba; la mujer y los hijos obedecían y ejecutaban.</p>	<p>Cambios en el patriarcalismo: la autoridad masculina pierde su absolutismo, a favor de la equiparación o “sistemas democráticos”. Al interior de la familia el ejercicio de la autoridad se apoya ahora en el principio de que todos deciden, todos hacen y todos se responsabilizan.</p>
<p>La residencia era patrilocal.</p>	<p>Neolocalismos: el padre no impone el domicilio conyugal. La residencia de la familia depende de la conveniencia profesional, tanto del esposo como de la esposa, dentro de principios de solución en caso de conflicto.</p>
<p>El matrimonio era indisoluble. Por causas estrictas se admitía la separación, pero no el divorcio.</p>	<p>Creciente ruptura familiar que se acentúa en la década de 1960 y que se incentiva más aún en las uniones de hecho y en las generaciones nuevas.²</p>
<p>Legalmente monogámica, con privilegios poligínicos encubiertos al hombre y fidelidad femenina estricta. Al mismo tiempo regía una endogamia de clase, etnia y otras variables.</p>	<p>Como sumatoria y evolución de las condiciones anteriores ha cambiado la edad para contraer, lo que no significa la negación de la satisfacción sexual. Se incentiva la nupcialidad³ en ambos géneros.</p>
<p>Separación tajante de roles por género, y prestigio diferencial por su cobertura.</p>	<p>Cambio en la estructura de roles: La transformación se inicia con una generación femenina que entra a ser coprovedora, y cubre también todos los roles adscritos tradicionalmente a su sexo. Esta evolución lleva a que la mujer asuma papel de proveedora y el hombre asuma tareas del hogar, ciertamente.</p>
<p>Territorios adscritos por sexo, sociedad y cultura para el hombre, y hogar para la mujer.</p>	<p>Quiebra definitivamente de territorios por género: El cambio en los roles por sexo de la familia tradicional abrió la puerta a la mujer para entrar a la actividad en el complejo institucional global; el hombre, por cambios internos en la familia, ha comenzado a compartir las tareas hogareñas.</p>

Vida erótico-afectiva normatizada según principios patriarcales. Procreación no controlada.	Las relaciones erótico-afectivas han presentado profundos cambios. Destaca la dualización de la relación sexual en gratificante y procreativa. La primera se impone a la segunda que se transforma en planeada o consciente, limitada o eliminada voluntariamente.
Valores fuertemente interiorizados de compromiso obligatorio.	Inestabilidad matrimonial, altos índices de ruptura doméstica.

Tabla No. 1. Construcción propia, basada en el documento de Gutiérrez de Pineda (2005). *Modalidades familiares de fin de siglo*. En Maguare. Huellas Escritas. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/10774>. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Es interesante ver cómo partiendo de esta evolución social han ido surgiendo nuevas tipologías familiares (Gutiérrez, 2005), que en algunos casos resultan difíciles de entender y asimilar, y es que –por ejemplo- hasta el momento los censos oficiales omiten⁸ las modalidades diferentes a las formas matrimoniales y de Unión Marital de Hecho (UMH). Empero, es necesario aclarar que las tipologías de familia de las que nos habla la antropóloga santandereana no son realidades desconocidas entre la sociedad colombiana, sino que son, de alguna forma, más o menos encubiertas o invisibilizadas; existían y existen.

De acuerdo con Virginia Gutiérrez (2005), la forma más enculturada dentro del marco del modelo católico pervive la familia monogámica; es decir, la conformada por hombre y mujer a raíz del matrimonio (sea religioso o civil). La segunda forma, también con arreglo al concepto de monogamia, la constituye la Unión Marital de Hecho, constituida por uniones de solteros, aunque con ruptura matrimonial creciente, o también uniones de casados con matrimonios en quiebra (Gutiérrez, 2005). También relaciona Gutiérrez de Pineda la familia superpuesta para referirse a la unión nacida de la ruptura de un matrimonio católico sin opciones de divorcio y reestructurado conyugalmente a través de matrimonio civil o de UMH.

No obstante, y más relacionado con el propósito de este estudio, se encuentra que, dentro de la constelación de uniones y sus variables documentadas por Virginia Gutiérrez, aparecen las uniones de satisfacción erótica-afectiva (Gutiérrez, 2005), tipologías que cuestionan el paradigma tradicional de que la familia lleva implícita la obligación de reproducir la especie.

Tales tipologías se presentan, según Gutiérrez de Pineda (2015), en dos grandes grupos: el primero, las parejas heterosexuales compuestas por

⁸ Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=4JiaUpaMowg> y <https://www.youtube.com/watch?v=cc4vMjCJfqM&v1=es>

solteros o separados quienes no necesariamente deben tener unidad habitacional ni financiera. El segundo grupo lo conforman las uniones de homosexuales que implican la carencia de funciones reproductivas, pero que se caracterizan por vínculos de afecto, solidaridad y gratificación sexual; algunas de estas parejas homosexuales educan hijos, bien porque alguno de los integrantes es bisexual y conserva sus hijos, o bien porque acogen infantes en calidad de hijos de crianza (Gutiérrez, 2005), o más recientemente en adopción (López, 2016).

Ahora bien, frente a la realidad descrita anteriormente, la Corte Constitucional ha tenido que entrar algunas veces a interpretar y, en otros casos, a garantizar y proteger los derechos de grupos minoritarios que participan activamente de la conformación de tipologías familiares diferentes a la tradicional. Con la intención de explicar lo anterior se presentan a continuación algunos de estos casos.

El caso Chandler Burr (Sentencia de Tutela T-276 de 2012) reflejó una de las primeras situaciones conocidas y resueltas por la Corte Constitucional en el tema de la adopción, aunque en su sentencia no se pronunció sobre el tema de igualdad, como tampoco estaba encaminada a resolver la controversia sobre si las parejas del mismo sexo pueden adoptar; sin embargo, es necesario resaltar que la Sala Séptima de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional tuteló el derecho al debido proceso de un hombre soltero homosexual y los derechos de sus hijos adoptivos a ser oídos y a no ser separados de su padre de forma injustificada, después de que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF iniciara un proceso de restablecimiento de derechos y separara a los niños del padre, sin que existiera evidencia de que los derechos de los niños estuvieran siendo vulnerados o se hallaran bajo alguna amenaza, de tal suerte que esta acción de Amparo Constitucional buscaba que cesara el nuevo proceso de restablecimiento de derechos y se devolvieran los niños al padre adoptivo.

La Corte ordenó la devolución inmediata de los niños y la terminación del proceso de restablecimiento, después de declarar que existió una vía de hecho administrativa en la actuación del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF por dos razones principales: no existía ningún fundamento para la apertura del proceso, y en caso de que hubiera existido, la medida de ubicación en hogar sustituto, en todo caso, era desproporcionada (muy drástica). En este orden de ideas, la sentencia tutela los derechos al debido proceso y los derechos de los niños a ser oídos y a la unidad familiar.

Otro ejemplo han sido las discusiones o “campos de batalla” (López, 2016) que surgieron por cuenta de la Ley 54 de 1990, en la que se estableció el régimen legal para las parejas no conformadas matrimonialmente, a las que se denominó “Unión Marital de Hecho” (UMH), dicho régimen se

constituía restringido para las parejas conformadas por hombre y mujer, es decir, las uniones que se consideraban “normales”.

La Ley 54 de 1990, como lo refiere Diego López (2016, p. 57) estableció explícitamente que la UMH se reconocería a parejas formadas por un hombre y una mujer. A la altura de 1990 esta definición de la pareja parecía natural hasta el punto en que el artículo no se leía como una exclusión de otros tipos posibles de pareja, sino más bien como una pieza de legislación valiente de protección de la mujer concubina en un país tradicionalmente católico que aún tenía serias objeciones ante tal comportamiento, incluso en su versión heterosexual. En 1990, la UMH todavía constituía un reconocimiento bastante agresivo al dar protección legal al patrimonio de compañeros permanentes en detrimento de la pareja formalmente formada en el rito matrimonial (religioso o civil).

Sin embargo, pasado poco tiempo, la ley 54 de 1990 se tornaría estrecha y excluyente (López, 2016) ya que las uniones entre homosexuales, al no tener tampoco una opción de acceder al matrimonio, empezarán a deprecar una regulación de sus efectos patrimoniales y personales a la luz de la ley hasta llegar ante la Corte Constitucional, la cual en 2007, a través de sentencia de Constitucionalidad⁹ revisó por segunda vez la Ley 54 de 1990¹⁰ y declaró exequibles de forma condicionada los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales (López, 2016).

ALGUNOS EJEMPLOS DE JURISPRUDENCIA DESPUÉS DE 1991

Uno de los fines del Estado, de acuerdo con la Constitución Nacional de 1991, es procurar la igualdad –al menos ante la ley- de todos los habitantes, en ese orden de ideas, el Estado no puede abstraerse –aunque suele ocurrir- de su responsabilidad de proteger y de garantizar la protección de los derechos y garantías para todos los habitantes del país. La forma como esto se ha hecho evidente en el caso de las parejas homosexuales no ha sido a través de la legislación sino a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quizás por alguna “pereza institucional”, quizás por temor a juicios moralistas, quizás por temor al castigo de alguna deidad, o quizás un poco de las tres, lo cierto es que gracias a la Corte Constitucional desde hace no muchos años hay por lo menos un referente sobre qué camino seguir con respecto al tema de la protección a la constitución de familias formadas por parejas del mismo sexo en Colombia. Ahora bien, se puede

9 Sentencia C-075 de 2007

10 La primera vez que se revisó esta norma fue en 1996, en donde a través de sentencia C-098 de 1996, determinó que la ley 54 de 1990 no era discriminatoria ni violatoria de derechos fundamentales y además afirmó que la extensión de derechos a la pareja homosexual era constitucionalmente posible; sin embargo, lo anterior dependería de la autonomía del Legislador.

analizar el desarrollo jurisprudencial frente al tema de las parejas homosexuales desde variados puntos de vista, sin embargo, por razones metodológicas nos vamos a referir específicamente a tres aspectos: el matrimonio, la adopción y los derechos prestacionales, como veremos a continuación.

Así las cosas, en el 2015, la Corte, a través de sentencia de constitucionalidad C-071 de 2015, emite su aprobación de adopción consentida por parejas del mismo sexo cuando el adoptado sea hijo/a biológico/a de uno de los integrantes de la pareja. La demanda presentada ante la Corte tenía como finalidad buscar una interpretación de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y la adolescencia) que diera vía libre a la adopción paritaria por parte de las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de su derecho a la igualdad (art. 13 C.P)¹¹, de los niños a tener una familia y no ser separados de ésta (art. 44 C.P)¹² y, sobre todo, que en los fundamentos de la Corte se tuviera en cuenta el principio general de la prevalencia del interés superior del niño.

Aunque menos publicitado por los medios, también se demandó el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, sobre uniones maritales de hecho que establece que para todos los efectos civiles se denomina “Unión Marital de Hecho” la conformada entre “un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular...” (Ley 54 de 1990, Artículo 1) y que se denomina compañero y compañera permanente, “al hombre y la mujer” que forman parte de la unión marital de hecho.

Más recientemente, y proyectada a seguir consecuentemente su línea, la Corte Constitucional manifestó a través de la sentencia C-683 de 2015 que

11 Constitución Política de Colombia, ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

12 Constitución Política de Colombia, ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

las parejas del mismo sexo pueden acceder al proceso de adopción, lo anterior basado en el concepto de que la orientación sexual de una persona o su sexo no son, por sí solos, indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar. (Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015)

Asimismo, en lo tocante al matrimonio, la jurisprudencia es igualmente escasa en número, pero pertinente. La sentencia C-577 de 2011 abrió las puertas para solemnizar la unión gay. El debate jurídico se centró en si la consolidación del vínculo civil entre parejas homosexuales podría o no denominarse matrimonio, con el mismo reconocimiento legal que tiene las parejas heterosexuales, de tal modo que la decisión (seis votos a favor, tres en contra) versa en relación con que los jueces y notarios podrán entender que hay matrimonio para las parejas del mismo sexo. (Ámbito Jurídico, p. 7)

La discusión ha quedado más o menos zanjada por la Sentencia Unificadora SU-214 de 2016:

...La Corte decidió que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género” (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016).

En cuanto a los derechos pensionales, las decisiones han sido sobre casos puntuales que se han resuelto en sede de Tutela, es decir, deprecando el amparo de derechos individuales. Algunas sentencias que nos pueden servir como ejemplos son: la sentencia de tutela T-1241 de 2008, la sentencia T-911 de 2009, la sentencia T-357 de 2013 y la sentencia de tutela T-327 de 2014, en las que se tutela el reconocimiento a la pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo, así como la prohibición de pedir pruebas adicionales extralegales que hagan más gravoso el trámite para parejas del mismo sexo.

El punto de inflexión: adopción y matrimonio (C-683/15 y C-577/11)

A partir del año 1993, la Corte Constitucional se ha venido pronunciando sobre diferentes puntos respecto a los derechos de los grupos LGTBI; sin embargo, se han tomado como hitos las sentencias: C-577 de 2011 (Magistrado Ponente Gabriel Mendoza) y C-683 de 2015 (Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio).

Si bien la sentencia C-577 de 2011 abrió las puertas para solemnizar la unión matrimonial en parejas del mismo sexo, también dejó más interro-

gantes que soluciones en varios aspectos. Aún no se ha pronunciado de fondo acerca de cómo los jueces y notarios deben proceder al momento del vínculo, por otra parte, no se resolvió la controversia sobre si este acto puede catalogarse como matrimonio con los mismos efectos legales de una pareja heterosexual y, adicional a esto, persiste el vacío legal al momento de determinar a qué órgano o ente le compete tomar la decisión definitiva debido a su trascendental importancia, ya que, por un lado, está la Corte Constitucional como salvaguarda de la Carta y, por otro, el Congreso de la República encargado de legislar.

A falta de un pronunciamiento definitivo y debido a las lagunas que dejó el citado fallo, las parejas homoparentales han recurrido a mecanismos jurídicos como la Acción de Tutela con el fin de garantizar sus derechos; lo que ha permitido que no desaparezca el ambiente de discriminación ya existente y, al mismo tiempo, ha fomentado cierta inseguridad jurídica frente al tema. Es importante resaltar que en los casos que hemos mencionado la Corte reconoció que estas parejas pueden conformar familia y que esta se encuentra debidamente protegida por la Carta Nacional; sin embargo, las uniones formalizadas a partir de ese fallo continúan siendo objeto de polémicas y cuestionamientos por parte de sectores conservadores de la sociedad y la política colombiana, como por ejemplo las “marchas por la familia” realizadas en el año 2018¹³

13 <https://www.eltiempo.com/colombia/cali/marcha-y-contramarcha-por-la-familia-tradicional-en-cali-290224>. Marcha y contramarcha por la familia tradicional en Cali. En la cabecera de la marcha se leían pancartas como ‘La dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Con mis hijos no se metan’. Los participantes apoyan la unión tradicional de hombres y mujeres. Entre los caminantes hay quienes no comparten el aborto. Lina María Herrera, líder en Cali de 40 días por la vida, dijo que es un colectivo que defiende la familia. “Tenemos un hashtag #nicartillasnidecretos porque no compartimos los decretos que firmó antes de salir el presidente Juan Manuel Santos. Sabemos que esto viene desde la ONU donde están queriendo imponer ideologías contra la familia y la vida. Hace 2 años, en agosto, salimos y nos manifestamos contra las cartillas que manejó la exministra Gina Parody”. En los decretos se dispone que se adopten políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de personas de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales).

<https://www.elespectador.com/noticias/bogota/los-temores-detras-de-marcha-familia-articulo-648506>. Los temores detrás de la marcha por la familia. “¡Renuncie, renuncie, renuncie!” fueron las primeras palabras que pronunciaron los padres de familia, profesores, activistas y jóvenes que se congregaron frente al Ministerio de Educación, exigiendo la cabeza de la ministra Gina Parody. La razón: la supuesta ideología homosexual que la funcionaria está promoviendo en los colegios. Aunque el argumento demostró el malestar de algunos padres, también reflejó que aún hay desconocimiento sobre la actividad que se adelanta en la reforma a los manuales de convivencia. Sin duda, la desinformación que se generó a través de redes sociales, al atribuirle al Ministerio la autoría de una cartilla con la imagen de una pareja de gays y de un informe elaborado por las Naciones Unidas (en el que aparece el logo del Ministerio de Educación) que habla sobre la importancia de instruir a los jóvenes sobre los temas de género y discriminación, fueron algunos de los factores que detonaron la indignación de los manifestantes (en su mayoría miembros de iglesias cristianas) que ayer marcharon bajo la consigna de proteger la familia en casi todas las ciudades del país. A pesar de que la ministra Parody ha intentado aclarar que ese material

La segunda sentencia (C-683 de 2015), donde la Corte habilita la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del menor, el cual le ofrecerá una familia. Aquí, nuevamente, se han suscitado diferentes choques entre diferentes sectores de la sociedad, pero aun así la Corte ha dicho respecto a concepciones científicas y moralistas:

la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. (Sentencia C-683/2015).

A su vez, la corte enfatizó que negar que un menor tenga acceso a una familia sería una restricción inaceptable de sus derechos prevalentes.

A pesar de que la sentencia C-071 de 2015 que le precedió accedió a la adopción de menores por parejas del mismo sexo con la aclaración de que uno de ellos/as sea el/la progenitor/a, la actual concede que estas parejas pueden acceder al proceso de adopción sin delimitación.

De igual forma, a partir del año 2008, por medio de la sentencia C-336, la Corte Constitucional de Colombia reconoció que la regulación sobre la unión marital de hecho también aplicaba para las parejas del mismo sexo y, posteriormente, determinó que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admitía la cobertura a

no lo ha promovido su cartera en los colegios y que su tarea se ha limitado a pedir la eliminación de artículos discriminatorios de los manuales de convivencia, “los indignados” siguen convencidos de que bajo su administración los manuales en los colegios se van a regir por una ideología homosexual. Al menos así se expresaba en las pancartas con las que llegaron casi mil ciudadanos hasta las puertas del Ministerio, en las que se leían frases como “No a la educación impositiva de género de nuestros niños y niñas” o se escuchaban opiniones como “Estos temas de discriminación son un invento de la ministra para promover el homosexualismo”. En su mayoría, los argumentos se fundamentaban en párrafos de la Biblia y en el artículo de la Constitución que reduce la conformación de familia a la figura de un hombre y una mujer. A pesar de las protestas, la ministra sigue en su intento por explicar que la única tarea que ha adelantado su cartera es cumplir un fallo de la Corte Constitucional, que se profirió a raíz de la muerte de Sergio Urrego (el joven que se suicidó hace dos años al ser víctima de discriminación en su colegio por su orientación sexual), en el que ordenó revisar los manuales para eliminar los artículos discriminatorios. En medio de esta polémica, Marcela Sánchez, directora de Colombia Diversa, cree que el malestar es más por miedo a la diferencia que un debate con argumentos sólidos. Para ella, lo que realmente le preocupa a la gente que rechaza que se hable de discriminación en los colegios no es siquiera la reforma de los manuales, sino que sus hijos se vuelvan gays o lesbianas, si se permite en los colegios que los niños LGBTI puedan dar demostraciones públicas de amor. “Esto es un absurdo. Si así fueran las cosas, no habría menores homosexuales en familias heterosexuales. Entonces ya es tiempo de dejar esos estigmas y creo que esta es la mejor oportunidad para sentarnos a hablar y resolver de la mano de los padres las dudas que tengan”, concluye. Lo cierto, en este ir y venir de opiniones, es que tanto padres como profesionales deben afrontar que los tiempos han cambiado y que hoy es necesarios sentarse a discutir de la mano de los jóvenes el tema de la diversidad sexual.

las parejas del mismo sexo. Asimismo, desde el año 2010, dicha corte consideró que la sentencia C336 tenía efectos retroactivos y, que además, debía otorgárseles a las parejas del mismo sexo vías idénticas para acreditar su unión permanente. Durante el trámite del caso ante la Corte IDH, el Estado planteó que reconocía la existencia de un “hecho ilícito internacional continuado, durante al menos parte del período de tiempo que estuvieron vigentes las disposiciones que no permitían el reconocimiento de las pensiones a las parejas del mismo sexo”. (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008)

Así las cosas, no es desacertado decir que, si bien se han dado pasos muy importantes en lo tocante a los derechos civiles de las personas homosexuales desde la jurisprudencia constitucional, también es cierto que Colombia adolece del pronunciamiento del legislativo frente a las inquietudes de fondo que presenta la comunidad LGBTI nacional y que en últimas -aunque quizás por diferentes razones- son inquietudes y necesidades de respuesta de la comunidad nacional en general.

COMENTARIOS FINALES

Ya que han sido abiertas las puertas hacia una sociedad más incluyente y respetuosa de los derechos y deberes de todos sus integrantes, como sociedad no nos queda menos que aprender a aceptarnos con nuestras diferencias y similitudes, desde el respeto y el concepto de bien común, mientras ese paso no se haga realidad, ni la jurisprudencia, ni las creencias religiosas, ni los conceptos moralistas, ni mucho menos las leyes nos darán la tranquilidad y perspectivas hacia el futuro que como grupo social merecemos. En este mismo orden de ideas, es importante no olvidar que al conceptualizar las tipologías familiares que se identificaron en el siglo XXI, es imperativo redefinir qué es familia y su función fundamental, ya que las variantes ofrecidas desgarran roles del concepto tradicional, cubren unos y omiten otros. Sus estructuras difieren o se contraponen, permanecen o son efímeras, contrariando su paradigma. Hay diferencias de forma y esencia. Importante también resulta la cuestión de establecer lo que no es familia, a pesar de su apariencia y de que la comunidad hoy en día acepte como tal, precisamente con el fin de contar con parámetros claros a la hora de garantizar los derechos de todos los individuos, más aún a la luz de ser parte de un núcleo familiar.

Los aportes antropológicos desde las investigaciones realizadas por Virginia Gutiérrez incidieron tímidamente en la literatura jurisprudencial, existe un finísimo hilo conductor que une la realidad encontrada desde la investigación de la antropóloga colombiana con los espacios y derechos que pretende garantizar la jurisprudencia constitucional con posterioridad a 1991. Así las cosas, es importante reflexionar sobre si quizás el Legislativo y el Constituyente necesitan dar un vistazo mucho más profundo a la antropología a la hora de pretender garantizar los derechos de

las minorías o de quienes simplemente no encuadran dentro de lo que se le impone a una sociedad como “normal”, como en el caso de las personas que conforman las tipologías familiares diferentes a la “tradicional”.

A su vez, es imperativo saber que no se ha dado la última palabra sobre ninguno de los temas abordados en este texto, de tal suerte que a futuro la Jurisprudencia Constitucional y la Ley se enfrentarán al reto de resolver, no solo temas relacionados con las inquietudes que se han develado a raíz de sentencias como la C-577 de 2011, sino que, a la luz de los aportes de Virginia Gutiérrez, deberán pronunciarse legalmente sobre temas como la instrumentalización de los derechos reconocidos por vía de tutela (casos individuales), las políticas públicas que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de minorías como las madres y padres solteros, las familias de crianza y, naturalmente, las comunidades LGBTI.

REFERENCIAS

- Baena, Maria Paulina. Rincón Escalante, Juan Carlos. Torres Duarte, Juan David. [LaPulla]. (2018, Enero 25). Adivinen quiénes no van a contar para el censo - La Pulla [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cc4vMJcJfqM&vl=es>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Edición especial preparada por el Consejo Superior de la Judicatura. Imprenta Nacional, Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2006). *Sentencia C-804 de 2006. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2008). *Sentencia C-336 de 2008. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá. Corte Constitucional Colombiana. (2008). *Sentencia T-1241 de 2008. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2009). *Sentencia T-911 de 2009. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2011). *Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente Gabriel Mendoza Martelo*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). *Sentencia T-276 de 2012. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia T-357 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia T-606 de 2013. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). *Sentencia T-327 de 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa*. Bogotá.

- Corte Constitucional Colombiana. (2015). *Sentencia C-071 de 2015. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá
- Corte Constitucional Colombiana. (2015). *Sentencia C-683 de 2015. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá.
- Corte Constitucional Colombiana. (2016). *Sentencia SU-214 de 2016. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos*. Bogotá.
- Fustel de Coulanges, Numa Denys. (1997). *La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*. Bogotá: Editorial Panamericana.
- Guerrero, C. (10 de agosto de 2016). Los temores detrás de la marcha por la familia. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/los-temores-detras-de-marcha-familia-articulo-648506>
- Gutiérrez de Pineda, Virginia. (1964). *La Familia en Colombia. Volumen I Trasfondo Histórico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Sociología.
- _____. (2000). *La Familia en Colombia. Trasfondo Histórico*. Medellín: Ministerio de Cultura – Universidad de Antioquia.
- _____. (1968). *Familia y Cultura en Colombia. Tipologías. Funciones y Dinámica de la Familia. Manifestaciones múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales*. Bogotá: Coediciones de Tercer Mundo y Departamento de Sociología, Universidad Nacional del Colombia.
- _____. (1997). *Familia y Cultura en Colombia. Tipologías. Funciones y Dinámica de la Familia. Manifestaciones múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales*. Medellín: Universidad de Antioquia, quinta Edición.
- _____. (2005). Maguare. *Modalidades familiares de fin de siglo*. Maguaré, Número 19. 287-299. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/10774>.
- López Medina, Diego. 2016. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Editorial LEGIS – Universidad de los Andes.
- Marcha y contramarcha por la familia tradicional en Cali (6 de noviembre de 2018). *El Tiempo*, Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/cali/marcha-y-contramarcha-por-la-familia-tradicional-en-cali-290224>
- Millán de Benavides, Carmen. 2013. *Estudios de familia y agendas emergentes*. Revista VIA IURIS, (15),
- Molina. D., Rodríguez N. (2014 - en prensa). *La concepción histórica del*

honor en el tratamiento del estupro en la Nueva Granada y en la República de Colombia. Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto.

- Pachón, Ximena. (2008). *Virginia Gutiérrez de Pineda y su aporte al estudio histórico de la familia en Colombia.* Maguaré, Número..19. 247-272. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/10772>
- Razón Pública [RazónPública.com]. (2018, Enero 15). Los más y los menos del censo 2018. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=4JiaUpaMowg>
- Restrepo Piedrahita Carlos. 2009. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rueda, J. (Septiembre de 2016). Virginia Gutiérrez de Pineda: Investigadora de familia y cultura en Colombia. Revista Credencial. Recuperado de <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/virginia-gutierrez-de-pineda-investigadora-de-familia-y-cultura-en-colombia>
- Tafur González, Álvaro. (2015). *Código Civil Colombiano Básico.* Bogotá: Ediciones Leyer.
- Vila de Pineda, Patricia. (2002). *Virginia Gutiérrez de Pineda. 1922 – 1999. Magueré No. (15-16).*
- Younes Moreno, Diego. 2014. *Derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Editorial LEGIS, Decimotercera edición.

(Footnotes)

1 Ver: Gutiérrez de Pineda, Virginia y Vila de Pineda Patricia. 1991. Honor, Familia y Sociedad en la Estructura Patriarcal. El caso Santander. Universidad Nacional de Colombia, Segunda Edición, Bogotá.

2 Ver: Zamudio, Lucero y Rubiano, Norma. 1991. Las separaciones conyugales en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

3 Relación conyugal de alguna duración.

LA CONVIVENCIA ESCOLAR: UNA ARISTA DE PAZ EN MEDIO DEL POSCONFLICTO

Karen Estefanni Pérez Álvarez*

Flor Liliana Castellanos Bothia**

Recibido: Marzo 18 de 2019

Aprobado: Abril 23 de 2019

RESUMEN:

El presente texto tiene como objetivo describir la importancia de implementar estrategias de gestión pacífica de conflictos en las aulas, con el fin de prevenir y mitigar la violencia en las instituciones escolares y generar escenarios de inclusión y convivencia, utilizando el Derecho como herramienta que permite, desde el enfoque en derechos humanos, transformar la realidad de las instituciones escolares. Para ello se sugiere la implementación de propuestas por medio de las cuales los niños, niñas y adolescentes serán agentes de paz en esta nueva era que le espera a Colombia: el posconflicto, un escenario que involucra la participación de la sociedad, pero, en especial, y como pilar de nuestro planteamiento, involucra la participación de las instituciones educativas. La propuesta tiene un componente de arte para sensibilizar y mediar la comunicación

Citar este trabajo como: Pérez Álvarez, K & Castellanos Bothia, F. (2019). La convivencia escolar: una arista de paz en medio del posconflicto. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), pp. 155-166. <https://doi.org/10.29375/01208578.3582>

* Estudiante de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, integrante de la línea de Género y Derecho de la clínica Jurídica de Derechos Humanos e Interés Público. Vinculada al semillero Género y Diversidad. Orcid: 0000-0002-5688-0233. Correo electrónico: kperez244@unab.edu.co

** Estudiante de derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, integrante de la línea de Género y Derecho de la clínica Jurídica de Derechos Humanos e Interés Público. Vinculada al semillero Género y Diversidad. Orcid: 0000-0003-0800-2425F. Correo electrónico: castellanos547@unab.edu.co

con niños, niñas y adolescentes, y abrir la mente a nuevas estrategias e iniciativas para la construcción de paz desde las aulas.

Palabras Clave: Paz escolar; Instituciones educativas; violencia escolar; derechos humanos.

THE SCHOOL COEXISTENCE: AN ASPECT OF PEACE IN THE MIDDLE OF THE POST-CONFLICT

ABSTRACT:

The purpose of this document is to describe the importance of implementing strategies to peacefully manage conflicts in the classrooms, with the aim of preventing and mitigating violence in educational institutions and generating spaces for inclusion and coexistence, utilizing the Law as a tool to transform the reality at educational institutions from a Human Rights approach. This suggests the implementation of proposals through which children and adolescents become agents of peace in this new era that awaits Colombia: the post-conflict, a scenario that involves society participation, but in particular, and as a pillar of our exposition, requires the participation of the educational institutions. The proposal has an art component to raise awareness, to mediate communication with the children and adolescents, and to open the mind to new strategies and initiatives to construct peace from within the classrooms.

Keywords: School peace; educational institutions; school violence; human rights.

O CONVÍVIO ESCOLAR: UMA ARESTA DE PAZ NO MEIO DO PÓS-CONFLITO

RESUMO:

O presente texto tem como objetivo descrever a importância da implementação de estratégias para a gestão pacífica de conflitos na sala de aula, a fim de prevenir e reduzir a violência nas instituições educacionais e gerar cenários de inclusão e convivência, utilizando o Direito como ferramenta que permite, a partir do foco em direitos humanos, transformar a realidade das instituições educacionais. Por tanto, sugere-se a implementação de propostas por meio das quais crianças e adolescentes serão agentes de paz nesta nova era que aguarda a Colômbia: o pós-conflito, um cenário que envolve a participação da sociedade, mas especialmente e, como pilar de nossa abordagem, envolve a participação das instituições educacionais. A proposta tem um componente artístico para sensibilizar

e mediar a comunicação com crianças e adolescentes e abrir a mente para novas estratégias e iniciativas para a construção de paz na sala de aula.

Palavras-chave: Paz escolar; Instituições educacionais; violência escolar; direitos humanos.

INTRODUCCIÓN

En el 2014 Colombia se conmovió por un lamentable suceso en Bogotá: los medios de comunicación dieron a conocer la muerte de un joven de 17 años; su nombre era Sergio Urrego Reyes. Las circunstancias de su muerte giran en torno a una situación de acoso escolar por razones de orientación sexual que hicieron que él mismo terminara con su vida¹.

A la luz de ese hecho y tras la invitación de Colombia Diversa para realizar una intervención en la revisión de la tutela del caso de Sergio Urrego por parte de la Corte Constitucional, nace un proyecto de investigación al interior del Semillero Género y Derecho² sobre acoso escolar por razones de orientación sexual, en aras de debatir la necesidad de proteger y tutelar derechos fundamentales que se ven amenazados o vulnerados en situaciones de acoso escolar – también llamado bullying o matoneo- dentro de las instituciones escolares.

De esta manera, la Clínica Jurídica comienza una línea de trabajo con investigación formativa y con un enfoque en género, a fin de brindar asesoría legal a niños, niñas y adolescentes en el entorno escolar, en situaciones donde estén siendo afectados o amenazados por discriminación producto de los estereotipos de género.

¿Qué explica las situaciones de conflicto en la escuela?, ¿Por qué hablar de paz en la escuela? Durante muchos años Colombia ha padecido actos violentos y las secuelas de la guerra, reclutamiento forzado de menores de edad, desplazamientos, enfrentamientos –fuego cruzado-, narcotráfico, secuestros, extorsiones, entre otras vulneraciones, que modificaron el curso de vida de los colombianos, al ser víctimas directas o por sentir el dolor de un país transformado por la misma guerra.

En el marco del proceso de paz y de la firma de los acuerdos, se empezó a replantear la visión frente al conflicto en Colombia. El comienzo del fin del conflicto durante años se percibió como una utopía. Sin embargo, no fue un deseo inalcanzable; por el contrario, siguiendo a Botero Uribe (2015),

1 La investigación penal ya ha llevado a la condena de los funcionarios de la institución escolar de Sergio. Ver: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/segunda-condena-en-caso-sergio-urrego-psicologa-fue-sentenciada-35-meses-de-prision-articulo-711455>

2 Semillero adscrito al centro de investigaciones socio jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

la utopía se ve como “la posibilidad de formular propuestas abiertas que pueden reformularse, adaptarse, mejorarse e incluso sustituirse cuando no sirvan” (p.31). Así, los diálogos de paz y la posterior firma de los acuerdos se pueden ver como la posibilidad de construir una mejor Colombia.

La guerra y la paz no son un asunto solo de armas y de grandes acuerdos. La reflexión en torno a cómo atender la problemática de discriminación trascendió la esfera de armonizar las aulas y generar espacios de respeto, e inclusión, para pasar a ser parte también de ese escenario de posconflicto, que implica crear un espacio de sana convivencia escolar y, de esta manera, que las instituciones escolares estén preparadas para la inclusión de niños y niñas que fueron víctimas y excombatientes del conflicto armado. Para ello se establecen propuestas que nos permiten formar niños, niñas y adolescentes en nociones de derechos humanos, de construcción de paz, utilizando elementos del arte como lenguaje y herramienta para crear iniciativas de paz.

En lo que sigue, se describirá la propuesta metodológica, así como los resultados parciales del desarrollo y aplicación de la propuesta.

REFERENTES TEÓRICOS Y JURÍDICOS

En este apartado se describirán algunos elementos teóricos y normativos con el fin de analizar el problema de la convivencia escolar, el conflicto y la forma de construir escenarios de paz en la escuela.

-Violencia – Teoría del conflicto de Galtung³

La historia de Colombia ha sido contada en medio de difíciles situaciones, conflictos sociales y culturales que han hecho vulnerable a la comunidad y la han puesto en condiciones que alteran la estabilidad de la vida de las personas. En pocas palabras, repasar la historia de nuestro país es notar que en algunos o en varios momentos se ha manifestado la violencia; pero, ¿qué tipo de violencia? Algunos relacionarán la violencia de acuerdo con la época en la que creen haberla padecido, por ejemplo, al vincularla con los diferentes asesinatos a periodistas y políticos, y con atentados realizados contra empresas públicas; otros tantos traerán la imagen de una Colombia afectada por el narcotráfico y las bandas criminales; otros, verán la violencia desde el conflicto armado que ha padecido el país por años y que ha dejado múltiples muertes, secuestros, niños reclutados, y familias desintegradas y desplazadas. Una gran parte de la población, siente la violencia al no contar

3 García, V. (s.f). Johan Galtung. Calderón, P. (2009). Teoría de conflictos de Johan Galtung. Revista paz y conflictos ; más desarrollado en Galtung, Johan (1980), The Basic Needs Approach, en Katrin Lederer, David Antal y Johan Galtung (Eds), Human Needs: A Contribution to the Current Debate, Cambridge (Massachusetts), Oelgeschla-ger, Gunn & Hain; Koningstein, Anton Hain.

con una buena atención médica, no poder caminar por las calles con seguridad, o no contar con estudio ni con ayuda para conseguirlo.

Pareciera que la violencia estuviese conformada por muchas aristas desde las cuales las personas se han enfrentado a ella; no obstante, se debe mencionar una tan visible como las demás pero que quizá es pasada por alto; esta es la que tiene que ver con actos, los actos de violencia: un simple hecho o manifestación en la vida cotidiana que puede tener contenido violento. Para explicar un poco sobre esta arista, hablamos la escuela como escenario para evidenciar diferentes manifestaciones que constituyen violencia, por ejemplo, en los salones de clase, donde las expresiones mal usadas, los insultos, el exceso de fuerza en un juego, las burlas por las características de los compañeros, la discriminación por razones de género, raza, religión, ideología o un simple rechazo por una preferencia, son también signos de violencia, violencia escolar. Lo que sucede con estos actos es que se han convertido en sucesos normales, en cosas que pasan, que no interesan, que no generan preocupación. No resulta alarmante lo que está pasando dentro de las escuelas, o más bien, lo que no está pasando: una educación en sana convivencia, en habilidades humanas y desarrollo humano que contribuya a la construcción de paz.

Siguiendo la teoría de Johan Galtung (2009) es posible que el conflicto esté latente en las sociedades, lo que no es constante es que se manifieste a través de la violencia o la guerra y es en ese punto en el que hay que trabajar. Para entender cómo se manifiesta la violencia existe una clasificación de esta: la violencia directa; es aquella que es visible, por tanto, es la violencia que resulta fácil de detectar y posiblemente de combatir. Está en un escenario notorio que comprende acciones agresivas contra personas, colectividades, o también a la naturaleza. Por tanto, se manifiesta de manera física, verbal o psicológica. Galtung (s.f.b).

También hace mención de otros tipos de violencia: la estructural y la cultural que tienen causas más profundas y no tan visibles como ocurre en la violencia directa. Al hablar de no visibles no se quiere decir que no sean notorias, sino que no son perceptibles por medio de la vista. En la primera de estas se produce una afectación a la satisfacción de necesidades humanas, pero que no es tan fácil de identificar, no hay un agente como tal que realice actos notorios de violencia, sino que esta está inmersa en la estructura social, por ejemplo, casos en los que el sistema causa hambre, enfermedad o cualquier afectación de tal tipo a la población; tiene que ver con la desigualdad y la injusticia. Galtung (s.f.b).

En cuanto a la violencia cultural, tiene relación con aspectos de la cultura que se expresan a través de distintos medios como la religión, el lenguaje, el arte, la ciencia, entre otros, que propenden por justificar alguno de los otros tipos de violencia.

Estos tipos de violencia no están aislados ni tampoco son excluyentes, por el contrario, suelen evidenciarse simultáneamente. En relación con la construcción de paz, habría que evitar cualquier tipo de violencia antes de que aparezca, o tratar de mitigarla una vez se presente. Menciona García (s.f) que:

Las estructuras violentas no se pueden solucionar mediante la violencia, pues ello llevaría a esta misma estructura y, además, reforzaría una cultura bélica. La forma de romper ese círculo vicioso es anteponer una estructura y una cultura de paz donde existan los mecanismos necesarios para solventar los conflictos por medios no violentos. (p.131).

Más allá de formular soluciones que acaben el conflicto, nuestro interés es crear propuestas que trasciendan en él, lo transformen, que logren dirimir diferencias que generan incompatibilidad en la sociedad y que impiden una convivencia pacífica, empezando por la escuela, lugar base del desarrollo humano, del ciudadano propositivo con habilidades humanas constructivas.

Paz

Analicemos la definición de Paz que propone Galtung: “ausencia de violencia directa, estructural y cultural más la presencia de mecanismos para la resolución de conflictos” (Galtung, 2009, p.131). De allí surge la idea de la conexión que existe entre el proyecto de atención a estudiantes víctimas de matoneo por razones de orientación sexual que adelantamos como línea de género y derecho de la clínica jurídica y el proceso de paz que atraviesa Colombia. ¿Por qué? porque la violencia escolar se enmarca dentro de los tres tipos de violencia que describe Johan Galtung en su *teoría de conflictos*.

Según la Constitución política de Colombia: “La Paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (Const., 1991, art. 22). En la actualidad adelantamos un proceso de paz en Colombia y es importante ver este postulado como un derecho fundamental de nuestra carta magna, teniendo el compromiso como ciudadanos de ver la Paz no solo como un derecho sino también como un deber que se ejerce en el día a día y participando de manera más activa en la política ciudadana, no solo para hacer veeduría del proceso, sino aportar desde los diferentes ámbitos de la sociedad, entre ellos las instituciones escolares: el ámbito educativo. Apareciendo el siguiente artículo de nuestra Constitución Política de 1991:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia

física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Const., 1991, art. 44).

Podemos examinar la última parte del párrafo en donde dice de manera expresa que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los demás derechos, y precisamente es esto lo que nos lleva a pensar que no podemos olvidarlos en este proceso. Los niños y niñas tienen derecho a la paz: a desarrollarse en un ambiente constructivo donde ellos también proponen, participan, entienden su mundo y generan cambios.

Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos y la ley

Es importante tener en cuenta el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 que dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” (Art. 1).

Entendemos que los derechos humanos son atributos inherentes a todas las personas sin discriminación por razón de tipo personal, social o cultural. Y su aplicación corresponde al Estado y a los individuos que hacen parte de las diferentes relaciones sociales, es la característica que los hace esenciales en la práctica para la no violencia en una sociedad. Este postulado nos da una idea de derechos humanos que tienen como base la igualdad y la libertad en dignidad. Sin embargo, para muchas personas, lamentablemente, esto no se cumple, pues sus derechos humanos son transgredidos, y es en este punto donde los sistemas, órganos, instrumentos normativos y estándares de aplicación jurisprudencial y procedimental de derechos humanos se ponen en marcha para garantizar y proteger los derechos humanos de todos los individuos que invoquen amparo frente a las cortes internacionales. Es necesario el cumplimiento de los derechos humanos para el cambio social en la construcción de paz. Por esta razón somos todos responsables de materializarlos, tanto el estado como los ciudadanos, comportándonos, como lo dice la Declaración, fraternalmente los unos con los otros, y enseñando estos fundamentos en las instituciones educativas, pues son el primer lugar en donde, como individuos, tenemos relaciones en el marco de la ciudadanía. Como bien lo menciona el prefacio de la Declaración Universal de Derechos humanos:

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. (p.1)

Para que los derechos humanos dejen de ser un ideal inalcanzable y se materialicen con plenitud necesitamos promoverlos mediante la educación y promoción.

La Ley 1620 de 2013 tuvo como objetivo central la creación del sistema nacional de Convivencia escolar con miras a prevenir la violencia escolar y también a mitigarla. Esta ley no ha sido materializada, no se han creado los comités o no se han consolidado, puesto que la línea que habría de seguir esta normatividad estaba basada en la modificación de los manuales de convivencia según pautas que la misma ley aportaba; no obstante, ha sido un tema puesto en la lista de pendientes sin ejecutar.

Pese a que no ha sido implementada plenamente la ley 1620 de 2013 y las ordenes de la Sentencia T-478/2015⁴, han dado al ámbito escolar unos lineamientos importantes en lo que respecta a la convivencia. Así, el artículo 11 además de explicar las funciones que ha de cumplir el comité, hace mención del hecho de articular políticas, estrategias y programas teniendo relación con el desarrollo de la ciudadanía. De los derechos humanos y también de los derechos sexuales y reproductivos.

Con estos elementos de contexto es necesario articular esfuerzos para generar alternativas para mitigar la violencia en la escuela y construir escenarios de paz.

PROPUESTA: LA ESCUELA COMO UN TERRITORIO DE PAZ

Como un ejercicio de promoción de la convivencia escolar como aporte a la construcción de paz en Colombia, se propone un ejercicio a través de la narración oral del cuento: “El Puente hacia la Paz”, de la escritora Paola Esteban (2017). El texto tiene como temática principal la resolución de conflictos y los derechos a la diversidad y a la paz con el fin de impactar a las nuevas generaciones de agentes de paz: las niñas y niños colombianos. El texto se adapta para trabajar con los estudiantes de primaria y la actividad que implementaremos tiene como finalidad: prevenir y mitigar

⁴ El caso de Sergio Urrego puso en evidencia este hecho, así es reconocido por la Corte en la Sentencia T-478 de 2015

el matoneo en las instituciones escolares como reflejo de la consolidación de paz en las diferentes esferas sociales, entre ellas la escuela. Así mismo, tenemos el propósito de impartir a los estudiantes nociones básicas de derechos humanos y derechos fundamentales constitucionales como herramientas útiles para la paz escolar y resolución de conflictos. Siendo el texto “el Puente hacia la Paz” coherente con nuestros objetivos.

Justificación

Como Clínica Jurídica de Derecho e Interés Público y como línea de género y diversidad, unificaremos la tecnicidad del Derecho con el lenguaje artístico para así obtener diversas y positivas reflexiones por parte de los niños y niñas de las escuelas a las que podamos llegar y fomentar los derechos humanos que serán útiles para mejorar la Convivencia Escolar, y también las relaciones en las diferentes áreas de los niños y niñas de los primeros grados. El objetivo es impartir en las escuelas nociones de derechos humanos y derechos constitucionales, teniendo en cuenta que estos postulados no son únicos de la esfera de los juristas o académicos, sino que son patrimonio de toda la humanidad.

Es importante resaltar que en la construcción de paz en las escuelas que nos proponemos en este proyecto se contará con la activa participación del cuerpo docente de las instituciones, teniendo en cuenta que ellos son parte de este proceso y son quienes seguirán acompañando a los estudiantes en su formación ciudadana.

Objetivos

- Analizar la violencia en las escuelas y, junto a los estudiantes, crear propuestas para disminuir las situaciones que atente contra la paz escolar.
- Dar a conocer a los niños, niñas y adolescentes los derechos humanos como base de la convivencia escolar.
- Promover el arte como lenguaje en la construcción de paz desde la Escuela.
- Establecer y crear unos principios generales en los diferentes grupos de niños y niñas de las escuelas y acordar su aplicación para la mejora de las relaciones entre ellos y en la sociedad como aporte a la construcción de paz en Colombia.

Con los estudiantes de básica primaria se expondrá el cuento por medio de narración oral, de esta manera, los estudiantes podrán apropiarse de la construcción de paz en una comunidad para luego proponer como construir paz en su entorno escolar. Posterior a la lectura habrá una exposición de lo que son los derechos humanos universales, cuáles son y cómo se deben desarrollar en la vida cotidiana. También hablaremos del concepto de

paz global y escolar. La actividad finaliza con la elaboración de un dibujo por parte de cada estudiante que evidencie cómo y con qué identifican la paz en sus respectivos salones de clase.

Con los estudiantes de básica secundaria también se hará la narración oral del cuento que hemos trabajado y se impartirán nociones básicas de derechos humanos, paz escolar y convivencia. Cada estudiante deberá promover un principio que empiece a regir en sus relaciones, en su institución escolar y que aporte a la construcción de paz.

Como estudiantes de clínica nos proponemos adelantar una campaña con el fin de educar en materia de derechos humanos a las comunidades escolares. La idea es visitar las instituciones y/o convocar a los estudiantes a seminarios en materia de derechos humanos y estrategias que pueden impartir en la escuela para mitigar la violencia. Estos seminarios se dictarán en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. También nos proponemos adelantar acciones ciudadanas para seguir de cerca el proceso que lleva la ley 1620 de 2013 en las escuelas. Además, revisar cuáles de las órdenes de la sentencia T-478 de 2015 se han cumplido en las instituciones escolares de Bucaramanga y su área metropolitana: la justicia ha dado respuesta a esta problemática, pero es necesario que se ponga en marcha lo que se ha promulgado mediante la ley; por eso creemos que el rol de la sociedad civil a través de los movimientos sociales es fundamental para el cambio social, el desarrollo y la aplicación de políticas públicas. Por tanto, como estudiantes de la Clínica Jurídica y su relación sociedad-acción, fomentamos el activismo legal y cooperamos con los movimientos sociales.

En Entrevista realizada por El Espectador, la psicóloga Florencia Brandoni, menciona lo siguiente:

Gran parte de la conflictividad que se ve en los colegios tiene que ver con la necesidad de construir identidad. Es entonces cuando empiezan a adquirir una gran relevancia el grupo de pares y la formación de pequeños grupos suele volverse crucial, como una batalla cotidiana. El juego de las diferencias se da con cualquier elemento, no solo el estrato socioeconómico: quienes son rubios, altos, gordos, los más deportistas o los estudiosos. Ese juego de diferenciaciones en ocasiones se vuelve muy cruel. Padecer la violencia de los compañeros está muy ligado a la falta de integración grupal, en eso puede jugar cualquiera de las diferencias mencionadas y la falta de recursos puede crear una vulnerabilidad extra. (El espectador, 28 de septiembre de 2016).

Hay que encontrar salidas eficaces para los problemas que existen en las instituciones escolares. Las instituciones deben adecuar sus dinámicas de enseñanza para las víctimas del conflicto armado, del microtráfico, del reclutamiento, las víctimas de acoso escolar. La escuela debe ser un espacio en donde se promueva y se garantice el cumplimiento de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Como Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos creemos que no basta con educar o trabajar solamente con los agentes directos del conflicto, es decir, con víctimas, ex-paramilitares, reincorporados a la sociedad, ex-guerrilleros y militares.

De manera colectiva somos responsables del fin del conflicto armado en Colombia, por lo tanto, necesitamos, en palabras de Lederach (2000), un cambio social colectivo puesto que

La construcción de la paz exige una visión de la relación. Dicho sin rodeos, si no hay capacidad para imaginarse el lienzo de las relaciones mutuas y de situarse a sí mismo como parte de esa red histórica y constante evolución la construcción de la paz se viene abajo. (p.132).

La importancia de la participación ciudadana mediante acciones legales populares, y el seguimiento a las instituciones del estado, así como el activismo por parte de la sociedad civil como herramienta para la transformación social y mediante reformas de carácter legal, son procesos que, como estudiantes de la clínica jurídica, no podemos perder de vista para el alcance de nuestros objetivos.

Los niños, niñas y jóvenes colombianos deben conocer y ser parte del proceso de paz en Colombia. Para ello deben vivir en una atmósfera escolar donde los conflictos se resuelvan de forma pacífica y concertada, donde además la diferencia sea respetada.

La violencia en las escuelas es una realidad que no se puede negar y que genera trágicas consecuencias. La escuela es el lugar en donde niños y niñas se relacionan como futuros ciudadanos agentes de derechos y de cambio. Pero no podrán hacerlo si desconocen sus derechos humanos y si no tienen garantías por parte del Estado para la protección de estos derechos fundamentales.

La paz es más que una conclusión abstracta a la que se quiere llegar con el fin del conflicto armado: la paz es una construcción formada en la vida cotidiana, en las calles, en el comercio, en el trabajo, en casa, y también en las instituciones escolares.

REFERENCIAS

Botero, D. (2005). *Derecho a la Utopía*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Constitución política de Colombia (1991) 35a Ed. Legis

Congreso de Colombia (noviembre 8 de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006] DO: 46446

- ¿Cómo hacer la paz desde los colegios? El Espectador, 28 de septiembre de 2016. <http://colombia2020.elespectador.com/pais/como-hacer-la-paz-desde-los-colegios>
- D'Angelo, L., & Fernández, D. UNICEF. (2011). Clima, conflictos y violencia en las escuelas. Recuperado de https://www.unicef.org/argentina/spanish/clima_conflicto_violencia_escuelas.pdf
- Esteban, P. (2017). El puente hacia la paz. Recuperado de: <http://megustaescribir.com/obra/leer/60593/el-puente-hacia-la-paz>
- Galtung, J. (2009a) P. Calderón Teoría de conflictos de Johan Galtung. *Revista paz y conflictos*, 2. 60 – 81. Recuperado de http://www.redcimas.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/m_JGaltung_LAteoria.pdf
- Galtung, J. (s.f.b) García, V. La transformación de los conflictos por medios pacíficos. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/595158.pdf>
- Lederach, J. (2000). La imaginación moral, El arte y el alma de construir la paz. Barcelona, España. Grupo editorial Norma.
- Vásquez, J. (2008). Fundamentos para la creación de una clínica jurídica en la FUNLAM como apoyo en la enseñanza práctica del derecho. *Revista IIEC*, 2(3), 11- 21.
- Vásquez, J., & Correa, L. (2008). La enseñanza clínica del Derecho: transformando la forma de enseñar y ejercer el Derecho. *Studiositas*, 3(1), 34-40.

PORTADA: RESEÑA DE LA ARTISTA INVITADA GLORIA LILIANA RODRÍGUEZ GARCÍA Y DE SU OBRA

Para este número de la revista Temas Socio- Jurídicos se escogió una muestra de la obra de Gloria Liliana Rodríguez García artista santandereana nacida en Bucaramanga, quien se inició en el mundo de la pintura de forma autodidacta desde muy joven y recientemente continua su formación con la maestra María Teresa Pereira. En la actualidad cuenta con una extensa obra de pinturas en óleo sobre lienzo.

Además de nutricionista y dietista de la UIS, Gloria Liliana es Magister en Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Por medio de sus pinturas esta artista busca expresar emociones que pueden ser liberadas a través del arte por medio de una técnica inspirada en artistas modernistas e impresionistas.

En este volumen se incluye como portada:

Título: Catarsis

Técnica: óleo sobre tela.

Dimensiones: 30 cm x 30 cm.

Fotografía: Sebastián Rodríguez

La obra que compartimos en esta edición está inspirada en la obra “Tristeza” del maestro Gustav Klimt, la autora quiso realizar un autorretrato en donde pudiera expresar dolor, ternura, tristeza, alegría: “todas las emociones humanas y cotidianas que experimentamos y que no siempre pueden ser expresadas. Durante este proceso artístico, logré experimentar lo más cercano a lo que podría llamar liberación o catarsis y en las pinceladas finales la sanación de muchas emociones que permanecían en mi inconsciente. Las lágrimas liberan y éstas tienen gran valor, pues el arte es el realmente sanador”.

Revista

Temas

Socio-Jurídicos

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name	
Cédula / Identificación number	
Dirección / City	
Departamento / State	Código Postal / Zip Code
País / Conuntry	
Teléfono / Phone Number	
Profesión / Profession	
Institución / Employer	
Correo Electrónico / E-mail	
Dirección de envío / Mailing Address	

Mayores informes
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Avenida 42 N° 48 – 11 PBX (7) (57) 6436111 - 6436261
Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:
Año/Year Volumen/Volume fecha/Date

EDITORIAL

LA CIUDAD COMO ESPACIO DE LUCHA: MUJERES Y CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO URBANO

Almendra Aladro

LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES BASADA EN DERECHOS: LA RESPUESTA NORMATIVA DE LA OIT

J. Eduardo López Ahumada

PROBLEMÁTICA LABORAL EN LOS CENTROS GERONTOLÓGICOS EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN

Juan Guillermo Espinal

EL AMBIENTALISMO BRASILEÑO COMO FACTOR DE IMPEDIMENTO DEL DESARROLLO SOCIAL Y HUMANISTA EN LATINOAMÉRICA

Rilke Rithcliff Pierre Branco

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL: REFLEXIONES SOBRE UNA RESTRICCIÓN LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA CON RELACIÓN A LA FORMA DEL REGISTRO DE NACIMIENTO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL

Juan Antonio Flores Hernández

Gabriela Aguado Romero

EL CONCEPTO DE FAMILIA EN COLOMBIA: UNA REFLEXIÓN BASADA EN LOS APORTES DE LA ANTROPÓLOGA VIRGINIA GUTIÉRREZ SOBRE LA FAMILIA COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Francisco Javier Gutiérrez Negrete

LA CONVIVENCIA ESCOLAR: UNA ARISTA DE PAZ EN MEDIO DEL POSCONFLICTO

Karen Estefanni Pérez Álvarez

Flor Liliana Castellanos Bothia

PORTADA: RESEÑA DE LA ARTISTA INVITADA GLORIA LILIANA RODRÍGUEZ GARCÍA Y DE SU OBRA



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

ISSN 0120-8578



9 770120 857006