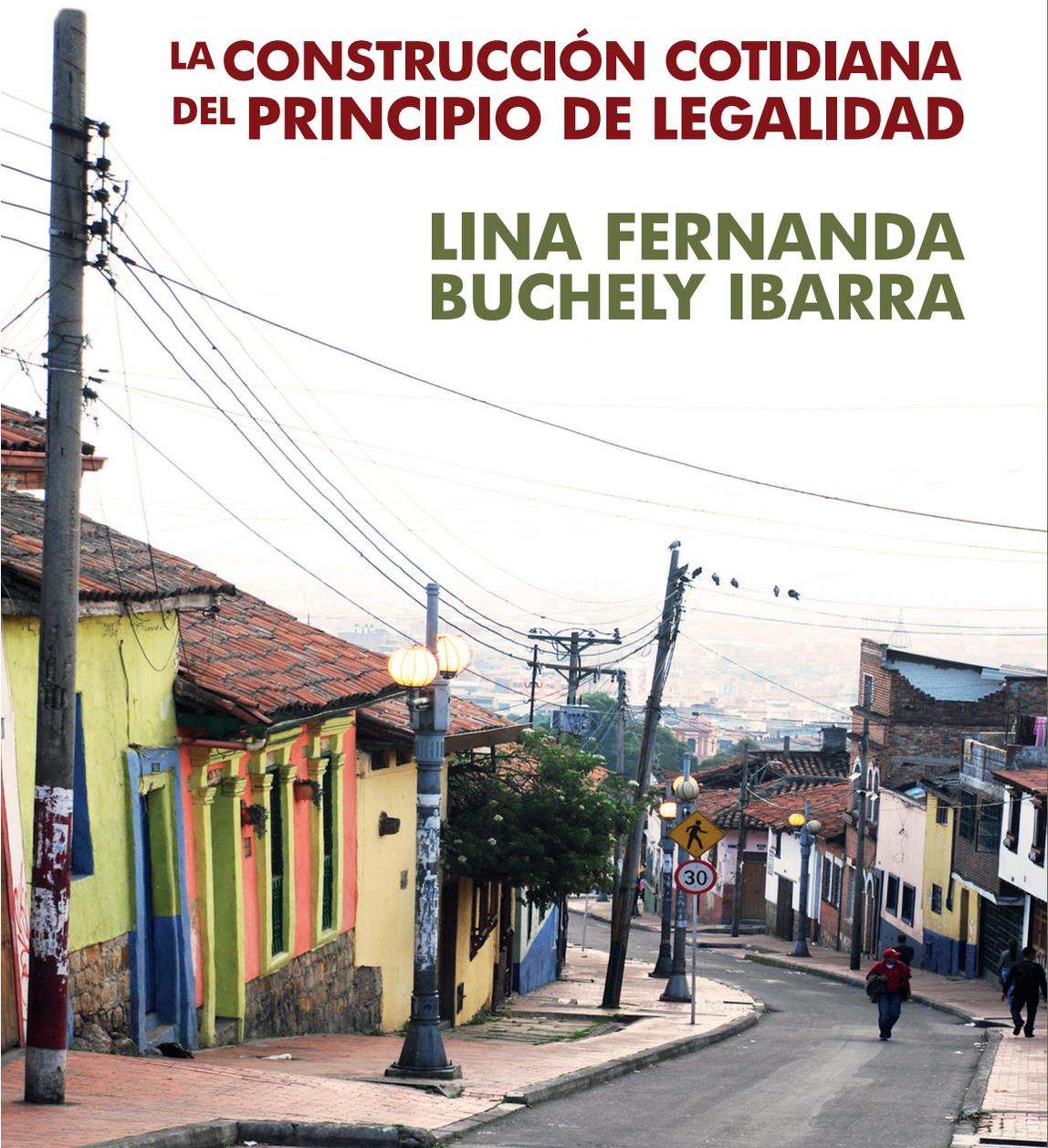


# ACTIVISMO BUROCRÁTICO

LA CONSTRUCCIÓN COTIDIANA  
DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LINA FERNANDA  
BUCHELY IBARRA





**ACTIVISMO** BUROCRÁTICO  
LA **CONSTRUCCIÓN**  
COTIDIANA DEL PRINCIPIO  
DE **LEGALIDAD**

## **COLECCIÓN ESTUDIOS CIJUS**

La Colección Estudios CIJUS publica investigaciones que aplican herramientas de diversas disciplinas al análisis de distintos temas. Impulsada por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de los Andes, la colección difunde perspectivas y metodologías novedosas que promueven debates de relevancia pública.

**ACTIVISMO** BUROCRÁTICO  
LA **CONSTRUCCIÓN**  
COTIDIANA DEL PRINCIPIO  
DE **LEGALIDAD**

**LINA FERNANDA BUCHELY IBARRA**

Buchely Ibarra, Lina Fernanda

Activismo burocrático. La construcción cotidiana del principio de legalidad / Lina Fernanda Buchely Ibarra. – Bogotá:  
Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015.  
221 p.; 15 x 24 cm. – (Colección Estudios CIIJUS)

ISBN 978-958-774-058-5

I. Burocracia 2. Estado 3. Derecho administrativo 4. Política social I. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de  
Derecho. II. Tít.

CDD 342.06

SBUA

Primera edición: enero de 2015

© Lina Fernanda Buchely Ibarra

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª núm. 19-27, edificio Aulas 6, piso 2

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-774-058-5

ISBN e-book: 978-958-774-059-2

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diagramación interior: Samanta Sabogal

Diseño e imagen de cubierta: Alejandro Ospina

Impresión:

Nomos Impresores

Diagonal 18 Bis núm. 41-17

Teléfono: 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

*Impreso en Colombia – Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Al amor y la dedicación de mis padres, Amanda y Fernando.

A todos sus sueños, a toda su fuerza, a toda su  
grandeza.

A los silencios de mi hermana Natalia, a su ternura y  
al amor inmenso que le tengo.

A Juan, por lo felices que hace todos mis días.



# CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	12
1. MARCO TEÓRICO	30
2. HACIA UNA LECTURA CRÍTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: COMPORTAMIENTO BUROCRÁTICO Y POLÍTICA SOCIAL	50
3. EL DERECHO COMO CAMPO DE BATALLA: LOS DISCURSOS JURÍDICOS ENCONTRADOS EN EL CONTEXTO DE LOS HCB	68
4. ACTIVISMO BUROCRÁTICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	96
5. LOS DILEMAS DE LA POLÍTICA DE CUIDADO INFANTIL: LAS MUJERES Y LOS HIJOS EN LA POLÍTICA SOCIAL	118
6. FENOMENOLOGÍA DEL ACTIVISMO BUROCRÁTICO	146
CONCLUSIONES	164
REFERENCIAS	186
ANEXOS	206



## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco profundamente los comentarios que hicieron Helena Alviar García y María José Álvarez Rivaduilla a la primera versión de este texto. Todas sus preguntas y sugerencias fueron una orientación fundamental, no solo para este trabajo sino para las líneas de investigación que de él se derivan. Quiero también agradecer a mi tutora de tesis Isabel Cristina Jaramillo por su agudo trabajo durante todos estos años. A ella le debo todo lo que sé y la profesión hermosa que ahora tengo. Este es el tercer trabajo que construyo bajo su dirección y nunca me alcanzarán las palabras para decirle cuánto he aprendido de ella y cuán importante ha sido su influencia. También deseo agradecer a mi equipo editor. Martha Moreno ha hecho más que una corrección de estilo a varios de mis trabajos y me ha enseñado a escribir con sus comentarios. Mis ideas son mejores después de sus lecturas, así que estoy inmensamente agradecida con ella. Mi amiga por siempre, María Victoria Castro, leyó la primera versión del documento y me dio fuerzas para enfrentar la primera fase de este proceso. No habría sido lo mismo sin la confianza que me dieron sus palabras y sus siempre atinadas sugerencias. A ella y a Daniel Prieto, quien me ayudó en la construcción de las referencias de la versión final, quiero dedicarles este trabajo. Finalmente, agradezco a mis colegas y amigos en la Universidad Icesi, quienes me brindaron su colaboración incondicional en la parte final de la construcción de este trabajo: Natalia Rodríguez, Diana Solano, Adrián Alzate y Andrés Valero. A Mario Cajas y Abdón Rojas por su confianza y apoyo. Y a mis amigos de aventuras académicas tras la frontera: Tatiana Alfonso, Esteban Hoyos, Amaya Álvez y Luis Eslava. Esto no sería lo mismo sin sus miradas.

Quiero hacerles también aquí un homenaje a personas que han sido fundamentales en este proceso: mis compañeros y amigos de doctorado.

Hacer un doctorado en Colombia no es sencillo, o, si quieren, es menos sencillo de lo que la gente imagina. El año que estuve estudiando afuera me di cuenta de que la diferencia fundamental entre hacer el doctorado en los Estados Unidos o en Colombia no es la calidad de los programas, tampoco la calidad de los profesores o las universidades, ni el grado de dificultad de las pruebas. Aunque el anonimato en la lejanía, la tristeza y la distancia pueden ser fértiles para el trabajo intelectual, nada supera la caótica cercanía de todo lo querido. Pero además de esa realidad, comparto con mis compañeros de doctorado la frustración que enfrentamos cada vez que le decimos a alguien que hicimos el doctorado aquí, en Colombia. Ya estoy acostumbrada a que una mueca de consideración llegue cuando enfrento a colegas, amigos o familiares diciendo que soy una estudiante de los llamados “doctorados nacionales”. En muchos lugares, no nos digamos mentiras, hemos sido y somos tratados como académicos de segunda. Y creo que llevaremos ese peso siempre.

Sin embargo, me produce un profundo placer que esto que estamos construyendo aquí y ahora, nosotros, los estudiantes de doctorados nacionales, sea una red de académicos en el derecho que cree profundamente en sí misma, que confía en sus propias reflexiones, que lucha por conseguir una voz propia, un espacio en los debates exportados, unas páginas para los debates propios y un asiento en las facultades de derecho y ciencias sociales. Nuestra agenda se hace cada vez más clara y la hemos desplegado en lugares que hace dos años no imaginábamos. Como afirmó el presidente de Uruguay, José Mujica, en la Asamblea General de la ONU: “Soy del sur, y vengo del sur”. Y esa frase dice mucho sobre nosotros, futuros académicos, que le apostamos a producir conocimiento desde el sur, aprendiendo en el sur, de profesores del sur. Yo me siento orgullosa de ser parte de ese proceso y le agradezco a la vida haber compartido con personas como ustedes.



# **INTRODUCCIÓN**

¿Cómo se concreta y se hace presente el estado\* en la vida cotidiana de los ciudadanos? ¿Cuál es la función del derecho en esa manifestación? ¿Qué consecuencias tiene la manera en la que actualmente pensamos el estado? ¿Por qué es importante hacernos esas preguntas hoy? Este trabajo de investigación ofrece una respuesta a estos interrogantes, con base en una lectura crítica del derecho administrativo desde una perspectiva neorrealista y fenomenológica. Esta respuesta corresponde a una versión revisada de mi tesis de doctorado y da cuenta de mis reflexiones luego del proceso de sustentación.

El concepto de estado ha sido siempre problemático desde el punto de vista descriptivo. Las dificultades que advertimos tienen que ver con la escisión de sentido que experimentamos al leer y escuchar las narrativas de lo metafísico, lo vertical y lo impersonal que orientan las discusiones sobre lo público, al tiempo que como ciudadanos experimentamos el estado como inconexo, desagregado, débil y oportunista<sup>1</sup>. Dicha disonancia se relaciona con que la categoría *estado* normalmente sirve para referirse de manera paralela a dos tipos de contenidos: la idea metafísica que alude al poder abstracto y soberano del esquema liberal y los significados más concretos que lo sitúan como sinónimo de la rama ejecutiva del poder público y como organización burocrática de dicho poder. Por esto, es necesario dejar de usar la palabra estado si la intención es aproximarnos a las manifestaciones particulares, diversas y plurales del poder público, cuando la utilizamos. En su lugar propongo la categoría *burocracia*, entendida

---

\* Usaré la palabra estado con minúscula. Este cambio, pese a que va en contravía de las normas de la Real Academia de la Lengua Española, marca una postura teórica que pretende desmitificar los estudios sobre esta categoría en las ciencias sociales. Véase Abrams (1988).

<sup>1</sup> Estas contradicciones han sido exploradas detalladamente por la antropología del estado. Al respecto son especialmente importantes las reflexiones de Philip Abrams (1988) en su ensayo "Notes on the Difficulty of Studying the State".

como la manifestación del poder público en el día a día o la representación del capital simbólico derivado del estado (Abrams, 1988; Chevallier, 2011; Gupta & Sharma, 2006; Leal, 2006; Lipsky, 2010)<sup>2</sup>.

La pregunta en torno a los mecanismos por los cuales el estado se hace presente en la vida de los ciudadanos solo puede abordarse en función de su propia definición. La mayoría de los discursos académicos sobre el estado lo describen como fallido o ausente (García Villegas, 1993, 2008, 2011; García & Revelo, 2010; Moncayo, 2004; Pécaut, 1995), con lo cual fortalecen la idea de que este no tiene ningún impacto en las vidas cotidianas de los ciudadanos. En el campo del derecho administrativo colombiano, por el contrario, el estado existe —siempre existe— como el conjunto de reglas que los abogados administrativos aplican; como una idea abstracta que oscurece el poder distributivo del estado y que impide analizar cómo las prácticas tienen efectos en las vidas cotidianas de los ciudadanos y cuál es el alcance redistributivo del derecho administrativo (Rodríguez, 2000; Santofimio, 2003; Vidal Perdomo, 2004).

De ahí que nuestra relación con el estado esté atravesada o sea constantemente definida por diferentes hábitos de pensamiento que deforman los términos del debate académico respecto de su existencia, manifestaciones en la vida cotidiana y efectos redistributivos. He identificado dos de estos hábitos de pensamiento en el campo del derecho administrativo nacional (Buchely, 2010). Al primero lo denominé el hábito de “la patología del estado”. Este prevalece entre los académicos progresistas y describe el estado como completamente ausente, precario y fallido. Sus consecuencias son la normalización y la legitimación invisibles de las normas que gobiernan nuestras relaciones con el aparato del estado, lo cual lleva a que ciertos sectores de la academia colombiana consideren que los efectos de las normas son abstractos, inmateriales e imperceptibles; por ello, no se cumplen o aplican (García 1993, 2009). Gobernados por este hábito, negamos la presencia de la esfera pública de manera sistemática y nos vemos envueltos en falsas discusiones acerca de su precariedad, corrupción y naturaleza caótica.

El segundo hábito, al que denominé del “legalismo administrativo”, se presenta entre los administrativistas quienes, inmunes a esas discusiones sobre la ausencia del estado que plantean los académicos progresistas en los textos de teoría o sociología jurídica, no conciben que su ejercicio se relacione con dichas discusiones a pesar de trabajar en el mismo campo. De hecho, no perciben su práctica como un reto a los discursos del estado

---

<sup>2</sup> Para algunos lectores/as, la inclusión de la categoría de la burocracia puede ser contradictoria a la descripción del estado como inconexo, débil, desagregado y oportunista, tal y como se hace en la primera página de este escrito. Parte del aporte de este trabajo es desestabilizar la noción clásica de la burocracia weberiana y ampliarla bajo la aproximación de las burocracias callejeras, donde la descripción de la realidad burocrática sirve, precisamente, para dar cuenta de su existencia plural y desarticulada como manifestación de lo público.

fallido, como una construcción política que define el debate público en la dicotomía estado/mercado o como una elección ideológica entre modelos de desarrollo. De ahí que no experimenten sus discusiones como enfrentamientos políticos en torno a la dimensión de la presencia de lo público en la vida cotidiana y prefieran siempre ubicarse en el polo “técnico” de la dicotomía política/administración (Frug, 1983-1984; López Medina, 2007; Stollaeis, 2004-2011).

Este hábito representa esa asepsia política fundada en las ideas del derecho público administrativo liberal e individualista que se respira entre los administrativistas, quienes ven en la norma administrativa el control de un poder abstracto e inmaterial que nada tiene que ver con la presencia singular y concreta de lo público en el entramado social (García de Enterría, 2008; Parada, 2008; Zanobini & Picone, 1954). Para el legalismo administrativo, el estado existe en las normas jurídicas. Sin embargo, y a pesar de que la teoría jurídica ha avanzado ampliamente en los últimos cien años en la comprensión de los efectos materiales y distributivos de las normas, su aproximación al estado como puras normas se agota en el ejercicio dogmático, lo cual anula sistemáticamente los efectos políticos de una disciplina narrada como neutra e imparcial (Alviar, 2009; Farina, 1989; Kingsbury, 2010; Lawson, 2009; Ohnesorge, 2006).

Esa es la compleja disociación en la que vivimos, entre la dogmática administrativa basada en el legalismo administrativo y la teoría/sociología legal generada por la patología del estado. La primera se concentra en producir el estado como el resultado abstracto de un contrato social que funda el estado de derecho, lo hace oponible y en algún sentido lejano y superior al ciudadano. Estas construcciones acuden a referencias históricas para evidenciar que el estado es algo que no vemos, pero a lo que atendemos profundamente (Abrams, 1988; Chevallier, 2011, Tamanaha, 2004). La sociología jurídica, por el contrario, ha desplegado su conocimiento empírico para documentar sus fallas o disfuncionalidades. En su diagnóstico visibiliza sus ausencias, faltas e incumplimientos (García Villegas, 1993, 2009, 2010, 2011; Rodríguez Garavito & Portes, 2012; Santos & Villegas, 2001; Uprimny, Rodríguez & Villegas, 2006).

La academia local no ha experimentado la existencia de la dogmática administrativa en los análisis que resaltan su ausencia desde la sociología jurídica. Por tanto, a pesar de que las normas legales amadas por los administrativistas tienen efectos distributivos, el ejercicio del dogma los encubre y nos impide verlos trabajando para nosotros o en nuestra contra, a pesar de que en realidad tienen un efecto profundo sobre nuestras posibilidades (Jaramillo & Alfonso, 2008; Jaramillo, 2013; Duncan Kennedy, 1991; Ritich, 2002).

De lo anterior se sigue que los términos del debate sobre la presencia o ausencia del estado imposibilitan analizar y comprender las maneras

en las que el estado genera efectos materiales en la vida cotidiana de los ciudadanos por medio de sus burocracias. En este contexto, las reflexiones que presento a continuación buscan reformular los términos del debate sobre la presencia del estado. Mi argumento es que las normas, que según los administrativistas construyen el estado, son las mismas fuerzas que producen nuestras diferentes identidades, diseñan las transacciones que controlan los recursos naturales y simbólicos y nos insertan en escenarios concretos de poder (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo, 2013; Duncan Kennedy, 1991; Rittich, 2002). Por tanto, las investigaciones acerca de lo público deberían enfocarse en las relaciones entre la burocracia y el ciudadano, al reconocer que el derecho crea y regula esas identidades y tiene efectos distributivos particulares en nuestras vidas cotidianas.

Para abordar la pregunta más general acerca de cómo aparece el estado en la vida cotidiana de los ciudadanos, los capítulos indagan dos aspectos centrales: (i) cómo toman decisiones los agentes burocráticos, específicamente en relación con el sometimiento a los estatutos y las características principales de lo que se ha entendido como la dominación racional weberiana; y (ii) cómo se negocia el poder dentro de cada uno de los escenarios de interacción. De esas preguntas iniciales surgieron interrogantes más específicos: cómo se combina el poder con la subordinación, cómo es posible que los ciudadanos algunas veces ganen y otras pierdan y resistan sus pérdidas, y cómo puede subvertirse la posición de subordinación en los escenarios de negociación burocráticos (Jaramillo & Alfonso, 2008; Maynard-Moody & Musheno, 2003).

Construiré la reformulación a partir del análisis de la teoría clásica que domina la imaginación jurídico-política de la mayoría de la academia local (bien acudiendo al hábito de la patología o del legalismo administrativo), es decir, de la interpretación weberiana tradicional que narra al estado como una organización burocrática, racional y unitaria, y de la presentación de algunas de las teorías alternativas que desestabilizan su potencial explicativo desde el punto de vista empírico. Weber resulta central para las discusiones en torno a los modelos burocráticos, ya que el modelo de estado actual, desarrollado a través del derecho administrativo clásico (DAC), parte de una idea weberiana de burocracia (Buchely, 2014; López, 2007). Específicamente me baso en las críticas que cuestionan la lectura tradicional de Weber y la acusan de irreal por tres razones: (i) oculta el verdadero funcionamiento del poder (Mills, 1999); (ii) no se toma en serio el rol de las burocracias como agentes discrecionales y generadores de política pública (Lipsky, 2010); y (iii) se refiere a una unidad inexistente; de hecho, la organización del poder no es ni racional, ni centralizada, ni impersonal. Es desagregada, caótica y completamente informal (Gupta & Sharma, 2006).

Esta reformulación implica rechazar el uso del término “estado” como una categoría analítica con un contenido estable. El objetivo es comprender

que el estado es construido mediante escenarios de negociación, que se concretan entre funcionarios y ciudadanos alrededor de la prestación de los servicios públicos y que tienen resultados contingentes e impredecibles en materia de distribución de recursos. Desde el giro fenomenológico que propongo, el estado es algo que está en la experiencia de las burocracias. Este cambio de énfasis representa un esfuerzo por ir más allá de las discusiones acerca del estado como una idea abstracta y por incentivar un análisis del poder gubernamental en términos de las interacciones en un micronivel (Siblot, 2006; Warin, 2006; Weller, 1999).

Es importante precisar que a lo largo del libro me concentraré en las burocracias como el enclave para responder cómo el estado se concreta y se hace presente en las vidas de los ciudadanos. El análisis de las burocracias que propongo cuestiona los esquemas tradicionales empleados para analizar el estado de cuatro maneras: (i) desestabiliza la idea weberiana de la burocracia como jerarquía impersonal y reconoce la agencia de los funcionarios públicos como creadores de política gubernamental (Lipsky, 2010); (ii) demuestra cómo se construye el estado por medio de las interacciones burocráticas que surgen dentro de relaciones de poder complejas, con sus resultados contingentes e inestables (Gupta & Sharma, 2006); (iii) reconoce las maneras en las que el derecho tiene un rol significativo en la construcción de la realidad, pues las reglas legales emergen como creadoras y distribuidoras de nuestras identidades (Jaramillo, 2013); y, por último, (iv) construye y propone la categoría del *activismo burocrático*, entendida como el comportamiento del burócrata callejero, que va más allá de las normas y les crea nuevos significados en el momento de la implementación, para describir las nuevas realidades del derecho administrativo inmerso en un estado atomizado y unos burócratas apartados del principio de legalidad.

Podemos utilizar la tan popular etiqueta de la teoría jurídica para referirnos ahora a un escenario de aplicación legal del que la academia jurídica ha hablado poco: las *burocracias callejeras*<sup>3</sup>. En ese activismo burocrático, el principio de legalidad que conocemos y que estaba en el centro de la construcción del derecho administrativo clásico está en crisis<sup>4</sup>. Las acciones de los burócratas callejeros muestran el derecho como algo contingente e indeterminado, producto de transacciones concretas que, a diferencia de la idea abstracta e inmaterial de estado que permea el DAC, resulta mundano, inestable, negociable y dependiente de las personas que lo operan.

---

<sup>3</sup> Esta categoría fue utilizada por primera vez por Michel Lipsky (2010) para referirse a las personas del último nivel de ejecución de las decisiones estatales. Su característica principal es que dentro de la operación de su trabajo tienen un contacto directo con el ciudadano.

<sup>4</sup> Desde el punto de vista del derecho administrativo clásico, el derecho organiza la relación de oposición y verticalidad entre el estado y ciudadano, lo cual construye la comunicación entre los dos polos como un ritual extremadamente reglamentado, que pretende proteger al segundo de la exorbitancia del primero.

El activismo de las burocracias está entonces en la construcción política y cotidiana de lo público y lo legal, que no responde de ninguna manera a criterios previos, determinados o estables<sup>5</sup>.

En consecuencia, el objetivo principal de esta investigación es describir las relaciones de poder que se generan entre el ciudadano y el burócrata, en la interacción entre las dinámicas de poder que entizan su inestabilidad y contingencia, mediante el desarrollo de una *lectura crítica del derecho administrativo con un enfoque neorrealista y fenomenológico*. El enfoque neorrealista permite situar la tesis en el mapa teórico de la filosofía del derecho del lado de las teorías críticas posrealistas que entienden el derecho, y el estado construido por él, como algo indeterminado, producido en las transacciones concretas y de imposible generalización (Chevallier, 2011; Rittich, 2002). Además, en el caso de los burócratas callejeros, puede reconfigurar lo que entendemos por principio de legalidad. Este enfoque, además de ubicarnos en esta tradición específica, intenta que estos mismos argumentos, tradicionalmente usados para analizar el comportamiento judicial, sirvan para leer el comportamiento de otra clase de operadores jurídicos: los burócratas callejeros (Frank, 2009; Holmes, 1987; Llewellyn, 2009).

Por su parte, el enfoque fenomenológico resalta la importancia de la experiencia en la construcción del principio de legalidad. Concentrar la atención en las interacciones que tienen los burócratas con los ciudadanos y defender una postura fenomenológica implica sostener que el principio de legalidad se construye en la cotidianidad, y no es un material preexistente y predecible, como solemos pensar los abogados a la luz de las conceptualizaciones hechas por el derecho administrativo clásico (Berger & Luckmann, 1967; Ewick & Silbey, 1998; Geertz, 1994; Silva, 2001).

## MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Para cumplir con el objetivo, realicé el estudio de caso de algunos Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB) en cuatro localidades de Bogotá (San Cristóbal sur, Suba, Simón Bolívar y San Cristóbal norte) y en El Espinal (Tolima), durante cuatro meses, de agosto a noviembre del año 2012. La investigación combinó cinco mecanismos distintos de recolección de información, individualizados tanto en razón del método de recolección como en razón del objeto de estudio. Estos mecanismos incluyeron: la documentación de experiencias en diarios de campo como técnica etnográfica, las entrevistas semiestructuradas a funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y a administrativistas expertos, las observaciones

---

<sup>5</sup> Esta postura está fuertemente influenciada por las reflexiones de Duncan Kennedy (1999) en la fenomenología de la decisión judicial, donde defiende un continuo entre la legalidad y la discrecionalidad. Si la legalidad es algo que construimos en la experiencia, no hay tensión alguna entre lo legal y lo discrecional.

del funcionamiento de los HCB, el análisis documental de varios de los oficios que producen las madres comunitarias en su gestión cotidiana y los grupos focales. El detalle de las actividades realizadas puede encontrarse en el anexo 1. A manera de resumen, la investigación sirvió para recopilar información a través de diecinueve entrevistas semiestructuradas, noventa horas y 35 minutos de observación, tres grupos focales, la documentación de experiencias informales con los actores de los HCB en un diario de campo y el análisis documental de ocho formatos oficiales generados por las madres comunitarias y revisados por el ICBF.

Este programa del ICBF tiene más de veinte años de vigencia y su última modificación se derivó del documento Conpes Social 109 de diciembre de 2007, donde se desarrolla la política social “Colombia por la primera infancia”. De acuerdo con el ICBF, este programa es un conjunto de acciones del Estado y de la comunidad encaminado a propiciar el desarrollo psicosocial, físico y moral de los niños menores de siete años pertenecientes a los sectores de extrema pobreza, mediante el estímulo y apoyo a su proceso de socialización y el mejoramiento de la nutrición y de las condiciones de vida. Está dirigido a fortalecer la responsabilidad de los padres en la formación y cuidado de sus hijos, con su trabajo solidario y el de la comunidad en general (2011).

El análisis de los HCB como política social que crea identidades y distribuye recursos no solo me permite articular la respuesta a la pregunta por la aparición física del estado —porque la existencia del estado se reconoce en la presencia de sus funcionarios en los municipios y localidades beneficiarias—, sino que representa un ejemplo interesante en términos de análisis distributivo: la presencia de la política pública, que aparece como una forma única y universal de regulación, esconde la contingencia de elecciones políticas frente a la entrega de bienestar y nubla los efectos materiales que se han derivado de esa transacción<sup>6</sup>.

El espacio social seleccionado es un lugar de frontera interesante entre lo público y lo privado, en donde las mujeres burócratas tienen contacto permanente con el ciudadano, desarrollan un *performance* burocrático pero tienen una relación inestable con el gobierno, que no las reconoce como sus agentes. Los resultados de su acción son completamente heterogéneos, pese a que las justificaciones de su acción siempre tienen sustento en la legalidad, que perciben como sistemática y objetiva (Hoyos, 2002). La intersección que este espacio permite para analizar los temas relacionados con la legalidad, el comportamiento burocrático, la política social y el trabajo reproductivo justifican su selección de una manera importante.

---

<sup>6</sup> El diseño metodológico está inspirado en el famoso trabajo de Michel McCann *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. En dicho trabajo, el estudio de caso es una herramienta útil para derivar conclusiones teóricas, estando el énfasis en esto último.

Adicionalmente, los HCB ofrecen un escenario fértil para describir las burocracias de primer nivel como materialización del poder público implícita en el aporte teórico del proyecto. Dentro de un programa social caracterizado por altos niveles de heterogeneidad (Bernal *et al.*, 2009; Hoyos, 2002; ICBF, 1997) y por esquemas de funcionamiento que varían de acuerdo con las características particulares del espacio y las personas que lo administran (madres comunitarias y familias de apoyo), los HCB son un ejemplo perfecto del ejercicio inestable y discrecional del poder público por burocracias callejeras, dentro de las relaciones de poder caracterizadas por lo que he denominado una doble indeterminación: ambigüedad del estatuto e inestabilidad de las relaciones de poder ejercidas por las personas involucradas en la ejecución de la política social.

Esta doble indeterminación es una característica clave para que el estudio de caso pueda intervenir dentro de los debates que he nombrado arriba: activismo burocrático y principio de legalidad. La manera en la que las madres comunitarias toman sus decisiones y la realidad que crean los HCB son una respuesta directa tanto a las preguntas que formula la patología del estado como a los problemas de análisis que plantea el legalismo administrativo. Primero, lo público está representando de manera diversa en personas vinculadas de manera precaria con el estado, encargadas de distribuir bienes públicos en transacciones en las que los ciudadanos participan de manera activa y constante. Segundo, la manera en la que estas transacciones operan desborda lo previsto por el principio de legalidad y la percepción despolitizada de las normas. Las reglas que rigen este tipo de negociaciones están creadas dentro de los HCB durante la experiencia cotidiana de las madres comunitarias y no preexisten ni tienen un resultado correcto o predecible que podamos conocer con antelación a la experiencia.

## ALCANCE E IMPACTO DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo de esta investigación de doctorado es construir un argumento teórico que permita vincular lo “público no legal” con el derecho administrativo o la “legalidad central”<sup>7</sup>. Como expliqué arriba, el enfoque fenomenológico y neorrealista resalta las relaciones de centralidad y periferia en el campo del derecho administrativo colombiano. Mientras el principio de legalidad se encuentra en el centro de la regulación del derecho administrativo, las burocracias callejeras, el feminismo y la política social son espacios marginales para el derecho. Aquí lo que está en juego es, en últi-

---

<sup>7</sup> La visión de este espacio justifica la utilización de “legalidad central” y “público no legal”. La legalidad central está representada por el principio de legalidad, reconociendo que existen otros escenarios de legalidad en la periferia. Lo público no legal es el borde más allá de la legalidad no central, en donde el derecho ha logrado construir una frontera que expulsa determinados espacios, como los de las madres comunitarias, del derecho (Castro, 2013).

mas, qué dice el derecho y quiénes son sujetos de lo que el derecho dice, en un espacio donde en apariencia “el derecho no participa”.

Por esta razón, esta investigación constituye un avance en la comprensión de los nuevos retos que debe afrontar lo público y, en particular, el derecho administrativo en esquemas legales precarios como el de las madres comunitarias. Si bien es cierto que los diseños institucionales y los marcos normativos no contemplan las acciones de las madres comunitarias dentro del principio de legalidad, al establecer que no se trata de trabajadoras públicas o de agentes del estado, es claro que los HCB — como muchas otras realidades cotidianas — actúan en el ámbito de lo “público no legal”<sup>8</sup>. Todos confiamos en que esas personas pertenecen al estado por los logros que utilizan, el discurso que emplean y la identidad que desarrollan.

Esa construcción simbólica de lo público, aunque fuera de los esquemas propios de la legalidad, está relacionada con el derecho administrativo. El esquema de competencias definido por el derecho administrativo clásico invisibiliza de manera nociva a las burocracias callejeras como creadoras de política pública, dentro de las nuevas comprensiones de la organización burocrática. En respuesta a esta situación, la propuesta de hacer una lectura renovadora del derecho administrativo se concentra en el activismo burocrático, para apalancar una visión de la gestión de lo público que opera como un continuo, donde el derecho crea las posiciones de ventaja y desventaja como opciones regulativas unidas a regímenes de competencia, autoridad y jurisdicción particularmente difusos.

El trabajo de los burócratas callejeros evidencia que la acción del estado puede ser muy efectiva en la vida cotidiana de la ciudadanía. Ellos son más poderosos que otros actores dentro del estado porque imponen efectos materiales y simbólicos en la vida de los ciudadanos. De ahí que el análisis e investigación sobre sus acciones ayuden a entender cómo interviene el estado en las distribuciones de poder que afectan la vida cotidiana de las personas. Por lo anterior, esta investigación contribuye a una nueva comprensión de cómo lo público se gestiona en escenarios que, como la administración pública, ya habían expulsado al derecho como disciplina de reflexión (Corporación Excelencia en la Justicia, 2001; García, 2008; García, 2010; Santos y Villegas, 2001; Uprimny, Rodríguez & Villegas, 2006).

Si el estado es percibido ahora como una red atomizada de poder en la que los ciudadanos se encuentran en una relación de horizontalidad,

---

<sup>8</sup> Otros autores ya han hecho esta alerta para el derecho administrativo. Las llamadas “normas infra-legales” están por fuera de un derecho administrativo tradicional que ignora las realidades en las que lo público se construye en espacios micro-sociales. El giro a la “implementación” o a la eficacia es otro factor de estos discursos de renovación del derecho administrativo. Para este grupo de autores, las evaluaciones de impacto, la medición de efectos o consecuencias, la búsqueda de alternativas equivalentes y la valoración de la efectividad de una medida determinada son los nuevos lugares de análisis del derecho administrativo (Assmann, 2006; Barnes, 2006; Parejo, 2006).

los nuevos análisis del derecho administrativo tendrán que familiarizarse con los estudios en las ciencias sociales que han documentado cómo la descripción weberiana del poder público es una manera equivocada de pensar las maneras en que aparece el estado en la vida cotidiana de los ciudadanos (Frug, 1983-84; Gupta & Sharma, 2006). Esta comprensión de lo público puede representar un retorno de los abogados a las reflexiones sobre la administración pública en los modelos de desarrollo.

Volver la mirada a las raíces de la administración ilumina actores que antes nos resultaban invisibles. En ese sentido, analizar cómo actúan las burocracias callejeras es una pieza clave para determinar cómo se entregan las prestaciones sociales desde un punto de vista panorámico de la realidad social, que supere el modelo de la aplicación de la ley centrado en el ejercicio clásico de la adjudicación (juez-juzgado). Por ejemplo, el escenario de la adjudicación ha cooptado de muchas maneras la producción de la academia legal, haciendo que el juez sea *el modelo* de aplicación de las normas. Al respecto, este trabajo intenta mostrar cómo esta clase de argumentos invisibiliza las diferentes maneras en las que el derecho produce la realidad al ser operado por distintos actores. En particular, hace un esfuerzo por construir al burócrata callejero como un aplicador paralelo de normas, diferente al adjudicador pero quizá con más impacto social<sup>9</sup>.

Lo particular de esta visión panorámica es que el derecho no limita el comportamiento de los actores inmersos en los conflictos particulares de espacios específicos. Las madres comunitarias participantes en el estudio de caso nos enseñan que las burocracias callejeras tienen mucho más poder de lo que el derecho dice que tienen, y ellas mismas son conscientes de que lo detentan. Este plus en su capacidad de actuar, hacer e ir más allá del derecho es lo que llamo *activismo burocrático*, y su comprensión teórica es el aporte principal que este trabajo propone a los debates en los que se vincula: teoría jurídica y derecho administrativo.

La utilización de técnicas etnográficas en el estudio de caso de los HCB me permite referirme a la singularidad de las madres comunitarias como actores discrecionales y al significado de esa discrecionalidad, en el marco de la implementación de una política social de cuidado infantil en Colombia. Para analizar si esta discrecionalidad es una manifestación particular de los contextos donde se presenta la tercerización de las políticas sociales o, por el contrario, un patrón que atraviesa la administración pública, sería necesario usar una metodología de análisis comparado de casos de burócratas ubicados en posiciones distintas del poder público. No es esa mi pretensión. Siendo consistente con el marco teórico que propongo en los

---

<sup>9</sup> La pirámide de la litigiosidad mostró en 2005 que la jurisdicción manejaba solo una proporción de los conflictos sociales. Frente a esto, las burocracias callejeras representan un modelo más comprensivo, en términos numéricos, de la aplicación de las normas (Santos & Villegas, 2001).

capítulos 1 y 4, no puedo oponer la singularidad de las madres comunitarias a “otras maneras” de aplicar las normas en la administración pública. Mi propósito no es mostrar cómo la discrecionalidad de las burocracias callejeras se opone a comportamientos más apegados a la norma, ejecutados por actores de la administración pública ubicados con más proximidad al diseño de las políticas públicas o a la “alta burocracia”, como diría C.W. Mills (1999). La discrecionalidad en la aplicación de las normas es algo constante, dado el carácter indeterminado del derecho mismo. Lo que es singular en las madres comunitarias es el contenido de su discrecionalidad y la creación de una política social “orgánica” de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo. Pese a ello, tal y como lo mencionaba Duncan Kennedy, toda aplicación del derecho es discrecional (Kennedy, 1997), desde la que está más cercana al centro de poder, hasta la que está más lejana del mismo. Así, futuras investigaciones podrían indagar por las manifestaciones de la discrecionalidad en escenarios más controlados, más cercanos al núcleo duro del Ejecutivo o sujetos a supervisión con mayor frecuencia. No es la discrecionalidad la que está en juego en esos escenarios.

Esta investigación también busca evidenciar la necesidad de extender el debate del activismo judicial al análisis de las burocracias administrativas. El rol de las burocracias callejeras y el análisis de sus acciones son de importancia crítica por la posibilidad del activismo burocrático y una nueva comprensión del principio de legalidad. De hecho, una de las tesis a las que me adhiero es la permanencia de la discrecionalidad como forma de creación de la legalidad. La discrecionalidad permanece como manera de crear el derecho en la fase de la implementación, pero son sus efectos en los casos concretos lo que varía (Lipsky, 2010). El activismo burocrático, descrito en profundidad en el capítulo 6, remite precisamente a la vida cotidiana de la administración pública en los contextos propios de una sociedad política. Como allí se indica, el funcionamiento de las burocracias desborda las dicotomías del pensamiento legal clásico en torno a la legislación/adjudicación, adjudicación/ejecución, ejecución/legislación, y propone la acción pública como un verdadero continuo en el que los funcionarios crean derecho, aplican derecho y adjudican derecho de manera simultánea e indiferenciable.

Al redescubrir a las burocracias callejeras como una respuesta a la ausencia del estado en la experiencia diaria, cuestiono la sobreproducción de estudios legales concentrados en la rama judicial del poder público y propongo una aplicación alternativa de los argumentos de la teoría legal a los actores burocráticos de la rama ejecutiva. El poder ejecutivo ha sido una laguna en la sociología del derecho y en los campos de derecho y sociedad. En este sentido, la propuesta de concentrarnos en las burocracias rompe las distinciones clásicas entre poderes o ramas del poder para

enfocarse en la experiencia de las burocracias que representan al estado en la distribución de las provisiones sociales como asunto público, lo que, a la postre, implica analizar el rol del nuevo derecho administrativo (NDA).

En efecto, aunque los debates del derecho en general y los derechos en particular se han estudiado en mayor medida en relación con el litigio, así como en relación con las estrategias de movilización de los movimientos sociales (Commaille & Kaluszinsky, 2007; Israël, 2009), también adquieren una realidad más mundana en los dispositivos de la administración pública que servirá de base para su aplicación: las oficinas administrativas, los comités encargados de la asignación de derechos, las oficinas públicas que entregan beneficios o deciden sobre sanciones; las personas que toman esas decisiones (D'Halluin, 2010; Dubois, 2009; Fischer, 2009; Lejeune, 2011). Por tanto, una exploración de la rama ejecutiva y del derecho administrativo puede mostrarnos nuevos escenarios de litigio para el cambio social.

Por último, es importante precisar que esta investigación busca visibilizar el rol de las madres comunitarias, para rescatar el programa de los *НСВ* como política social que tiene efectos positivos tanto en la población beneficiaria seleccionada (los niños), como en una población no seleccionada (las madres). Esta defensa del programa se hace en un contexto donde se busca reemplazar los *НСВ* con el programa "De cero a siempre". Por ello es prudente precisar que estoy en contra del binomio madre-hijo consagrado en la política social o de aquel enclave que nos hace pensar que los beneficios son intercambiables cuando una política social se dirige de manera indistinta a los hijos o a sus madres. Por tanto, este trabajo está del lado de las madres comunitarias y la política de conciliación orgánica entre trabajo productivo y reproductivo que ellas desarrollan.

Adicionalmente, apoyo las peticiones de laboralización de las madres. Sin embargo, esto no necesariamente implica que abogue por "más derecho administrativo" o por una "mayor regulación" en el sentido de pedir "más derecho, o más y mejores normas". La aproximación teórica descrita en el capítulo 4 sugiere que el derecho no se agota en las normas y que esta propuesta no se alinea con el legalismo liberal, que supone que todos los problemas sociales se derivan de normas mal hechas (Trubeck, 1989). Por el contrario, me uno a las voces que denuncian la situación de las madres comunitarias y su vulnerabilidad explotable con argumentos propios del feminismo. Tampoco pido "más derecho administrativo" o "más regulación" para las políticas sociales tercerizadas. Los efectos de este trabajo no pueden leerse en clave de la dicotomía mercado/regulación. Deben interpretarse como la visibilización de un lugar oculto para el derecho, con dinámicas distintas, que debe integrarse al análisis de la academia jurídica. Como lo definí en el capítulo 4, el espacio social analizado, donde las burocracias callejeras operan, es una construcción de lo público "no jurídico", derivado básicamente de la decisión de no regular. Pese a ello, esos

escenarios que el estado ha definido como “no jurídicos” son altamente legalizados, tal y como lo muestra el estudio de caso. Claro, si entendemos el derecho como algo mucho más que normas legisladas.

## **ESTRUCTURA DEL TEXTO Y POSIBLES RECORRIDOS DE LECTURA**

El libro está compuesto por piezas interdependientes que abordan con un énfasis diferente los cinco ejes de la investigación: burocracias, trabajo reproductivo (género), legalidad, política social y estudio de caso. El telón de fondo lo constituye la pregunta sobre cómo aparece el estado en la vida cotidiana de los ciudadanos, usando como excusa de reflexión el estudio de caso de los Hogares Comunitarios de Bienestar. Lo anterior implica que cada capítulo aborda todos los ejes, pero cuenta la historia desde una perspectiva distinta, es decir, hace un aporte específico para dar respuesta a la pregunta de investigación. Esta estructura puede parecer circular o repetitiva, sin embargo, es intencional. Responde a la necesidad de posicionar el debate en torno a las burocracias callejeras y el activismo burocrático mediante la reiteración de las premisas que se fortalecen de manera transversal. Esta estructura tiene, además, la virtud de presentar unidades con independencia relativa, que pueden abordarse en recorridos de lectura diferenciados. A continuación describo los recorridos principales en función de los ejes de análisis:

- (i) *Burocracias*. Este eje aborda la limitación de la teoría burocrática ortodoxa, explora algunas de sus críticas más relevantes en el campo teórico y propone el activismo burocrático como categoría alternativa de análisis (capítulos 4 y 6).
- (ii) *Trabajo reproductivo*. Este eje de análisis muestra la conexión entre legalidad, feminismo y política social, para evidenciar cómo se construye la marginalidad jurídica de espacios concretos. De la mano con argumentos feministas y distributivos, mostraré que ser mujer, dedicarse al trabajo de cuidado y ser rechazada por el estado hacen parte de un arreglo normativo que explota la vulnerabilidad de las mujeres dentro del derecho (capítulos 2, 3 y 5).
- (iii) *Legalidad*. Apalancado en las conclusiones de los dos primeros ejes, este posible recorrido de lectura utiliza la crítica a los modelos burocráticos ortodoxos y la crítica a la desregulación del trabajo de cuidado, para mostrar las limitaciones del principio de legalidad. Busca sostener que las burocracias callejeras, invisibles para la organización burocrática weberiana, construyen el principio de legalidad y el estado dentro de sus experiencias cotidianas, en lo que he denominado activismo burocrático (capítulos 4 y 6).

- (i) *Política social*. Este eje analiza de manera crítica cómo más allá de la narrativa neoliberal de la desregulación de algunas prestaciones del estado, el desarrollo del neoliberalismo ha llevado a la construcción de redes sociales que, siendo simbólicamente parte del estado y orgánicamente el antónimo de él, se encargan de la provisión o el *delivery* de bienes públicos. Esta reflexión desestabiliza las dicotomías estado/mercado, público/privado y social/neoliberal, para complejizar más las discusiones que daban por hecho que la regulación del derecho siempre se centraba exclusivamente en la primera parte de la dicotomía (capítulos 2, 3 y 5).
- (i) *Estudio de caso*. Descentrandolo el interés meramente metodológico en las descripciones extensas del trabajo de campo, este eje expone los hallazgos del trabajo empírico desarrollado en los Hogares Comunitarios de Bienestar con las madres comunitarias, con el fin de construir las conclusiones teóricas en torno a los cuatro ejes anteriores (capítulos 2, 3, 4 y 6).

Ahora bien, también es posible realizar la lectura secuencial de los capítulos. Sin más preámbulos, el mapa de ruta es el siguiente: en el *primer capítulo* describo cuáles son los problemas, vacíos, debates y preguntas dentro de la academia jurídica local con las que mi propuesta dialoga. Así mismo, explico las cinco premisas en torno a las cuales construí la lectura crítica del derecho administrativo.

En el *segundo capítulo* exploro los tipos de articulación que ofrece el derecho administrativo clásico y los retos del nuevo derecho administrativo, con estudios recientes sobre la administración pública en contextos en los que, como en el modelo de gobernanza, el estado ya no aparece dentro de las estructuras unitarias y verticales propias de la organización burocrática weberiana. El capítulo está organizado en tres secciones: en la primera analizo las limitaciones del derecho administrativo clásico para afrontar una situación como la de las madres comunitarias —en particular— y la política social —en general—, y propongo cómo abordarlas. En la segunda presento los que considero los retos del derecho administrativo en la era de la gobernanza y en la tercera sección explico cómo el activismo burocrático de los operadores jurídicos de base llevaría a una nueva mirada del derecho administrativo. Finalizo con algunas conclusiones en torno al llamado “nuevo derecho administrativo”.

En el *tercer capítulo* analizo la relación de las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones/organizaciones desde tres puntos de vista: el del derecho constitucional, el del derecho administrativo y el del derecho laboral. Esto me permite explicar cómo el régimen jurídico colombiano ha “resuelto” la pregunta por el vínculo de las madres comunitarias con el estado y cómo, mientras lo hace, ofrece respuestas contradictorias pero

legales. Lo anterior me ayuda a avanzar en dos propósitos: por un lado, evidenciar de qué manera se vinculan arreglos legales que hacen productiva la desigualdad de las mujeres con una versión precisa de la intervención de la legalidad en un espacio social determinado y, por otro, mostrar cómo el derecho es el espacio en donde sucede la lucha política, conflictiva y contradictoria, por la estabilización de esos arreglos legales. Este enfrentamiento de soluciones ilustra que el derecho opera como campo de batalla.

Las conclusiones del capítulo tercero me permiten mostrar, en el *cuarto capítulo*, cómo las narrativas usualmente utilizadas para construir el principio de legalidad dentro de una academia jurídica tradicional se desestabilizan cuando las observamos desde un lente crítico, que mira con sospecha los principios de legalidad, la separación de poderes y la existencia del derecho como un sistema social autorreferente. De ahí que proponga un mapa teórico que sustente la categoría de activismo burocrático. Para ello abordo dos maneras distintas de aproximarse al derecho: el legalismo liberal y el análisis distributivo del derecho. Adicionalmente, este capítulo busca explicar por qué es necesario construir y usar la categoría del activismo burocrático para analizar las burocracias administrativas, mediante referencias al estudio de caso realizado en la fase empírica de la investigación del doctorado. Lo anterior permite visibilizar el rol crítico de este tipo de burocracias en la fase de implementación de las políticas públicas y cómo una aproximación crítica al derecho, como la que representa el análisis distributivo, genera un mapa analítico fértil para analizar decisiones indeterminadas de los agentes vinculados con la administración pública, como efectos de lo que el derecho construye en la vida cotidiana. En cierto sentido, este capítulo recoge las enseñanzas de Duncan Kennedy (1997) en el texto *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*, cuando menciona que la diferencia entre legalidad y discrecionalidad no es significativa.

En línea con mi argumento según el cual las normas que construyen el estado son las mismas fuerzas que producen nuestras diferentes identidades, diseñan las transacciones, controlan los recursos naturales y simbólicos, y nos insertan en escenarios concretos de poder, en el *quinto capítulo* analizaré cómo el derecho y las políticas públicas han producido el vínculo aparentemente indisoluble entre madre e hijo mediante la regulación del trabajo reproductivo. Esta regulación no solo “materniza” a las mujeres y las construye como sujetos subordinados, también hace ver como productiva la desigualdad (Fraser 1997; Frug, 2006). Para elaborar el argumento, utilizo las aproximaciones principales del feminismo frente al tema del trabajo doméstico, presentando el mapa de los actores y los bienes en juego dentro del debate de la economía del cuidado. Luego expongo cómo la situación de opresión de las mujeres, derivada de la carga adicional que implica el trabajo reproductivo, es creada por las reglas jurídicas vigentes.

A continuación, de la mano del análisis distributivo del derecho, muestro cómo la política social ha ocultado el conflicto entre madres y niños beneficiarios de cuidado. Por último, analizo los planteamientos de los principales programas de cuidado de niños en Latinoamérica.

El análisis que presento en los cinco primeros capítulos evidencia que la acción del estado es efectivamente muy poderosa en la vida cotidiana de los ciudadanos cuando el lente se concentra en la acción de los burócratas callejeros. Sin embargo, es en el *capítulo sexto* donde realizo una aproximación a una fenomenología de la decisión burocrática con base en los resultados del estudio de caso. Dedico las dos primeras secciones a analizar los rasgos que determinan la identidad social de las madres comunitarias participantes y su nivel de formación, así como dos de sus escenarios de decisión, para determinar el grado de conciencia que tienen respecto a la discrecionalidad que ejercen en su labor y a su incidencia en los cambios sociales. En la tercera sección organizo los resultados de las observaciones en una tipología de las madres comunitarias.

Es importante precisar que si bien este trabajo de investigación está situado en el campo del derecho administrativo, no pretende inaugurar un “nuevo derecho administrativo” o reemplazar su dogmática. Se trata de una crítica externa de su estructura en un intento por desarrollar nuevas líneas de análisis e investigación. Más que un texto de derecho administrativo, este documento puede catalogarse como una reflexión desde la teoría jurídica sobre el derecho público y las aproximaciones tradicionales al principio de legalidad.



# **1. MARCO TEÓRICO**

## ESTADO DEL ARTE

Como quedó expuesto en la introducción, esta investigación surgió de la preocupación concreta por la forma en que la burocracia responde a la pregunta de cómo el estado se hace físico y genera efectos materiales en la vida de los ciudadanos. En esta sección describiré cuáles son los problemas, vacíos, debates y preguntas dentro de la academia local con las que mi propuesta pretende dialogar. En otras palabras, describo el debate académico en el cual interviene mi investigación.

Los debates actuales acerca del tema tienen dos tendencias. Por un lado, se refieren a la comprensión de la categoría estado en la academia local. Al respecto analizaré cómo la aproximación de la sociología jurídica, cercana al diagnóstico de la ausencia y la falla del estado, no se involucra en los debates en torno al derecho administrativo, que regula la experiencia del estado con el ciudadano desde el derecho. Por otro lado, abordan la conexión entre el derecho administrativo y los modelos del comportamiento burocrático. En este escenario, es el derecho administrativo el que mantiene distancia con las nuevas manifestaciones burocráticas que desbordan las aproximaciones weberianas clásicas y resaltan la agencia y la discrecionalidad en los modelos burocráticos.

Denomino “patología del estado” al hábito de pensamiento construido, ofertado y consumido por una sección de la academia progresista, fundamentalmente compuesto por personas vinculadas con la agenda de la teoría y la sociología jurídicas, que utilizan las narrativas de la ausencia, la fatalidad y la anomia para describir el estado nacional (Buchely, 2010)<sup>1</sup>. Según

---

<sup>1</sup> Este sector de la academia también puede etiquetarse como “crítica o de izquierda”. En el artículo “La patología del estado. Aproximación crítica a la utilización de la fórmula de la ausencia del estado en la academia legal” analicé en extenso la aplicación de esos adjetivos en estudios anteriores, específicamente en los trabajos de Hernando Valencia Villa, Mauricio García Villegas y Víctor Manuel Moncayo (Buchely, 2010).

ese punto de vista, el estado en Colombia resulta fundamentalmente precario, insuficiente, fallido y patológico (García Villegas, 1993; Moncayo, 2004; Pécaut, 1995; Valencia Villa, 1987). Estos adjetivos funcionan indistintamente para referirse a cinco líneas de análisis concretas que llevan a los científicos sociales, historiadores, sociólogos o académicos relacionados con el poder del estado como objeto de estudio a construir las narraciones de inconformidad con el estado como un enemigo esencialmente ausente o fallido:

- (i) *La ausencia como denuncia del carácter errático del proceso de construcción del estado nacional.* Esta línea de análisis concentra distintos tipos de preocupaciones: la acusación de que la élite burguesa no dirigió el proyecto de construcción nacional, el carácter excluyente de la nación como comunidad imaginada, la construcción de estados sin naciones y naciones sin estado, entre otras (García Villegas, 1993; Moncayo, 2004; Valencia Villa, 1987)<sup>2</sup>.
- (ii) *Las fallas en el monopolio de la fuerza y el problema de la violencia entendida como precariedad.* Esta línea de análisis se relaciona con la existencia de fuerzas paralelas al estado que retan y amenazan el monopolio único de la violencia en el territorio y sus actividades de gobierno derivadas (Garay Salamanca, 2002; Kalmanovitz & López, 2005; Pécaut, 1995)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Las críticas frente a la construcción del estado nación toman dos formas principales, y se enfocan: (i) en el carácter excluyente de la creación de nación que apoya al estado oficial, con una crítica que enfatiza el elemento nacional y la construcción de una comunidad social que comparte una representación cultural y percibe su imagen como la de un cuerpo social; o (ii) en la construcción del estado como un proyecto de las élites (esta crítica resalta la búsqueda de un aparato político por parte de una élite local). La primera afirmación muestra cómo una nación que apoya al estado es el resultado de un proceso de exclusión muy fuerte y oculta, como manifestaciones de identidad nacional, el proyecto indígena y el afrodescendiente, que solían existir como versiones alternativas al proyecto criollo (Castillo, 2008). Estos proyectos son discursos basados en la raza que enfatizan las raíces nativas de la nación en lugar de la experiencia colonial. La segunda afirmación está relacionada con la construcción de la nación como un proyecto de estado. Este proyecto se identifica como un problema político porque no sigue el modelo de los estados europeos al afirmar que Colombia solo tuvo una élite que moldeó el proyecto del estado, que le dio la forma de un proceso de independencia, y usó el estado y el aparato legal como instrumento para mantener su dominio material (Moncayo, 2004; Valencia Villa, 1987). Véase especialmente: Alfonso Múnera. *El fracaso de la nación: región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*. Bogotá: Banco de la República, 1998; Marixa Lasso. *Myths of Harmony: Race and Republicanism During the Age of Revolution. Colombia 1795-1831*. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 2007.

<sup>3</sup> El estado colombiano a menudo se considera en el discurso académico legal como un cuasiestado debido a su falta de un monopolio de la violencia dentro del territorio nacional. Aquí la ausencia o precariedad del estado se infiere a partir del problema de la violencia política en Colombia, y los efectos que tiene sobre la relación entre el estado y la sociedad civil (Pécaut, 1995). Esta línea de crítica incluye el enfoque que habla del fracaso en términos de la presencia de organizaciones paralelas —grupos de ejército, incluyendo guerrillas y fuerzas paramilitares— que desafían el dominio del estado en cuanto soberanía y territorio (Kalmanovitz & López, 2005). Algunos autores analizan el estudio de la ausencia del estado como una manifestación inconsciente, en el caso del fracaso del monopolio de la violencia. La insistencia en demostrar debilidad, inseguridad o formación anormal del estado, y sus vicios mortales persistentes de hace doscientos años, será catalogada aquí como melancolía, un lamento por un objeto de deseo perdido. Enfatizar la debilidad de nuestro estado solo denota una profunda nostalgia por el dominio colonial, que trata de retornar. Desde la aplicación de los conceptos freudianos básicos de melancolía, algunas lecturas sugieren que, paradójicamente, la dependencia de la colonización es nuestro objeto de deseo perdido. Véase Lina Buchely (2013b). “La melancolía y el estado. Reflexiones desde el psicoanálisis aplicado”. *Revista de Estudios Sociales* 46, agosto de 2013.

- (iii) *La ausencia del estado como inexistencia de agencia física.* En este caso, el carácter de ausente denuncia la inexistencia de representaciones materiales del estado, entendidas como escuelas, estaciones de policía, desarrollos de infraestructura, hospitales, agencias de bienestar y representaciones geográficas (García Villegas, 2008; Serje de la Ossa, 2005)<sup>4</sup>.
- (iv) *La ausencia del estado como insuficiente garantía.* Las narrativas del estado como patología también suelen relacionarse con la denuncia acerca de la ausencia del estado como garantía de bienestar. Mencionar que el estado se encuentra ausente o que nos ha abandonado implica sostener que no está cumpliendo un *deber ser* políticamente imaginado, relacionado en concreto con el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos y las garantías que los cobijan (Bejarano, 2006; García Villegas, 2006; Lemaitre Ripoll, 2009<sup>5</sup>).
- (v) *La ausencia del estado como orden o la tesis del estado-falla.* Estas narrativas utilizan categorías como corrupción y clientelismo para referirse a una especie de anomia o caos de la realidad política local que, frente a ideales de formaciones racionales, unitarias y coherentes, resulta irracional, ineficiente, dispersa e incoherente (Deas, 1993; García Villegas, 2009, 2011; García Villegas & Revollo, 2010; Leal Buitrago & Dávila, 1994; Rodríguez & Portes, 2012; Tokatlian, 2000)<sup>6</sup>.

La academia legal se ha acostumbrado a admitir sin debate esta clase de planteamientos sobre la anomalía, presentes en gran parte de los títulos de los *best sellers* legales de los últimos tiempos: *Jueces sin Estado, El leviatán derrotado, Normas de papel*, entre otros (García Villegas, 2008; Gutiérrez Sanín, 2010; Lemaitre Ripoll, 2009; Moncada Roa, 2007). Sin embargo, el sector de los profesores que trabajan con el estado, por el estado y con la excusa de su existencia, no participa de esa discusión. Es difícil imaginar a un profesor de derecho administrativo que experimente su cátedra como “fallida o fracasada”, así como encontrar en las bibliografías de sus programas de curso una apología a la existencia del estado o un diálogo

<sup>4</sup> Esta acusación indica un rompimiento en la ecuación del estado y el territorio y el discurso del estado como representación geográfica. También señala que el estado es menos que el territorio en la experiencia colombiana (García Villegas, 2008; Serje de la Ossa, 2005). Esta afirmación tiene una relación cercana con la literatura de la antropología en torno a la importancia de la diferencia entre el estado como resultado, el estado como idea y el estado como efecto. Véase, entre otros, autores como Abrams (1988), Mitchell (1999) y Gupta (2006).

<sup>5</sup> Aquí incluyo las aseveraciones de académicos y activistas que resaltan el fracaso del estado como el fracaso del sistema legal, que toma la forma de una falta de implementación de los derechos. Este discurso a menudo sugiere que Colombia no tiene una “buena ley” o que tiene una “ley fallida”. En otras palabras, se trataría de una sociedad sin derechos. Si el estado colombiano no garantiza el cumplimiento de la ley, lo que implica que los colombianos tienen una cultura ilegal, entonces Colombia tiene un estado “falso” (Esquirol, 2008; Lemaitre Ripoll, 2009).

<sup>6</sup> Dentro de esta línea, la producción académica se encarga de analizar el carácter débil y caótico de las instituciones en Colombia como una evidencia de la falla de estado. Los títulos de estos textos comunican bien esta idea: *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de normas; Estado alterado. Clientelismo, burocracias y debilidad institucional; Los estados del país. Instituciones municipales y realidades locales.*

con las personas que la perciben como frustrada. Los debates relativos al carácter fallido o abortado del estado le pertenecen, según ellos, a la teoría política, o son meros diagnósticos de la sociología jurídica, y en ninguno de los casos esas discusiones logran permear la disciplina<sup>7</sup>. Para ellos, el derecho administrativo —así como el estado— existe en las normas, y esas normas son tradicionalmente clasificadas como: (i) relativas a la estructura del estado; (ii) relacionadas con el acto administrativo; (iii) reguladoras de la anteriormente conocida como vía gubernativa; y (iv) relativas a las acciones públicas y la responsabilidad del estado. Por tanto, para este grupo de profesores, el estado existe como las normas que regulan el espacio del derecho administrativo. Que el estado exista o no para los otros campos de acción de la academia legal es algo que tiene generalmente sin cuidado a los administrativistas<sup>8</sup>.

Con lo anterior no sugiero que el derecho administrativo dentro de la academia local resulte estéril para las intervenciones teóricas. Por el contrario, varias líneas de debate dentro del campo pueden rastrearse fácilmente. Primero, los profesores de derecho administrativo de las universidades de élite bogotanas (Rosario, Javeriana, Externado y Andes) han participado de manera dinámica y apasionada en la discusión entre la distinción público/privado en la última década (Amaya Castro, 2010; Quintero, 2009). Segundo, la academia local se ha comprometido en los últimos veinte años con la disputa en torno a la tradición o genealogía de nuestro derecho administrativo, enfrentando a los profesores que apoyan la postura clásica de la tradición francesa con quienes adoptan una postura crítica, al defender una marcada e inesperada influencia estadounidense dentro de nuestros estudios en torno al Ejecutivo (Andersen, 1995; Barreto Moreno, 2012a; Lamprea, 2009; López Medina, 2007)<sup>9</sup>. Tercero, los profesores de derecho administrativo se han involucrado en discusiones en torno a la separación de poderes, al participar en el diálogo sobre la cada vez más difuminada división entre las ramas que planteaba el estado liberal clásico y los nuevos retos que la reconfiguración de las funciones del poder público traza

---

<sup>7</sup> Estos datos provienen de entrevistas semiestructuradas con profesores de derecho administrativo realizadas en la fase exploratoria del proyecto, durante los periodos 2010-2 y 2011-1.

<sup>8</sup> Los datos provienen de: (i) la revisión aleatoria de programas del curso Derecho Administrativo en la Universidad de los Andes, entre los años 2001 y 2010; (ii) entrevistas semiestructuradas con profesores de derecho administrativo, [2010-2, 2011-1]; y (iii) la revisión del currículo de la Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes [2010-2].

<sup>9</sup> El debate sobre la genealogía tiene versiones distintas dentro de nuestro contexto académico. Una de ellas es, por ejemplo, la que resta importancia a la Revolución Francesa en la génesis del derecho administrativo e ilumina el estado absoluto y la ciencia de la policía dentro de sus ejercicios iniciales (Malagón Pinzón, 2009). Otra de las versiones del debate retoma el derecho administrativo como preocupación concreta por la expansión de lo público propia de la era posterior a la crisis del *New Deal* estadounidense, relacionando el derecho administrativo con agencias de regulación especializadas, originalmente conquistadas por los economistas y utilizadas por Roosevelt como instrumentos contra-cíclicos de revitalización económica. Paradójicamente, esta dinámica permite otra lectura de la tensión entre el Ejecutivo y el Judicial dentro de la estructura del estado liberal, en tanto entiende su ejercicio como el resultado de dos lógicas disciplinares contrapuestas; así, mientras el Judicial ha sido por tradición cooptado por abogados, los economistas han hecho lo propio con el Ejecutivo (Sánchez, 2010).

para el ejercicio del gobierno (Alviar, 2009; Barreto Rozo, 2011; González Jácome, 2006; López Medina, 2007).

Pese a que las tres líneas anteriores construyen los ejes locales de discusión actual, la agenda de temas de derecho administrativo transnacional no es mucho más amplia. Dentro de un desarrollo teórico marcado por nociones occidentales de poder público, dicha agenda aborda fundamentalmente la preocupación liberal por una limitación al poder, que es en esencia corruptible o desbordado. De allí que las discusiones teóricas del derecho administrativo estén enmarcadas en cinco compromisos: (i) con la separación de poderes con dos objetivos interdependientes: control del poder y defensa de los derechos de los ciudadanos (Ackerman, 2007); (ii) con el estado de derecho, también entendido como límite al poder, en la medida en que el gobierno reglado o ejercido dentro de marcos normativos frena una indeseable acción discrecional de los gobernantes (Macpherson & Cunningham, 2010); (iii) con la delimitación legal de los ámbitos público y privado como distintas derivaciones de la dicotomía estado/mercado, derivaciones vinculadas con varios modelos de desarrollo y sus correlativos esquemas de administración pública (Sunstein, 1990); (iv) con la participación democrática de los ciudadanos en el gobierno, también entendida como límite al poder (Habermas, 2010); y (v) con los sistemas verticales y horizontales de control institucional (*accountability*) y el desarrollo de esquemas de frenos y contrapesos entre poderes de la administración pública (Ohnesorge, 2002, 2006).

A pesar de estas acciones, no podemos decir que exista en Colombia una lectura crítica del derecho administrativo. De alguna manera, muchos de los debates gruesos de la teoría jurídica transnacional no han logrado permear las discusiones locales, que se verían enriquecidas con la perspectiva teórica. Por ejemplo, una discusión académica notablemente ausente entre nosotros, y vinculada con las entrañas del derecho administrativo, es el debate ideológico en torno al tamaño del estado. Las principales lecturas dogmáticas del derecho administrativo local se construyen casi al margen de los efectos políticos que la configuración de las normas administrativas en torno a la dicotomía estado/mercado podrían tener, con pocas excepciones (Rodríguez, 2000; Vidal Perdomo, 2004), y pasan los años inmunes frente a la agenda de modernización de los estados en desarrollo, como lo han señalado ya varios autores (Alviar, 2009; Gandour & Mejía, 2009; Lamprea, 2009).

El efecto de neutralización que ejerce la construcción dogmática de la disciplina también puede rastrearse dentro de las discusiones estadounidenses en el derecho administrativo. En pocas ocasiones, las fuertes discusiones dogmáticas que sostienen magistrados de la Corte Suprema de ese país, como Scalia o Breyer, son descritas en términos de enfrentamientos políticos entre conservadores y liberales progresistas con visiones distintas en

torno a la participación del estado en el mercado o las proporciones de balance entre regulación y no regulación; contrario a ello, el campo legal prefiere etiquetar sus discusiones en términos de formalismo y funcionalismo en la interpretación del derecho administrativo federal (Lawson, 2009; Sunstein, 1990).

La existencia del estado como norma, la ecuación entre estado y ley, que ha sido defendida por autores visibles en la teoría legal, como Kelsen y Duguit, y una lectura “legal” de la existencia del estado también podrían iluminar las discusiones en torno a cómo el estado existe como norma jurídica (Duguit, 1917; Kelsen, 1949), y cómo en esa existencia crea identidades y afecta la distribución de recursos públicos, desde la perspectiva del derecho y la distribución (Jaramillo, 2007a; Duncan Kennedy, 1993, 1998; Rittich, 2002; Smith & Lipsky, 1997). En este orden de ideas, el derecho administrativo tiene mucho que dialogar con los debates en teoría política y sociología jurídica que conciben al estado como un ente anómalo y ausente.

El derecho administrativo tiene también pendiente romper el cascarón dogmático y participar en los debates ideológicos sobre los modelos de desarrollo, por fuera de la dicotomía política/administración, apoyándose en las discusiones que la teoría legal ha trazado en torno a la construcción artificial del mercado (Alviar, 2009; Duncan Kennedy, 1998; López Medina, 2007). En ese sentido, la lectura crítica del derecho administrativo puede revitalizar la discusión ideológica en torno al tamaño y alcance del estado, y hacer consciente la elección frente a grupos de normas administrativas como alternativas de modelos de desarrollo con efectos materiales disímiles. Además, el derecho administrativo está en mora de aceptar que la teoría legal tiene mucho que decir en torno a los debates de la separación de poderes. Discusiones ya consolidadas como las de la indeterminación de los cuerpos normativos, la imprevisibilidad del estatuto y la importancia de la agencia del intérprete tienen mucho que hacer dentro del campo del derecho público administrativo en el ocaso del “sueño weberiano” (Duncan Kennedy, 1997; López Medina, 2007; Ohnesorge, 2002).

Adicional a lo anterior, el legalismo administrativo es un responsable tangencial de que los abogados hayan perdido las herramientas de gerencia del “derecho administrativo de bienestar” (López Medina, 2007; Ohnesorge, 2006). El normativismo puro —o formalismo— separa peligrosamente a los abogados que terminan en las altas esferas de la administración pública de los análisis transdisciplinares, que aportan ideas concretas en torno a cómo lo público se gestiona dentro de modelos ideológicos y esquemas de desarrollo disímiles. Por ello, trabajar por una comprensión no dogmática de la norma administrativa se convierte en un reto disciplinar para los abogados. Esto porque otras disciplinas, como la economía, han venido a ocupar los cargos de gestión en el Ejecutivo que antes eran exclusividad de los abogados (Sánchez, 2010).

Paralelo a las razones anotadas, el derecho administrativo es un escenario especialmente fértil para la teoría legal y la sociología jurídica. La intervención en el derecho administrativo empujando la movida crítica nos ofrece una perspectiva favorable para profundizar en el conocimiento alrededor de cómo el derecho participa en la distribución de recursos y la creación de identidades que interactúan con la burocracia en posiciones distintas de poder<sup>10</sup>. La provisión de bienes públicos y la negociación que los agentes realizan sobre su posesión constituyen un campo producido mediante narrativas que regulan el comportamiento del estado, por lo que entender qué poder tiene el derecho en la construcción de la interacción del burócrata y el cliente/ciudadano puede dar pistas claves para avanzar en el debate en torno a las normas jurídicas y su rol dentro de los escenarios de poder, la identidad y la distribución.

Recordando los aportes disciplinares en las descripciones del campo legal que ha realizado el movimiento de derecho y sociedad (*Law and Society Movement*<sup>11</sup>), una fenomenología de la decisión burocrática tendría mucho que aportar al derecho administrativo. Aquí, la discusión estadounidense que descentra el debate de la acción pública de los *decision makers* en las altas esferas de poder y desagrega el estado en discursos, rutinas, rituales y prácticas políticas de las burocracias callejeras<sup>12</sup> como agentes discrecionales y distributivos es una lectura que parece completar el mapa de la estructura del estado vista desde los ojos de los administrativistas (T. Evans & Harris, 2004; Maynard-Moody & Musheno, 2003; Smith & Lipsky, 1997).

Las burocracias callejeras, objeto central de esta investigación, son importantes al menos por cuatro razones ocultas para las aproximaciones tradicionales a la acción pública: (i) toman decisiones reales de política pública en lugar de solamente implementar decisiones de política precedentes y ajenas; (ii) son agentes discrecionales no constreñidos por el

<sup>10</sup> Tanto la burocracia como los sujetos que interactúan con ella son identidades creadas por el derecho. En esa medida, el campo de acción de un servidor público como identidad está delimitado por el derecho (en materia de competencias y responsabilidades) en su aparición como "colaborador del estado", "contratista", "funcionario público", "trabajador oficial", "autoridad administrativa", "miembro de corporación pública". Lo mismo sucede con la identidad del usuario, sea como "beneficiario", "población elegible", "población vulnerable", "ciudadano" (Gupta, 2006).

<sup>11</sup> El movimiento derecho y sociedad nace en la segunda mitad del siglo XX en los Estados Unidos. Aunque es heterogéneo, trata de integrar las metodologías propias de las ciencias sociales al análisis jurídico, siguiendo la sugerencia del realismo legal. Buena parte de su trabajo se dedica a documentar las brechas que existen entre el derecho en los libros y el derecho en acción. Ver: Lawrence M. Friedman. "The Law and Society Movement". *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 3 (febrero, 1986), pp. 763-780

<sup>12</sup> Lipsky utiliza la expresión "*street level bureaucracy*" para referirse al último escalón del ejercicio de la autoridad derivada de un poder entendido como "centralizado". Las burocracias de nivel callejero son, entonces, aquellas que por medio de una autonomía relativa deciden el contenido de las expresiones de lo público en la interacción con los ciudadanos. Maestros de escuela, policías, funcionarios de los departamentos de bienestar, secretarios de las cortes, miembros del servicio legal gratuito, entre otros, son todos burócratas de nivel callejero (Lipsky, 2010).

estatuto, dado que, contrario a la predicción weberiana, la cantidad de las reglas es proporcional a la cantidad de discreción experimentada por los funcionarios (Evans, 2010; T. Evans & Harris, 2004); (iii) entienden y narran su trabajo en razón del ciudadano y no en razón del estado o el derecho. Por tanto, dado su posicionamiento material, las burocracias callejeras construyen redes y esquemas de lealtades con los ciudadanos antes que con sus supervisores, jefes o autoridades políticas, y distribuyen recursos de acuerdo con esas solidaridades informales, nunca en razón de las prescripciones del estatuto (Maynard-Moody & Musheno, 2003); y (iv) las burocracias callejeras no operan con guiones de sujetos abstractos. En las narrativas que construyen nunca se refieren a los clientes/ciudadanos utilizando las categorías de los estatutos: “personas con discapacidad”, “beneficiarios”, “pobres”, “afrodescendientes”, “mujeres”. Ellos tienen aproximaciones a identidades materialmente situadas con las que negocian y deciden, de manera autónoma, la provisión de recursos entregados a su cargo (Maynard-Moody & Musheno, 2003; Smith & Lipsky, 1997).

Este tipo de comportamientos ha generado que el rol de las burocracias callejeras sea leído como un efecto inesperado del neoliberalismo que, tras sabotear las reformas restrictivas del rol de lo público en los escenarios neoliberales, no preveía fugas distributivas dentro de los esquemas “racionales y reglados” de las burocracias diseñadas dentro de la arquitectura weberiana. La antropología del estado también ha aportado elementos importantes a esta discusión al documentar que, contrario al patrón weberiano, las burocracias resultan irracionales, caóticas, arbitrarias y subjetivas en sus decisiones (Gupta & Sharma, 2006; Leal, 2006; Nuijten, 2004). Lo interesante de esta clase de aproximaciones es que señalan —también de manera divergente al hábito de pensamiento tradicional frente a la idea de estado— que las experiencias de caos, desarticulación e irracionalidad del comportamiento burocrático son constitutivas del estado mismo, y no experiencias fallidas de sus planteamientos ideales (Das & Poole, 2004). Interesantes etnografías de la burocracia en América Latina mencionan que las prácticas desordenadas y ambiguas de los burócratas callejeros se inscriben, sin pudor ni incomodidad, en las formas “racionales” de la burocracia weberiana: producen documentos, archivos, oficios, registros, estadísticas y discursos gubernamentales mediante los cuales la idea de estado se legitima frente a los ciudadanos con la apariencia de unidad, coherencia y preexistencia frente a actuaciones concretas (Leal, 2006). Mientras esto ocurre, el centro de las reformas a la administración pública —basadas en la centralidad del estatuto y el comportamiento reglado de los burócratas— se derrumba (Nuijten, 2004).

## PROPUESTA TEÓRICA

He construido esta lectura crítica del derecho administrativo a partir de cinco premisas que orientaron el plan de estudios desarrollado durante

mi doctorado. *Premisa 1.* El hábito de pensamiento que narra al estado como una ausencia evade su análisis como presencia física y cotidiana (patología del estado). *Premisa 2.* El estado no existe más allá de quienes lo representan y las acciones que ellos ejecutan (burocracias). *Premisa 3.* La negociación entre funcionarios y ciudadanos está marcada por el carácter indeterminado de los estatutos que guían la acción pública (indeterminación de las normas). *Premisa 4.* La negociación de los bienes públicos entre burócratas y ciudadanos se desarrolla entre lógicas específicas que permiten la inestabilidad del binomio entre poder y subordinación (relaciones de poder). *Premisa 5.* El análisis del estado de bienestar permite ver cómo las negociaciones burocráticas están influidas por reglas de fondo que no determinan pero afectan sus resultados distributivos (política social). A continuación explico en detalle cada una de las premisas.

### **Premisa 1. La ausencia del estado**

Como he descrito en la sección anterior, mi aproximación a las narraciones nacionales del poder político ha visibilizado un hábito de pensamiento generalizado en los análisis teóricos en torno del estado nacional, que lo presentan como algo fundamentalmente ausente, fallido, fracasado, precario y patológico (García Villegas, 1993; Moncayo, 2004; Pécaut, 1995; Valencia Villa, 1987). Esta primera preocupación por la construcción del estado a través de sus ausencias puede relacionarse tangencialmente con lo que algunos autores han denominado *antropología del estado* (Abrams, 1988; Gupta & Sharma, 2006). En un escrito fundacional de esta corriente, Phillip Abrams (1988) menciona algunas de las dificultades teóricas y metodológicas de estos estudios. Según su argumento, existen por lo menos tres formas de pensar el estado como objeto de estudio: como idea que alude a las explicaciones liberales y estructuralistas de cómo funciona el poder político; como sistema, o la aproximación al estado como un nexo palpable entre la práctica y estructura institucional, centrado en el gobierno como organismo más o menos extensivo; y el estado como proyecto político —o estructura de legitimación— que se refiere a su existencia, no como la realidad que sucede detrás de un velo creado para falsear la realidad política, sino como la máscara misma que impide que veamos cómo se realiza la práctica política. A esta preocupación por cuál es el objeto de estudio cuando decimos que estudiamos “el estado” de manera abstracta, este grupo de autores suma una preocupación metodológica por la producción del estado como dato empírico.

En esta investigación me distancio de esta línea de análisis porque mi preocupación no está relacionada ni con la pregunta filosófica acerca de la existencia del estado como idea metafísica, ni con la necesidad empírica de producirlo como un objeto de estudio más o menos relacionado con lo

que Abrams llamó el estado como "sistema/organización". Mi aproximación a la ausencia del estado se relaciona con la necesidad argumentativa (y si se quiere, teórica) de advertir cómo las narrativas que construyen al estado, como una presencia fallida e inexistente, niegan las muchas formas en las que este existe como presencia, específicamente en las manifestaciones burocráticas que penetran fácilmente en la vida cotidiana de los ciudadanos/clientes.

También me distancio en el alcance de las preguntas que Abrams plantea. Más allá de la producción del estado como un dato empírico, o la descripción de sus presencias cotidianas en la vida de los ciudadanos, esta investigación propone una crítica transformadora a la manera como se interpretan los debates en torno al estado como ausencia (patología) y el estado como norma (legalismo administrativo). La conexión con los debates de política social y discrecionalidad administrativa, como fundamentalmente conectados con las discusiones de la teoría jurídica en cuanto a la indeterminación de los estatutos, desborda los análisis tradicionales de la antropología del estado (Das & Poole, 2004; Gupta & Sharma, 2006). Sin embargo, desde el punto de vista metodológico, esta investigación sí tiene algunas afinidades con la antropología del estado. Siendo una fenomenología de la decisión burocrática, se apoyó en los avances metodológicos de las ciencias sociales para producir diarios de campo y describir el estado en sus terminaciones capilares, tal y como esta corriente ha documentado su indagación empírica frente a la presencia de lo público en la vida cotidiana (Leal, 2006; Nuijten, 2004; Trouillot, 2001).

## **Premisa 2. El estado en sus formas físicas: la burocracia**

La idea central de mi argumento es, entonces, regresar la mirada a la manera como el poder se hace físico. La preocupación por el estado como materialidad se concentra en lo que Weber llamó la organización burocrática: en teoría, una estructura compleja y vertical de posiciones impersonales que ejecutan las decisiones del poder político, siguiendo rituales de procedimientos rutinarios, estandarizados y públicos (previsibles), creados en torno a los criterios de especialización y profesionalización. Entre las lógicas racionales que organizan el poder político dentro de los modernos estados liberales capitalistas, el esquema de la organización burocrática es por excelencia la estructura que permite maximizar la eficiencia de la acción del poder político y reducir la incertidumbre propia del mercado (Weber, 1963).

Sin embargo, la teoría contemporánea en torno al ejercicio del poder cuestiona el esquema impersonal de dominación racional (legal) sugerido por Weber (Ferguson, 1984; Lipsky, 2010; Mills, 1999; Olson, 1971), por lo menos de tres maneras. Por un lado, pone en duda el carácter centralizado del ejercicio del poder público y cómo este trasmite sus decisiones de for-

ma inalterable por medio de las cadenas de la autoridad burocrática. Así, las nuevas teorías de la burocracia resaltan el poder de decisión que reside en los funcionarios en línea, entendidos como agentes discrecionales que actúan en un nivel de contracción difusa y distante frente al centro, donde reside presumiblemente la autoridad (T. Evans & Harris, 2004; Maynard-Moody & Musheno, 2003; Smith & Lipsky, 1997). Por otro lado, nuevas teorías del ejercicio del poder político controvierten también la existencia del interés general como algo materializable por la utilización de los bienes públicos mediante la aplicación burocrática (Olson, 1971). En consecuencia, se empieza a concebir la acción pública como el movimiento de intereses selectivos y privados que solo administran los altos círculos del poder (Mills, 1999). Un tercer cuestionamiento se basa en la idea de que la acción pública como acción previsible sometida a la validez del estatuto se desestabiliza. Según esto, las normas no determinan ni guían la acción burocrática porque los códigos son largos y extensos para ser aplicados en todos los casos (Duncan Kennedy, 1997; Lipsky, 2010; Maynard-Moody & Musheno, 2003); las soluciones de los problemas sociales al nivel de las burocracias callejeras son improvisadas y discrecionales porque existen limitaciones de tiempo, recursos e información que alteran las certezas de las decisiones; las normas son siempre invocadas como excusas después de los hechos, y la existencia de los estatutos, la escasez de los recursos y la ambigüedad de los objetivos públicos son utilizados instrumentalmente por los agentes burocráticos para justificar sus decisiones discrecionales (Lipsky, 2010; Maynard-Moody & Musheno, 2003)<sup>13</sup>.

Lo anterior implica que la incertidumbre en las soluciones ofrecidas a los ciudadanos en la interacción cotidiana, la ambigüedad en los objetivos públicos y la ausencia de control (producto del diseño mismo de la estructura organizacional) les dan la posibilidad a los agentes burocráticos de alterar y crear nuevas políticas públicas en el último nivel de la ejecución, que efectivamente cambian la vida de los ciudadanos (Lipsky, 2010; Maynard-Moody & Musheno, 2003). De esta manera, el estado puede concebirse, entonces, como algo que se construye en el nivel de la interacción burocrática, y su negociación tiene siempre resultados contingentes, imprevisibles y heterogéneos: no todos ganan ni todos pierden lo mismo como un resultado predeterminado, y, sobre todo, no siempre pierden y ganan los mismos, y no siempre pierden y ganan en la misma proporción (Jaramillo & Alfonso, 2008; Jaramillo, 2007a; Duncan Kennedy, 1993, 1998; Rittich, 2002).

Las nuevas aproximaciones a las burocracias evidencian también dos efectos concretos frente a las maneras tradicionales de explicar el poder:

---

<sup>13</sup> En el debate interno de los Estados Unidos, el planteamiento de la discreción burocrática de Lipsky ha tenido básicamente dos detractores: David Howe y Anthony Evans. Estos autores se oponen al argumento de la discrecionalidad de los burócratas callejeros al señalar dos ausencias en el trabajo de Lipsky: la presencia de supervisores y la formación disciplinar —en el caso de las y los trabajadores sociales (Evans, 2010).

- (i) *Fracturan la aproximación al poder como algo centralizado.* Como ya he mencionado, lejos de entender la burocracia como un conjunto de reglas que estructuran la autoridad, la visibilización de la agencia ejercida por los funcionarios públicos de nivel callejero ayuda a entender el poder público en función de la experiencia de los individuos que lo administran, ya que sus rutinas y decisiones construyen una política pública. Esta aproximación a la comprensión del poder político se combina con posturas teóricas del poder que comparto, en especial, la percepción de la burocracia como ejercicio descentrado de poder. Esta idea se articula con la manera en la que algunas teorías posestructuralistas, fundamentalmente basadas en la aproximación microfísica al poder de Foucault, entienden el poder: como algo disperso y atomizado, ejercido no solo en “el punto” de concentración de la dominación legítima (para los liberales) o ideológica (para los estructuralistas), sino desarrollado en cada relación social en la que existe interacción, capacidad de dominación y fuerza, pero también y, ante todo, capacidad de resistencia (Foucault, 1992; Nuijten, 2004).
- (ii) *Desestabilizan la previsibilidad de los resultados de las operaciones políticas.* La comprensión del estado como algo negociado en distintos puntos y con resultados fundamentalmente contingentes en cuanto a la distribución de recursos destruye las fachadas de previsibilidad y certeza construidas tanto por los estructuralistas paranoicos como por liberales clásicos, como resultados inalterables de la práctica política. Lo anterior pone de presente que no es cierto que todo esté diseñado para que solo algunos ganen, porque la estructura puede llegar a tener también fracturas que posibiliten la resistencia (Laclau & Mouffe, 1987; Luxemburg, 1986); tampoco que siempre ganemos “todos”, porque algo como el interés general es una cláusula de imposible ejecución material (Olson, 1971). De allí que el estado de cosas en el que algunos ganan y otros pierden sea un resultado contingente de la negociación burocrática en la que el estado se construye.

Ahora bien, si mi trabajo es un intento por comprender cómo el poder se hace físico, y parto de las burocracias como una manifestación de esa materialidad, es importante entender, entonces, cómo ocurre el ejercicio del poder dentro de los funcionarios en línea; o, de otra forma, cómo los burócratas, entendidos como individuos, experimentan el ejercicio de ese poder dentro de esquemas de autonomía relativa (libertad y restricción).

### **Premisa 3. La dominación racional en el funcionamiento burocrático**

La dominación racional como tipo ideal weberiano, que explica la existencia del estado de derecho como la forma de gobierno moderna opuesta a

la dominación tradicional y carismática, se fundamenta en el valor de la previsibilidad (necesario para el esquema capitalista) como derivación de la fe en la legalidad. Esto implica que la dominación racional weberiana está basada en tres premisas básicas: (i) la creencia en la validez del estatuto como guía de acción; (ii) el esquema de competencias creadas por las normas racionales como una cadena de sucesión de validez formal; y (iii) la disposición irrestricta de todos los miembros (burócratas y asociados) a la obediencia y cumplimiento de los estatutos.

Algunos debates importantes de la teoría jurídica general me ayudaron a clarificar cómo opera en concreto la acción burocrática en medio de estatutos o cuerpos normativos indeterminados. La indeterminación como característica principal de los estatutos se combina con los siguientes elementos para generar la sensación de incertidumbre: expectativas sociales del “servicio para la gente” y el “bien común” como objeto burocrático, la certeza del funcionario de la inexistencia de respuestas correctas en el derecho y las sensaciones alternativas de libertad y restricción en el escenario de la adjudicación en relación con las decisiones de los agentes burocráticos.

Dentro de ese escenario, y como primera relación con los debates en la teoría jurídica general, el elemento de la legalidad weberiana está asociado con las imágenes del derecho como sistema de normas derivadas de una autoridad competente. En especial, resulta útil relacionar los imaginarios de la dominación racional (legal) weberiana con algunos de los esquemas neoclásicos de aproximación al derecho que reproducen sus mismas premisas, en especial con algunas aproximaciones positivistas contemporáneas que respaldan la noción del derecho como sistema (Hart, 1990; Kelsen, 1949, 1994).

La aproximación a los debates en torno a la definición del derecho debe conjugarse, además, con las lecturas desestabilizadoras de las premisas neoclásicas. Estas lecturas me ayudaron específicamente a sostener una versión alternativa del comportamiento burocrático, para la que seguir el estatuto, como cuerpo normativo indeterminado, es imposible. Aquí es importante resaltar la relación de mi propuesta con los debates de la indeterminación del derecho y en concreto con las discusiones en torno a la indeterminación de las normas y hechos jurídicos, desarrolladas principalmente por el realismo legal estadounidense (Frank, 2009; Holmes, 1987; Llewellyn, 2009) y combinadas con algunos elementos de reflexión en torno a las fuentes del derecho derivados del análisis del antiformalismo y la crítica al conceptualismo europeos (Geny, 2000; Ihering, 1974).

Finalmente, los debates en torno a la adjudicación realizados tanto por los movimientos de reconstrucción (Dworkin, 1988) como por las críticas en su contra (Duncan Kennedy, 1997) me sirven para ilustrar cómo el escenario

de la decisión burocrática puede encuadrarse alrededor de las discusiones de discrecionalidad judicial; como una sensación de mediación entre la angustia por la inexistencia de la respuesta del estatuto y la expectativa social del trabajo comunitario propio del burócrata<sup>14</sup>.

La dominación racional (legal) weberiana se combina aquí con las teorías críticas dentro de la teoría jurídica para explicar el comportamiento del burócrata como un funcionario relativamente discrecional. Este funcionario está sujeto a estatutos legales, entendidos como cuerpos normativos indeterminados, que no funcionan como guías orientadoras de la actividad del burócrata y, por tanto, no entregan un producto unívoco de la acción pública. El resultado de la operación burocrática será, entonces, por completo contingente, producto de la transacción que sujetos indistintamente posicionados dentro de binomios de poder y subordinación logren ejecutar en una actividad de regateo frente a las restricciones de los estatutos y procedimientos (Duncan Kennedy, 1993, 1998).

#### **Premisa 4. La negociación burocrática entre el poder y la subordinación**

Hasta aquí he planteado que la indeterminación de los estatutos genera que, de alguna manera, el resultado de la transacción de la dominación y la subordinación no sea predeterminado. En otras palabras, que el agente público entendido como estado-burócrata no siempre ejerza la posición dominante en la que “gana” en la distribución de recursos restringiendo la entrega de provisiones sociales a los ciudadanos-clientes (Jaramillo & Alfonso, 2008; Duncan Kennedy, 1993, 1998; Rittich, 2002)<sup>15</sup>. Por el contrario,

<sup>14</sup> Es importante resaltar las similitudes existentes entre el escenario de decisión judicial descrito por Duncan Kennedy en *A Critique of Adjudication and Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology* y el escenario de acción pública descrito por autores como Lipsky y Olson (Lipsky, 2010; Olson, 1971). Mientras el escenario burocrático reproduce las experiencias entre libertad y restricción en la adjudicación, el conocimiento de los materiales legales y el posicionamiento material de las burocracias callejeras es muy distinto al de los funcionarios judiciales (i.e. las burocracias callejeras no cuentan con formación profesional). Esto implica que, pese a que las expectativas sociales de neutralidad e imparcialidad sean las mismas frente a la aplicación de la norma, la restricción opera en un sentido menor que en el que lo hace para los adjudicadores. Así, en general, las burocracias callejeras experimentan una sensación de libertad mayor a la que experimentan los jueces (Maynard-Moody & Musheno, 2003).

<sup>15</sup> Parte importante de la antropología del estado es la explicación que ofrece sobre la importancia de los roles burocráticos en el mantenimiento del *statu quo*. El burócrata “gana” cuando toma decisiones conservadoras, restrictivas en cuanto a la distribución de recursos. Por el contrario, “pierde” cuando toma decisiones progresistas orientadas a variar la distribución material de recursos existentes (Gupta & Sharma, 2006). Esta lectura dialoga con los hallazgos de los estudios empíricos de los analistas de las burocracias callejeras en la política social en Estados Unidos. Dentro de esos debates, el burócrata de la calle es un agente distribuidor por definición, dado que siempre entrega más de lo permitido al ciudadano porque, entre otras cosas, se identifica con él (Maynard-Moody & Musheno, 2003). Pese a ello, ambas posturas retan las visiones tradicionales a la reforma (recogimiento) del estado en la agenda del Consenso de Washington. Para autores como Lipsky (1984), los burócratas callejeros desarticulan los planes de restricciones fiscales o ahorro público.

es la misma posición de dominación la que el estado está negociando en cada interacción entre funcionario y ciudadano. Esto implica que la preocupación por la realidad física del estado es una lucha cotidiana entre clientes y funcionarios, cuyos saldos resultan completamente impredecibles desde el punto de vista del producto o resultado de la lucha misma.

Las pugnas entre funcionarios y ciudadanos se desarrollan en esquemas complejos de negociación. La forma como esta negociación se realiza parte de la noción descentrada de poder, expuesta en la premisa 2. Sin embargo, es importante mencionar que, además de descentrada, la aproximación al poder que aquí acojo es alterable, inestable y compleja. No solo los resultados de las transacciones burocráticas son contingentes e irrepetibles, sino que también las identidades que se confrontan en el plano de lucha de lo burocrático son variables y están combinadas en cadenas complejas de relaciones sociales. El burócrata no es siempre un funcionario; es también padre, hermano, cliente del servicio público, paciente, estudiante. Adicionalmente, el cliente no es solo un beneficiario del regateo con el estado; es también un consumidor, un padre, un maestro, un cristiano, dentro de esquemas de subjetivación complejos que desbordan el mero posicionamiento de clase (Davis, 2008; Foucault, 1992; Duncan Kennedy, 1993; Spivak, 1999).

Además, la lucha de poder entre ciudadanos y funcionarios está mediada por el impulso de control y vigilancia del otro, propios del campo burocrático. Parte de las restricciones que ejercen los estatutos frente a las posiciones de los funcionarios es la voluntad de conocer al otro, de definirlo, de construir su realidad, de reportar su existencia como parte del procedimiento (Foucault, 1980). Los términos de la lucha entre poder y subordinación también pueden funcionar con distintas lógicas de ejercicio de la dominación. Estas lógicas se mueven desde la interdependencia de sus polos hasta el placer de su recíproca destrucción. La necesidad de la percepción del poder como algo contingente (cuyo producto no se encuentra predeterminado ni es necesario en ningún sentido para el orden social) excluye la posibilidad de trabajar aquí con teorías que no consideren la posibilidad del *bottom-up* entre los sujetos que representan las posiciones del poder y la subordinación en la negociación burocrática que implica el ejercicio del poder físico del estado. En esta medida fueron descartadas aproximaciones como la de Marx y la de Spivak, en las que no existen posibilidades de resistencia frente al poder de la estructura (Derrida, 1971; Marx, 2000; Spivak, 1999). Por el contrario, serán cercanos los encuadramientos de las relaciones de poder que resaltan la interdependencia entre las partes (Hegel, 1977) y la posibilidad del regateo estratégico e irracional, mediado por el deseo por el otro (Freud, 1986; Sommer, 1999; Veblen, 2004).

## Premisa 5. Las burocracias y el estado de bienestar

Los retos de las economías posindustriales en contextos capitalistas se concentran con frecuencia en el campo social, o en la preocupación de los gobiernos por la provisión de unos mínimos materiales que garanticen la capacidad de agencia de los asociados sobre sus propios proyectos de vida (Nussbaum, 2011; Sen, 1999). El conjunto de las políticas de bienestar que normalmente agrupamos bajo la etiqueta del *Welfare State* representa un lugar teórico importante para el análisis burocrático (Lipsky, 2010). La preocupación por la ciudadanía social o los derechos que completan el ejercicio pleno de la ciudadanía, ejercida de manera parcial con los derechos civiles y políticos (Marshall, 1992), lleva al crecimiento burocrático en la medida en que las provisiones públicas y las expectativas sociales aumentan. En esta situación se necesitan más funcionarios que identifiquen, otorguen y vigilen los beneficios derivados de la preocupación por las condiciones mínimas materiales de existencia (Esping-Andersen, 1999). Es así como el estado de bienestar percibe el crecimiento del sector público como logro, dado que las burocracias aumentan proporcionalmente con el incremento de las propiedades y expectativas de las personas: existe una provisión más amplia de servicios públicos y derechos (Lipsky, 2010) y, en consecuencia, una presencia expansiva de las regulaciones que denominamos derecho administrativo (Ohnesorge, 2002)<sup>16</sup>.

En Colombia, al igual que en América Latina, la articulación entre las políticas de bienestar y la agenda neoliberal ha resultado a favor de una expansión notable del estado, contrario a lo que se percibe como patrón general (Molyneux, 2008). Así, el estado desempeña un rol particular en el diseño de las políticas sociales posteriores al Consenso de Washington en Latinoamérica y el estado providencia continúa existiendo con sus particularidades (López Medina, 2007). El neoliberalismo en el continente tiene unos efectos diferentes al retiro del estado y al protagonismo del mercado, así usualmente se ignore que el estado sigue siendo el mayor distribuidor de provisiones sociales en la región (Molyneux, 2008).

Pese a ello, el estado de bienestar no representa un marco de acción unívoco para los agentes burocráticos. Las dinámicas de otorgamiento de las provisiones sociales y el papel de las burocracias en ellas dependerán en gran medida de los modelos de desarrollo económico implícitos en la concepción de bienestar de cada estado o bloque regional (Alviar, 2011; Esping-Andersen, 1999). En esta dirección, el autor clásico del bienestar Gosta Esping-Andersen define tres tipos ideales para el otorgamiento de las provisiones sociales en distintos contextos de desarrollo. Estos tipos

---

<sup>16</sup> Aquí puede resaltarse la conexión que realizan algunos autores con el desarrollo del derecho administrativo y la expansión del gobierno durante el *New Deal* estadounidense, ejecutado por el presidente Roosevelt (Lawson, 2009; López Medina, 2007; Ohnesorge, 2002).

ideales implican diversas combinaciones de la dicotomía estado/mercado en materia de entrega de beneficios sociales a los asociados, y representan enfoques de derecho administrativo disímiles:

TABLA 1.

Tipos ideales del estado de bienestar y sus conexiones con el derecho administrativo

Estado-mercado	Residual (+mercado -estado)	Expansivo- institucional (+estado -mercado)	
<b>Regulación</b>	<b>Modelo liberal</b>	<b>Modelo conservador</b>	<b>Modelo socialdemócrata</b>
<b>Mecanismo de distribución</b>	Mercado-aseguramiento	Esquemas laborales y esquemas familiares	Universalidad
<b>Objetivo</b>	Libre mercado	Orden y tradición	Ciudadanía social
<b>Expansión burocrática</b>	Baja	Tiende a alta	Alta
<b>Amenaza</b>	Riesgo-fallas de mercado	Desfamiliarización Descomodificación	Migraciones y globalización (desconfiguración de la ciudadanía)
<b>Derecho administrativo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Comisiones de regulación limitadas</li> <li>• Iniciativa privada revitalizada</li> <li>• Privatización del derecho público</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aumento de intervención gradual en la economía</li> <li>• Fortalecimiento de poder de policía y vía gubernativa como defensas del ciudadano frente al estado interventor</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Hiperregulación</li> <li>• Proliferación de agencias de bienestar</li> <li>• Proliferación de normas de control y mecanismos de <i>accountability</i> institucional (vía gubernativa, control disciplinario, control fiscal)</li> <li>• Constitucionalización del derecho privado</li> </ul>

La categoría del estado de bienestar en la propuesta de Esping-Ander sen resulta provocadora por las diferencias de protagonismo entre estado y mercado, que funcionan como marcos (normas de fondo) de la interacción burocrática, y por el reflejo que esto puede generar en las distintas manifestaciones del derecho administrativo. Resulta provocadora también por sus silencios y las críticas que estos han generado. Unos y otras aportan importantes elementos a la idea del poder de estado como negociación contingente entre funcionario y ciudadano.

Si bien la crítica al liberalismo ha señalado que una de las virtudes del estado de bienestar es el abandono del sujeto abstracto y la creación de

identidades alternativas que responden a necesidades diferenciales y posiciones sociales y económicas distintas (desempleado, empleado, trabajador, esposa, hijo de familia) (Alviar, 2011), la crítica feminista a la organización de los tipos ideales propuesta por Esping-Andersen ha sugerido que esta forma de conceptualización del bienestar en torno a las transacciones entre regulación y mercado esconde de manera perversa los intercambios implícitos que en materia de bienestar existen entre el estado, la mujer y la familia (Orloff, 1993; Shamir, 2010; Williams, 1995). Esto implica, entonces, que las políticas sociales que cobija el estado de bienestar no son siempre algo que ejecuta el gobierno. Las mujeres (dentro de los contextos familiares pero no solo dentro de ellos) desarrollan el bienestar como una prestación invisible y perversamente no monetarizable, que es entregada por fuera de los escenarios de negociación burocrática y que altera de forma parcial los escenarios de negociación. En ese sentido, las políticas sociales cambian las relaciones de género y distribuyen inequívocamente el poder entre los beneficiarios (Alviar, 2011; Benería, 2003; Waring, 1988).

La aproximación de las feministas al estado de bienestar ilumina entonces una dimensión del ejercicio físico del poder público ejecutado por las burocracias, que había sido mencionado de manera tangencial antes. Las transacciones en las que ocurre la interacción entre funcionario y ciudadano, dentro de las cuales se construye el estado como resultado contingente de negociaciones particulares de bienes públicos, se dan entre sujetos situados de manera disímil y con restricciones de información importantes. Existen regulaciones implícitas que naturalizan las posiciones de los agentes (Duncan Kennedy, 1993, 1998; Rittich, 2002) como, por ejemplo, los modelos de desarrollo económico específicos o determinadas distribuciones del trabajo reproductivo entre hombres y mujeres. Estas “normas de fondo” afectan, pero no determinan, la negociación funcionario-cliente que constituye la construcción misma del estado (Berger & Luckman, 1967; Jaramillo & Alfonso, 2008; Jaramillo, 2007a; Duncan Kennedy, 1993, 1998; Rittich, 2002; Suchman, 1997). Este tipo de análisis pasará a un primer plano con el estudio de caso de los НСВ.



**2. HACIA UNA LECTURA  
CRÍTICA DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO:  
COMPORTAMIENTO  
BUROCRÁTICO  
Y POLÍTICA SOCIAL**

En el relato institucional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre el programa de madres comunitarias y los Hogares Comunitarios de Bienestar, ellas aparecen como voluntarias que no tienen ninguna relación con el estado, ningún vínculo con el ICBF y, por tanto, no comprometen su responsabilidad. Para los funcionarios del Instituto, aquel que quiera reclamar, por ejemplo, una indemnización por el daño ocasionado en virtud de las actividades de una madre comunitaria, deberá iniciar un proceso penal en contra de la persona. Ese tipo de conflictos, no poco frecuentes, son de carácter privado; por ello, el ICBF no se involucra de ninguna manera. La ley y la jurisprudencia, según la institución, son claras: las madres comunitarias no son agentes del estado y, en consecuencia, el estado no debe responder por sus acciones.

Esa respuesta aparentemente contundente sobre la inexistencia de un vínculo legal entre las madres comunitarias, los HCB y el ICBF como estado, nos lleva a preguntarnos si de alguna manera las acciones de las madres comunitarias en efecto comprometen la responsabilidad del estado, así como cuál es la garantía a la buena fe de los usuarios de los hogares que, confiando en el carácter público que perciben en los HCB, dejan a sus hijos al cuidado de las madres comunitarias.

Es necesario analizar cómo hemos llegado a determinar la naturaleza jurídica del trabajo de cuidado entregado sistemáticamente por estas madres a los niños beneficiarios, cuál es dicha naturaleza y si el derecho administrativo debería intervenir en los problemas de la política social. En este capítulo exploro cómo se articulan las narrativas del derecho administrativo y de la política social, cuando nos enfrentamos a la pregunta por la naturaleza jurídica del trabajo de cuidado de las madres comunitarias en los HCB.

Las madres comunitarias han estado en el borde del control del estado desde hace más de veinte años, cuando el presidente Virgilio Barco creó

dicha figura con el objetivo de ofrecer un servicio de cuidado infantil asequible para los sectores vulnerables (Pineda, 2013). Desde ese momento, tanto la legislación como las manifestaciones jurisprudenciales han mantenido un régimen legal restrictivo para las madres, según el cual el vínculo de los HCB con el estado es tan precario como su remuneración, pero la subordinación y supervisión frente al ICBF es sistemática. A este respecto, el Decreto 1340 de 1995 y las sentencias T-269 de 1995, SU-224 de 1998 y T-628 de 2012, de los magistrados ponentes Jorge Arango Mejía, Hernando Herrera Mejía y Humberto Sierra Porto, respectivamente, sostienen la tesis de un régimen intermedio entre el civil y el laboral para las madres comunitarias. Ellas no son trabajadoras del estado: son voluntarias que prestan su servicio contratadas civilmente por una asociación de padres de familia, que regula su trabajo, da instrucciones y maneja el dinero entregado por los padres beneficiarios. Pese a ello, las madres reciben una beca de al menos un salario mínimo y una ayuda del estado en el pago parcial de los parafiscales.

Las madres comunitarias y los HCB hacen parte de un arreglo institucional que buscaba dejar las prestaciones sociales fuera del control y responsabilidad del estado. Para algunos autores, el esquema perverso en el que se diseña legalmente la inexistencia del vínculo entre madres comunitarias y el estado es producto de la aplicación de políticas neoliberales encaminadas a la minimización de lo público y la apertura de lo social hacia el mercado (Herreño, 1999). La privatización de los servicios públicos, como la atención a la primera infancia, que está en el centro de la agenda social, desde 1991, como preocupación prioritaria del estado social de derecho, se deriva de la aplicación de los principios del *new management* o la nueva gerencia pública, matizados con algunos elementos importantes de los nuevos esquemas de gobernanza (Schram, Soss, Houser & Fording, 2010).

Sin embargo, programas como los HCB han sido criticados en muchas ocasiones, también desde la perspectiva neoliberal, por corruptos, favorables a las clientelas políticas, heterogéneos e ineficientes (Bernal *et al.*, 2009). Más allá de estos cuestionamientos, en este capítulo me propongo analizar los nuevos retos que debe afrontar lo público en esquemas legales precarios como los de las madres comunitarias. Si bien es cierto que los diseños institucionales y los marcos normativos expulsan las acciones de las madres comunitarias del principio de legalidad al establecer que no se trata de trabajadoras públicas o de agentes del Estado, los HCB — como muchas otras realidades cotidianas — actúan en el ámbito de lo público no legal. Todos confiamos en que esas personas pertenecen al estado por los logros que utilizan, el discurso que emplean y la identidad que desarrollan. Esa construcción simbólica de lo público, aunque fuera de la legalidad, está relacionada con el derecho administrativo. Por ello, el objetivo de este capítulo es presentar un argumento teórico que permite vincular lo “público no legal” con el derecho administrativo, con base en algunos de los resultados

obtenidos en el estudio de caso realizado con los HCB de la localidad de San Cristóbal sur en Bogotá y las madres comunitarias del municipio de El Espinal, Tolima.

El capítulo se desarrollará en cuatro partes. La primera analiza las limitaciones del derecho administrativo clásico para afrontar una situación como la de las madres comunitarias en particular y la de la política social en general, y propone cómo abordarlas. La segunda presenta los retos del derecho administrativo en la era de la gobernanza y la tercera aborda la pregunta sobre cómo el activismo burocrático de los operadores jurídicos de base llevaría a una nueva mirada del derecho administrativo. Al final expongo algunas conclusiones sobre el llamado “nuevo derecho administrativo”.

## LAS LIMITACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO

Cuando hablamos de programas sociales enfocados en el concepto de bienestar familiar, nos remitimos necesariamente a esquemas descentralizados de regulación que el derecho administrativo clásico (legalismo administrativo)<sup>1</sup> define como “de baja intervención” (Herreño, 1999)<sup>2</sup>. Muchos de los dispositivos (funcionarios, burócratas callejeros) que en la fase de ejecución entregan los recursos de bienestar a la población objetivo no se encuentran dentro del sistema de competencias que el derecho administrativo clásico llama “entidades del estado” y, por ello, algunas de sus actuaciones se encuentran poco documentadas por el derecho. El siguiente gráfico explica la articulación del DAC y la política social con manifestaciones del principio de legalidad de baja y alta densidad:



ESQUEMA 1.  
Legalidad de alta y baja intensidad

<sup>1</sup> Se trata de un derecho administrativo fundamentado en la separación de poderes y la contención de la regulación de lo público frente a la confianza en el mercado como distribuidor eficiente de recursos (Stollaeis, 2004).

<sup>2</sup> Esta afirmación puede resultar polémica porque la arquitectura básica del DAC colombiano es de hecho el resultado de un momento de intervencionismo en la economía en los años setenta, en especial con la reforma del 68. Pese a ello, los administrativistas entrevistados señalan a la tercerización de las políticas como algo ajeno al DAC o una forma en la que la decisión de no regular por parte del estado saca los eventos de la órbita propia del derecho administrativo (Buchely, 2012).

Tal y como lo muestra el esquema, la legalidad de baja intensidad es dispersa y descentrada. Contrario a los hábitos de pensamiento formulados por el DAC respecto al principio de legalidad, esas normas no resultan sistemáticas, predecibles y preexistentes<sup>3</sup>. Por el contrario, se desarrollan en la experiencia diaria. Por su parte, la legalidad de alta intensidad se refiere a los escenarios de operación legal en donde los hábitos de pensamiento del DAC respecto a la operación del derecho funcionan: existe una autoridad centralizada y regida por unas reglas preexistentes, unívocas y predecibles.

En ese orden de ideas, las madres comunitarias entendidas como colaboradoras del estado y unidas por un vínculo de solidaridad con entidades del sector privado (sin ánimo de lucro) —que deciden coadyuvar en el trabajo de promoción de la primera infancia— son sujetos despojados de la competencia legal necesaria para “decir el derecho”: no pueden conferir actos administrativos y sus decisiones no están regladas. Desde la perspectiva contencioso-administrativa y constitucional, su ausencia de competencia está vinculada con la regulación no solo de lo público sino también del trabajo de cuidado y su histórica exclusión de los sistemas productivos, tanto en el sector real como en los esquemas de medición (Buchely, 2012a). Sin embargo, estar aparentemente “por fuera” de la órbita de lo jurídico no implica que lo jurídico no afecte o determine su funcionamiento (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo & Alfonso, 2008). Por tanto, uno de los retos de este capítulo es argumentar que sus identidades son producidas por el derecho y que su labor es creadora del derecho mismo. Las madres comunitarias son agentes del estado, crean el principio de legalidad dentro de su experiencia cotidiana y, por tanto, deberían ser analizadas por lo que conocemos como derecho administrativo.

La política social y los esquemas de descentralización están fuertemente conectados con los modelos de administración pública, herederos de las lógicas del Consenso de Washington (Peters & Pierre, 1998). Desde esta perspectiva, la descentralización tiene por objeto incorporar al mercado las dinámicas públicas mediante esquemas fuertes de desregulación y establecer diseños institucionales que entreguen la distribución de recursos de bienestar en escenarios autónomos de regulación de lo público. La estrategia descentralizadora es un elemento nuclear de las reformas neoliberales de comprensión del aparato público y la intervención residual en los problemas sociales (Rittich, 2002, 2006; The World Bank, 1991).

El régimen de competencias de la política social está diseñado para que la desregulación dé a la comunidad, la familia y el mercado un rol protagó-

---

<sup>3</sup> Autores como Eberhard Schmidt-Aßmann han plantado estas limitaciones del DAC, que supone la unidad, la subsunción y el foralismo como ejes fundamentales del derecho público administrativo. De manera opuesta, este autor señala la pluralidad, complejidad, discreción e informalidad como descriptores especiales del derecho administrativo contemporáneo (Assmann, 2006).

nico en términos distributivos; un rol que impone cargas a los actores privados y exonera de responsabilidad a las agencias públicas por circunstancias “propias del sector descentralizado, por definición desregulado” (Esping-Andersen, 1999). El régimen de competencias que el DAC ha creado para la política social está montado sobre un modelo de desarrollo que libera de cargas al estado frente a la prestación de provisiones de bienestar, y ubica en la frontera de lo privado lo que está en juego respecto al trabajo de cuidado de los niños menores de cinco años. Sin embargo, las dinámicas del nuevo estado desarrollista y el reciente activismo del estado en la región matizan la contundencia neoliberal (Molyneux, 2008). El caso de los HCB precisamente mostrará que el estado resulta activo dentro de las prestaciones sociales, pese a que no las ejecute de manera directa.

La descentralización genera escenarios de negociación complejos donde las normas surgen de las interacciones contingentes e inestables entre ciudadanos beneficiarios y ciudadanos “públicos”, que, pese a no estar sujetos a regímenes de competencia ni autoridad propios de los funcionarios, entienden su rol como actores comunitarios y se perciben como “públicos” antes que como miembros de esquemas privados de otorgamiento de prestaciones sociales. Esos servidores públicos, que ejecutan prestaciones sociales bajo distintos regímenes de deslaboralización, tienen una estrecha relación con la manera como el derecho crea identidades y distribuye recursos en las fronteras donde confluyen lo público y lo privado. En este contexto, el derecho administrativo en acción (DAA), por oposición al derecho administrativo clásico, retoma los nuevos debates en la administración pública y la práctica burocrática para mostrar cómo el derecho se crea en la interacción entre el servidor público (madre comunitaria) y el beneficiario (población vulnerable identificada por el ICBF), en escenarios de entrega de provisiones de bienestar relacionadas con el cuidado infantil.

## **EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ERA DE LA GOBERNANZA**

Tradicionalmente narrado como un derecho vertical, formalizado y ritualizado, el derecho administrativo no puede reconocerse en las relaciones horizontales caracterizadas por la colaboración y la informalidad. Esto quiere decir que si el estado se percibe desde una perspectiva liberal, como un ente abstracto e inmaterial, que se concreta en un sistema de autoridades competentes que delegan sus funciones de manera vertical y controlan las acciones de sus subalternos por medio de múltiples manifestaciones del principio de legalidad, lo que sucede por fuera de ese sistema de autoridades competentes no responde a las lógicas lineales de control y queda encuadrado en “la sombra de la ley”, por fuera del derecho administrativo. Esto implica que el derecho administrativo clásico no reconoce las realida-

des horizontales e informales propias de los esquemas de gobernanza<sup>4</sup>. El objetivo de esta sección es mostrar cómo el derecho administrativo debe superar esta dicotomía entre el “adentro” y “afuera” del derecho, que ha sido popularizada por los estudios del movimiento derecho y sociedad (Alviar & Jaramillo, 2012). Los espacios marginales donde supuestamente el derecho no opera, como el de las madres comunitarias, deben ser interpretados como producciones del derecho mismo, donde los análisis jurídicos tienen mucho que decir.

La tensión que presenta la situación jurídica de las madres comunitarias en cuanto al vínculo que las une al estado tiene por lo menos dos interpretaciones. Una manera de entenderla es oponiendo dos visiones de estado. Para cualquier persona sería contradictorio que algunos servicios o personas fueran percibidos como algo público cuando no lo son, dado que no existe un vínculo legal que demuestre la conexión de esa persona/servicio con las manifestaciones físicas del estado: ministerios, departamentos administrativos o institutos (Rodríguez, 2011). También es contradictorio que los usuarios experimenten esos servicios como algo directamente relacionado con lo público y sustenten sus afirmaciones en la utilización estratégica que hacen las personas de los símbolos propios del estado: “ella siempre tiene la camiseta”, “las circulares dicen República de Colombia”, “la camioneta viene con el logo” (Diario de campo, agosto de 2012). En esta manera de entender la tensión, el estado que existe legalmente no corresponde con el estado que los ciudadanos ven en su vida cotidiana.

Otra manera de leer dicha tensión es concentrándose en las personas que ejecutan las tareas o funciones que percibimos como conflictivas. Podríamos decir que este es un problema de administración pública. Las madres comunitarias están inmersas en una realidad distinta a la que la legalidad describe como única alternativa: estar en un polo de la dicotomía público/privado. Sin embargo, las madres comunitarias parecen no acomodarse a ninguna de las dos opciones del binomio. Los *НCB* son un problema de creación de esferas públicas no jurídicas. Esas esferas públicas se originan en este caso mediante elementos discursivos y simbólicos, normas jurídicas y, crucialmente, decisiones de no regular. Se trata, entonces, de una especie de antimateria del derecho administrativo. Esto es interesante porque muestra cómo el derecho administrativo no funciona necesariamente en oposición a su binario intuitivo: el derecho privado. Lo que muestra el caso de los *НCB* es que el derecho administrativo actual responde también a su antípoda conceptual: las esferas públicas no jurídicas. Esto implica que el activismo burocrático que propongo es una forma de

---

<sup>4</sup> La gobernanza es un nuevo esquema de gobierno que surge como respuesta a las críticas neoliberales de reforma a la estructura del poder público. Este esquema enfatiza la idea de coordinación entre distintos niveles de gobierno, descentraliza lo público del gobierno y se apoya en las redes sociales existentes para entender la gestión de lo público (Prats Catalá, 2005).

abordar las esferas públicas no jurídicas, y el DAC es la forma tradicional de abordar las esferas simultáneamente públicas y jurídicas.

Según los datos del estudio de caso, las madres comunitarias no trabajan en un lugar “público” o en una oficina oficial sino en sus casas, sus superiores no ejercen control constante sino que revisan sus labores de manera ocasional y aleatoria, y ellas no producen actos reglados. Ellas tienen un alto nivel de autonomía y discrecionalidad para desarrollar sus labores, sus decisiones pocas veces obedecen a un patrón determinado. El ingreso de los niños y niñas al hogar comunitario depende de factores externos al lineamiento técnico del ICBF, como la cercanía de la madre comunitaria con la familia, su empatía con la familia, su presunta capacidad de pago, las referencias vecinales de la familia solicitante, entre otros (Diario de campo, agosto de 2012).

La literatura de la administración pública podría ayudarnos a interpretar esta incomodidad con el fenómeno. Las madres comunitarias definitivamente no responden a un modelo weberiano de la administración pública, dado que no reproducen su ejercicio en esquemas centralizados de autoridad, no ejecutan acciones regladas ni responden a un esquema vertical de control. Sin embargo, ellas sí administran o controlan algo que experimentamos como “público” y que coincide con las sensaciones de vecinos y usuarios. Pese a que el vínculo de estos servicios con el “núcleo duro” del estado (aquello que percibimos como la administración central) es precario, todos sentimos que la entrega de estas provisiones sociales o prestaciones de bienestar tendrían que estar regladas, al menos de manera leve, por entidades públicas (Trubek, 1977).

Las teorías de la nueva administración o gerencia pública (*new management*) podrían explicar de alguna manera esta sensación de “baja intensidad” de lo público en la entrega de algunas provisiones que se consideran sociales (Noonan & Simon, 2007). Herederas de la agenda neoliberal del Consenso de Washington, las teorías de la nueva administración pública son críticas frente a los esquemas anquilosados e ineficientes del modelo weberiano, y promueven esquemas de manejo centrados ya no en el proceso de la toma de decisiones, sino en los resultados. Este giro implica que la lógica de la administración pública no va a concentrarse en el control de legalidad de las actuaciones de los funcionarios subalternos, sino en su discrecionalidad. Todo lo anterior dentro de un contexto de “achicamiento” o “aligeramiento” de las estructuras públicas que convirtieran las “burocracias” en “gerencias” (Prats Catalá, 2005).

Dentro de muchos de los esquemas latinoamericanos, la agenda de la nueva gerencia pública se adoptó de manera asimétrica. Mientras en la ejecución de los derechos civiles y políticos se mantuvo un esquema weberiano de la administración, con una estructura pública robusta, el trabajo por los derechos económicos, sociales y culturales se dejó capturar por las

lógicas del aligeramiento (Haggard & Kaufman, 2008). Como resultado, más prestaciones sociales se movieron del centro de lo público en el esquema del estado de bienestar a las lógicas del mercado (Corredor Martínez, 2010). Después de la década de 1990, las preocupaciones propias del estado de bienestar sufrieron una notable reducción en el continente. Así, las prestaciones sociales son ejecutadas por personas que tienen un vínculo lejano con el estado, con una discrecionalidad alta y bajos esquemas de control. El cuidado de los niños y niñas que realizan las madres comunitarias en Colombia como prestación de bienestar parece estar mediado por esa lógica (Molyneux, 2006). En el capítulo 4 mostraré cómo este mismo patrón se reproduce en el continente.

Pese a ello, hay elementos del estudio de caso que parecen no obedecer a las lógicas mercantiles e individualistas de la gerencia pública. Las madres comunitarias no ejercen su trabajo dentro de las lógicas de la competencia. Por el contrario, son solidarias, entregan más de lo que les pagan, entienden su trabajo de cuidado como una verdadera vocación y no aplican lógicas conmutativas a sus tareas (Penn, 2004). Su discrecionalidad no refleja una especie de apuesta por la “técnica” o la operación a resultados, sino más por la informalidad propia del espacio en el que desarrollan sus tareas. Finalmente, el servicio que entregan no obedece a las lógicas del mercado. El cuidado parece responder a unas lógicas distintas de las del mero intercambio de mercancías y distribuir bienes que son considerados como no comerciables, como el afecto, el cariño y la empatía (Arango & Moliner, 2011).

¿Puede el derecho administrativo hablar de esta realidad? Hay varias razones para responder esa pregunta negativamente. Por un lado, las madres comunitarias trabajan en medio de la discrecionalidad y la ausencia de control. No tienen un contrato laboral con el estado, no hacen parte de una entidad pública, ni se conciben como sus agentes o servidoras. Por otro, ellas ejercen una autoridad simbólica que emula lo público dentro de los escenarios cotidianos de los beneficiarios. La forma en que ejercen ese poder es distinta a la manera como las teorías liberales han explicado el ejercicio del poder público (Castro Cristancho, 2013). Las madres comunitarias son lideresas barriales, tienen una relación íntima, cercana y completamente horizontal con los miembros de su comunidad, reconocen que no son neutrales y siempre conciben que la medida del servicio nunca sea exacta o determinable. Ellas “siempre pueden dar más de lo previsto” (Diario de campo, noviembre de 2012). Ejercen su trabajo dentro de redes de poder dispersas que se relacionan de distintas maneras con los beneficiarios, no en un esquema jerárquico de autoridad-ciudadano sino en esquemas relacionales que tienen conexiones directas, personales e informales con el ciudadano.

La segunda movida de la administración pública es el paso del modelo de la nueva gerencia al esquema de la gobernanza (Aguilar, 2006).

Este modelo descentra el estado para considerarlo como un actor más dentro de la manera como se ejerce el poder (Prats Catalá, 2005). En consecuencia, el poder público es ejercido en redes de acción donde la participación de agentes alternos al estado es fundamental para realizar la función pública. Contrario al modelo del *new management*, la gobernanza no explica el comportamiento de lo público como una reducción del estado que expande la órbita del mercado, sino como esquemas horizontales y atomizados donde la responsabilidad es ejercida de manera distinta al “control” weberiano, y a la indiferencia neoliberal de la nueva gerencia pública (Prats Catalá, 2005).

El modelo de la gobernanza interpreta de una manera más adecuada la realidad de las madres comunitarias. Dando cuenta del precario vínculo entre ellas y el “núcleo duro del estado”, este modelo visibiliza una dinámica del ejercicio de poder que tampoco cabe en los esquemas neoliberales de la administración pública. Las madres comunitarias no remiten a un achicamiento del estado, sino a la reducción de su rol protagónico. El esquema de la gobernanza ofrece también varias herramientas conceptuales para analizar la realidad de las madres comunitarias: el estado está disperso en relaciones horizontales ejercidas por particulares. De ahí que sea necesario responder, desde esta perspectiva, ¿cómo se articula el derecho administrativo con esa realidad?, ¿cómo se configura el derecho administrativo en la era de la gobernanza?, ¿qué pasa con el derecho administrativo clásico cuando las realidades de verticalidad y control se agotan? Se abordarán estos interrogantes en la próxima sección.

## **EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO: EL ACTIVISMO DE LAS BUROCRACIAS CALLEJERAS EN EL OCASO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El derecho administrativo ha sufrido variaciones en el trayecto de la administración pública entre el modelo weberiano, la nueva gerencia pública y la gobernanza democrática (Ratton Sánchez, 2010). Mientras el derecho administrativo clásico es un modelo de legalidad pensado para el ejercicio burocrático de la administración del estado<sup>5</sup>, el modelo de la nueva gerencia pública promueve un esquema de derecho administrativo mínimo, donde las reglas de lo público son desplazadas por las reglas del mercado (derecho privado) (Dávila Vinuesa, 2003). Así, por ejemplo, el régimen de contratación estatal migró desde 1993 hacia un esquema de derecho

---

<sup>5</sup> De esta manera, el discurso weberiano está implícito en las construcciones teóricas de algunos tratadistas visibles en la academia legal. El modelo burocrático es el telón de fondo cuando Jaime Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez y Orlando Santofimio narran el derecho administrativo con un esquema de control a un poder presuntamente desbordado, que se ejerce de manera vertical y tiene que ser controlado. Véase López Medina (2007).

administrativo mínimo, donde las reglas especiales de derecho público eran aplicadas por vía de excepción a un derecho privado que trataba al estado como un actor más para promover la competencia (Kingsbury, Krisch & Stewart, 2010).

En la gobernanza, el patrón de derecho administrativo aplicado no es tan claro: el ejercicio de lo público está disperso, es discrecional y poco expuesto al control (Assmann, 2006). Además, en su manifestación más teórica, la gobernanza, entendida como *gubernamentalidad* o como mecanismos indirectos de control, se relaciona con manifestaciones “no explícitas” del derecho (Foucault, 2005). En parte, este es el espacio del no derecho. En ese sentido, se denomina “gubernamentalidad” al espacio de poder que es ejercido por nosotros mismos, sin que medie instrucción alguna. La regulación del trabajo de cuidado es, entonces, el espacio en donde este micropoder se ejerce: es un escenario de no derecho que nos dice cómo debemos actuar con los niños y niñas, cómo debemos alimentarlos, qué relación debemos tener con sus madres y sus familias; es el escenario de la biopolítica (Foucault, 2005). Sin embargo, uno de los objetivos de este texto es preguntarse cómo interviene el derecho en esos escenarios. La teoría de las burocracias callejeras puede dar luces para resolver este interrogante.

Según Michel Lipsky (2010), los burócratas callejeros son las personas que interactúan con el ciudadano en nombre del estado, dentro de los escenarios cotidianos de la entrega de servicios públicos esenciales. Tienen un vínculo débil con el centro de autoridad, esquemas precarios de contratación y solo pueden considerarse como parte del aparato público porque se encargan de la ejecución de las políticas que el gobierno y el Congreso diseñan. Al igual que las madres comunitarias, las burocracias callejeras no son “parte del gobierno” (Lipsky, 2010). De hecho, son el último eslabón en la implementación de políticas públicas y tienen el “poder” de tomar decisiones casuales que alteran el contenido de la “concepción inicial” del ejercicio público<sup>6</sup>. Tomando elementos de la nueva gerencia pública, las burocracias callejeras son altamente discrecionales. Tanto, que muchos de los estudios empíricos que documentan su labor mencionan que son hacedoras “orgánicas” de política pública (Lipsky, 1984), en el escenario de la implementación, actuando “desde abajo”.

---

<sup>6</sup> Las burocracias callejeras son usadas como un eslabón analítico que une el derecho administrativo y la eficacia de las normas del derecho público. Las madres comunitarias, entendidas como burocracias callejeras, son la representación de un derecho administrativo eficaz y orgánico, que se construye en su relación con el subalterno. Las burocracias callejeras son una autoridad administrativa “eficaz” por naturaleza, si entendemos por eficacia el cumplimiento de las normas y la aplicación de su sanción por parte de las “autoridades competentes”. Un principio de legalidad construido en la cotidianidad, como el que aboga este trabajo, es un objeto de estudio en donde la pregunta por la eficacia ya no es un problema. Esto es importante porque el estudio de la eficacia que busca el derecho administrativo ha sido reclamado por varios autores que indagan por la renovación y reforma de esta subdisciplina (Assmann, 2006).

Las burocracias callejeras se relacionan con la legalidad de manera particular. En un escenario complejo de decisión, en el que hay poco tiempo para familiarizarse con las normas y muchas presiones de tiempo, espacio, dinero y efectividad, los operadores jurídicos de base administran la legalidad de una manera inusual para los abogados. En estos espacios cotidianos del ejercicio de lo público, el problema de interpretar las normas es la preocupación menor. La manera en que se entabla la relación y lo que está en juego en esa relación contingente entre beneficiario y víctima, así como los distintos capitales que las partes enfrenten para negociar la decisión final, están en el centro de sus decisiones jurídicas (Maynard-Moody & Musheno, 2003). Lo que el texto de la ley indica, por el contrario, está en último plano.

Varios análisis de la acción de los burócratas callejeros en los Estados Unidos resaltan cómo las decisiones que toman en casos concretos son emocionales, subjetivas, inestables y mediadas por razones aleatorias. Por ejemplo, es frecuente que las burocracias callejeras favorezcan a personas en situaciones que les resultan familiares o conmovedoras (Maynard-Moody & Musheno, 2003). Según los datos del estudio de caso, las madres comunitarias toman decisiones discrecionales en el contexto de los HCB. Esa discreción está enmarcada en dos escenarios. En uno, ellas aplican criterios no documentados en el lineamiento técnico para avalar el ingreso de niñas y niños al HCB. Estas valoraciones por fuera de las normas tienen que ver con incluir a hijos de sus amistades, de sus familias, miembros cercanos de sus redes o personas por las que sienten empatía por su condición. En otro, determinan la distribución de bienes educativos y de afecto durante la ejecución de la política social: no todos los niños del programa reciben la misma cantidad de atención, motivación o alimento. Este es claramente un ejemplo de activismo burocrático, donde el principio de legalidad tiende a diluirse. El escenario de la sociedad política planteado por Chatterjee y el modelo de descenso del estado a la vida mundana de los ciudadanos me ayudarán a explicar mejor cómo opera este fenómeno.

## **El nuevo esquema social: la sociedad política y el descenso del estado**

Una de las limitaciones del derecho administrativo clásico es que está pensado para resolver problemas existentes en el medio de una ecuación entre estado y sociedad civil. Mientras el estado para el DAC es poderoso, jerárquico y sobrepuesto a la sociedad civil, esta es homogénea, horizontal y se encuentra supeditada a él. Las madres comunitarias representan una realidad que no se acomoda a este esquema, en donde el estado no está claramente definido, no opera en una relación de jerarquía y es uno más dentro de la red social de interacciones. Por su parte, la sociedad civil en

el esquema de los *НСВ* (y en la vida real) no es universal, homogénea ni pacífica, sino fragmentada, situada y heterogénea. Dedicaré los siguientes párrafos a describir cómo opera este nuevo esquema social para entender por qué el *ДАС* resulta limitado.

Este cambio de esquema social lo describe Partha Chatterjee (2004) en el libro *The Politics of the Governed. Reflections on Popular Politics in Most of the World*. Para el autor, en el mundo moderno ha variado la relación entre estado y sociedad civil porque este ya no interpela a los ciudadanos como una categoría universal, sino que fragmenta la homogénea y ficticia comunidad imaginada de Anderson en varios grupos de interés, geográficamente situados y con características identitarias particulares. Dentro de este proceso, ya no opera la sociedad civil. Se trata más bien de una especie de sociedad política, entendida como la presencia no unificada de ciudadanos o, mejor, como la interacción con lo público de aquellos para los que el estatus de ciudadanos está en continuo regateo.

En consecuencia, el modelo del moderno principio de legalidad, cuyo efecto particular era, además, que la ley era igual para todos, no puede dar cuenta de la realidad de desigualdad en las sociedades contemporáneas del tercer mundo. Chatterjee sostiene que en los países poscoloniales no han existido “ciudadanos” sino “poblaciones”, grupos de personas reguladas y censadas de acuerdo con sus diferencias, que son objeto de distintos mecanismos de gubernamentalidad desplegados en las políticas públicas, sobre todo las políticas sociales agenciadas por las administraciones oficiales (Chatterjee, 2004). Dado que la interacción entre una y otra instancia es un imposible en el modelo de estado-sociedad civil, los estados se han visto obligados a crear mecanismos de intervención directos. Dado que las interacciones de la sociedad civil con el estado son particulares, localizadas y frontales —ya no abstractas, universales e indirectas como se hacía con la sociedad civil mediante la ley—, los subalternos o ciudadanos de segunda categoría del tercer mundo desarrollan su participación política ejecutando demandas y reclamos parciales y constantes frente a “lo público”. Así, la manera en que el estado y la sociedad política se comunican en el escenario contemporáneo del tercer mundo es respondiendo a las interpelaciones concretas que hacen los subalternos a la ineficiencia del estado, entendido como un agente concreto.

De acuerdo con Chatterjee, en las sociedades contemporáneas el posicionamiento o la obtención de derechos se dan más que por la ley, por la dinámica del reclamo. La lógica con la que la sociedad política opera es la del regateo fragmentado de derechos y esa es la forma en la que estado y sociedad política se comunican. Como ese estado es material, porque los reclamos se hacen a personas concretas, el estado no será más una categoría abstracta. El estado está aquí, entre nosotros, y puede ceder ante nuestros pedidos (Chatterjee, 2004). Esto es lo que llamo “el descenso del estado”.

Un estado ya no pensado en narrativas abstractas y universales sino un estado materializado en personas que ejecutan el *performance* burocrático, que legitiman sus posturas con el discurso de lo público y que duermen en sus casas como lo hacen los beneficiarios de los programas que manejan. Un estado mundano, si es el caso.

El descenso del estado implica reconocer entonces que, si bien los subalternos han estado excluidos de los círculos en los que se gobierna o de las élites del poder, como ya lo decía Wright Mills, los subalternos también —tal y como menciona Chatterjee— han desarrollado hoy una capacidad política concreta para influir en la manera en la que son gobernados. De allí que sea necesario pasar de la promulgación a la fase de la “implementación” y de los derechos civiles y políticos a las prestaciones sociales. Esto con el fin de dar cuenta de la inocuidad de los modelos universales para concentrarnos en la heterogeneidad y particularización de los derechos sociales (Chatterjee, 2004).

Como puede predecirse, esta “particularización” de los intereses también implica un abandono al modelo del interés general o interés público. Si lo público se encuentra negociado entre actores concretos con intereses también concretos, podemos estar en una especie de hegemonía del derecho del más fuerte. Esto es cierto si tenemos en cuenta que las decisiones que toman los burócratas de la calle están supeditadas a una doble indeterminación: la de las normas y la de las relaciones de poder (Chatterjee, 2004). Las burocracias callejeras pueden ejercer su activismo a favor o en contra de los beneficiarios de los programas que manejan, con decisiones que pueden ser interpretadas como “arbitrarias”. Por ejemplo, el activismo burocrático de las madres comunitarias es positivo cuando tratan de favorecer a otras mujeres, pero en otros casos puede ser negativo cuando las burocracias callejeras deciden tomar decisiones en contra de algunas libertades de las identidades heteronormativas o de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como sucedió en Argentina en el caso del *IVE*<sup>7</sup> y el aborto legal (comentario de la estudiante de doctorado de nacionalidad argentina Eva Sol López, en la reunión de preparación de la presentación de proyecto doctoral, julio 18 de 2012).

Mientras un buen número de académicos colombianos y latinoamericanos jóvenes están dedicados a documentar cómo se desarrolla la movi- lización de los grupos subalternos con agendas de género, raza, etnia y clase, entre otros factores (Albarracín *et al.*, 2011; Lemaitre, 2009; Jaramillo & Alfonso, 2008), se ha dedicado menos análisis al descenso del estado o proceso mediante el cual este se separa de su representación como ente abstracto, genera identidades particulares próximas a los subalternos e interactúa con ellos dentro del fenómeno de las burocracias callejeras y el

---

<sup>7</sup> Interrupción voluntaria del embarazo.

activismo burocrático. Ante esta situación, es necesario que los académicos empecemos a documentar esta cotidianidad de lo público.

Este cambio de lente en la manera en que pensamos el estado resulta positivo porque genera nuevas posibilidades de negociación entre grupos subalternos y construye nuevos espacios para crear nuevas identidades políticas. Esto, por supuesto, implica un cambio en las estrategias y estructuras políticas, así como en la forma en que los distintos grupos interpelan al estado. La sociedad política y sus diversos actores son ahora un interlocutor privilegiado del estado en la definición de políticas públicas. Este es un efecto de la desaparición de las formas tradicionales de intermediación política o de la fe en su operación (porque nunca existieron realmente, más allá de las ficciones liberales). Tras agotar los esfuerzos de intermediación en torno a derechos universales y reemplazarlos por demandas concretas y particulares, las personas que administran esos reclamos particulares están en el centro de la gestión de lo público, en el escenario contemporáneo. Las burocracias callejeras son el “nuevo estado” y su activismo “el nuevo derecho administrativo”.

## **Los нсв y la política de los gobernados**

Para Chatterjee (2004), las transacciones de intereses no ocurren entre el estado y la sociedad civil, como lo supone el derecho administrativo clásico. La oposición concreta se presenta entre las formas de estado capitalista y las distintas comunidades locales. Según su teoría crítica, la comunidad política que imaginamos ha sido domesticada por el estado nación con la creación ficticia de un pasado común y la confianza en la existencia de lo que Benedict Andersen (1995) llamó “una comunidad imaginada”. Los subalternos son la comunidad excluida de esa solidaridad ficticia que creaba el nosotros nacional, el esquema de ciudadanía. Por ello, las comunidades locales no están reunidas como los ciudadanos alrededor de derechos de primera generación. Están buscando posiciones de reclamo para sus derechos sociales (Chatterjee, 2004).

En esa medida, la comunidad local que menciona Chatterjee será el resultado de las expulsiones de las poblaciones e identidades de los estados modernos. La comunidad es un remanente del estado nación capitalista. Los excluidos construyen comunidades subalternas y se marginan de las principales, tras constatar la existencia de un poder que los excluye o los crea como diferentes. En ese sentido, la comunidad surge como un espacio al margen de la operación del mercado de capitales en donde la agencia del subalterno es posible.

En la comunidad, los habitantes con características similares se organizan para ser identificados como un grupo de población singular, un colectivo. Los subalternos se crean como una población determinada con el

objetivo de fomentar una interpelación con lo público y ser incluidos como beneficiarios de un programa gubernamental concreto. Buscan ser parte de la política social como una determinada población beneficiaria (Chatterjee, 2004). En ese proceso, la población erigida como una realidad empírica y funcional para la implementación de una política se ve obligada a construir una red de solidaridad que antes no existía y a dotar de características morales su unión. Este último es un elemento importante de la política de los gobernados (Chatterjee, 2004).

En ese espacio nuevo, que ha creado la interacción entre un estado mundano y la comunidad local como artificio instrumental (orientada a recibir beneficios del gobierno), los reclamos o reivindicaciones son de carácter meramente político. Aquí las reglas son negociables, los términos de las transacciones son flexibles y los resultados de las negociaciones pueden ser eludidos (Chatterjee, 2004). En consecuencia, el campo de juego de la comunidad local no puede ser el espacio de la legalidad de alta intensidad —o la órbita de la operación del principio de legalidad duro— que he descrito antes. Este tipo de comunidad no puede operar en los escenarios de la ley o de los procedimientos administrativos, donde presumimos que la ley preexiste y nos hace iguales a todos. Su reivindicación tiene éxito solo en la medida en que los grupos particulares de población desarrollan la habilidad de articular apoyos e influir en la implementación de determinada política pública a su favor. Las transacciones con lo público en las que las comunidades locales ganan son situaciones completamente temporales y coyunturales, no atemporales y generales como lo prescribe la ley. Esto implica que en la sociedad política, en donde estado y subalterno se encuentran en los roles de burócratas callejeros y beneficiarios, no hay espacio para el ejercicio igualitario y uniforme de derechos derivados de la noción de soberanía. Hay espacio para ganancias contingentes y aleatorias, producto de relaciones de poder concretas, en las que gracias a un determinado activismo burocrático —o arbitrariedad de la burocracia callejera de turno— ciertos beneficiarios ganan más que otros.

En el caso de análisis, las madres comunitarias son parte esencial de esa comunidad política y los HCB son el marco de la política social en el que las comunidades locales regatean mayores beneficios. Las madres comunitarias, como burócratas callejeras, ocupan una posición significativa y cómoda para interpelar al gobierno y a la comunidad, moviéndose entre dos mundos, y manejando dos lenguajes paralelos. Por un lado, cuestionan la administración usando el lenguaje burocrático en nombre de sus localidades. Por otro, explican las políticas públicas y las decisiones administrativas del gobierno a las personas de sus localidades. Como afirma Chatterjee (2004) de las burocracias callejeras en general, ellas son la bisagra entre la comunidad política y el estado.

Las movilizaciones para reivindicar los derechos de los aliados que tienen las madres comunitarias en las localidades —que son las otras mujeres

de sus barrios y vecindades— no se realizan dentro de los mecanismos de participación jurídica o política que tradicionalmente usa la sociedad civil. A su vez, los reclamos que los beneficiarios del programa les hacen a las madres como burocracias callejeras no reproducen este guión. Por el contrario, los reclamos movilizadas por la sociedad política —y dentro de ella— deben trazar una estrategia de presión en los puntos precisos del aparato gubernamental y apelar siempre al activismo de los aplicadores de las normas, lo cual supone forzar o eludir reglamentaciones, entendidas como campos de batalla. Tener éxito en esta clase de movilizaciones implica, entonces, contrarrestar en el ámbito local la distribución de poder existente en el espacio social, considerado como un todo, y buscar beneficios no previstos para algunos actores determinados, de manera contingente y temporal, movilizando interpretaciones de la ley alternativas o lecturas posibles pero no vistas de las distintas políticas públicas. Estos comportamientos, aunque pueden considerarse como parte del fenómeno global que conocemos como “corrupción”, no tienen siempre ni necesariamente resultados negativos (Kennedy, 1999).

Cuando se da este éxito y los miembros de la sociedad política ganan (como ganan los hijos de las madres amigas de las madres comunitarias al recibir más afecto o ganan las madres comunitarias al recibir apoyo periódico del gobierno después de un paro), esta asiste a una ampliación de su ciudadanía social, a una expansión efectiva de sus libertades, que no habría ocurrido nunca si se movieran en los espacios de la sociedad civil (Chatterjee, 2004). En consecuencia, al describir la sociedad política como un espacio de contestación, reclamo y negociación, generado a partir de la actuación de agencias gubernamentales involucradas en la administración de los servicios públicos, necesariamente tenemos que hablar de procesos administrativos “paralegales” (si aceptamos la dicotomía derecho/informalidad) o procesos administrativos de “baja intensidad” (si aceptamos la tesis de un continuo entre legalidad densa y legalidad suave). Es precisamente en estos espacios de legalidad de baja intensidad donde se desarrolla el activismo burocrático o la discrecionalidad de las burocracias callejeras.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN: HACIA UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ERA DE LA GOBERNANZA**

Este capítulo empezó señalando la paradójica relación de las madres comunitarias con el estado. Antes de mapear el escenario con las categorías propias del esquema de la gobernanza, el lector se preguntaba conmigo cómo esta realidad, en la que existe una persona ajena a la estructura del estado administrando prestaciones de interés general —como el cuidado de los niños y niñas—, dialoga con el derecho administrativo. Esta pre-

gunta surgió de la incomodidad que como ciudadanos experimentamos, perplejos frente a la existencia de una especie de fachadas que, como los *НСВ*, emulan lo público. Esas “fachadas de lo público”, de las que está plagada la política social, dejan sin defensa al ciudadano, eliminan los mecanismos de *accountability* y rompen la conexión estado-ciudadano como preocupación principal del derecho administrativo. ¿Cómo se rinden cuentas de estas realidades?, ¿cómo se responde a la buena fe de los ciudadanos que confían en que el estado respalda todo lo que lleva su nombre, bandera, símbolo y escudo? En esta sección analicé la respuesta a esos interrogantes.

La presencia de esquemas de gobernanza como los de las madres comunitarias dialoga de muchas maneras con el derecho administrativo, dentro de los nuevos esquemas sociales de la sociedad política. Estas realidades informales, en las que la gestión de lo público se desarrolla con parámetros externos a la autoridad central, emotivos, horizontales e inestables, se escapan de los modelos burocráticos, verticales y concentrados, para los que el derecho administrativo clásico estaba diseñado. Considerar que el derecho administrativo se agota en el principio de legalidad, entendido como control de las conductas de los funcionarios públicos, deja por fuera estas realidades que parecen ser más comunes de lo que se piensa en la forma como se ejerce el poder: el regateo, el reclamo y la puja por la discrecionalidad, dentro de las nuevas dinámicas de la gubernamentalidad en la sociedad política.

En respuesta a esta situación, en este capítulo propongo la categoría del *activismo burocrático* como un elemento importante para el nuevo derecho administrativo, que está preparado para afrontar las realidades que condensa la gobernanza y la sociedad política. Lejos de la manera tradicional en la que pensamos la acción del principio de legalidad como centro del derecho administrativo, el activismo burocrático visibiliza la discrecionalidad de los operadores jurídicos de base, como patrón que analiza cómo se gestiona lo público. Así, el nuevo derecho administrativo debe desplazarse a los escenarios de la política social y empezar a tomarse en serio la sociología de las burocracias callejeras para entender cómo el derecho opera en los escenarios donde lo público es una de las cosas que está en juego. Este, entonces, puede ser el principio del fin del derecho administrativo clásico como lo conocemos.

### **3. EL DERECHO COMO CAMPO DE BATALLA<sup>1</sup>: LOS DISCURSOS JURÍDICOS ENCONTRADOS EN EL CONTEXTO DE LOS HCB**

---

<sup>1</sup> Esta caracterización está inspirada en la descripción del campo legal como escenario de lucha política que hace Isabel Cristina Jaramillo en varios de sus trabajos (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo, 2006, 2007a, 2007b, 2013; Jaramillo & Alfonso, 2008).

Lejos de tener interpretaciones fijas y correctas, el significado del derecho está en constante negociación. El caso de las madres comunitarias y su vínculo con el estado es una muestra clara de esta “batalla” dentro del derecho colombiano. Distintas autoridades igualmente competentes se han pronunciado al respecto para regular aspectos importantes de esta relación. Unas lecturas son más favorables a las madres comunitarias y a sus derechos, en tanto otras son restrictivas ante sus pretensiones y propicias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Estas interpretaciones tienen diferentes efectos, algunos contradictorios, en el estado de cosas creado por el derecho.

Por ejemplo, según la Corte Constitucional, las madres comunitarias no tienen el régimen propio de los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, ni el régimen de quienes trabajan bajo la modalidad de prestación de servicios. Esta particularidad genera varios interrogantes: (i) además de las normas del sistema jurídico colombiano que niegan el vínculo laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones de padres u otras organizaciones comunitarias, ¿el mismo sistema jurídico ofrece herramientas para afirmar la existencia de tal vínculo laboral?; (ii) ¿cuáles son los argumentos de los magistrados de la Corte Constitucional en relación con el vínculo de las madres comunitarias con el ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias?; y (iii) ¿cuál es el vínculo de las madres comunitarias con el estado? El propósito de este capítulo es comprender la relación entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar desde tres puntos de vista: el del derecho constitucional, el del derecho administrativo y el del derecho laboral, y a la vez ilustrar con este caso por qué el derecho puede considerarse un campo de batalla.

En la primera parte describo el marco legal contradictorio aplicable a las madres comunitarias y expongo cuáles han sido las elecciones inter-

pretativas de los agentes involucrados. En las tres partes siguientes analizo la interpretación del juez constitucional, el derecho administrativo y el derecho laboral. Mientras que para el derecho administrativo ellas no pueden ser consideradas como agentes de la administración pública, el derecho laboral ofrece herramientas favorables para sostener que tienen un contrato realidad con el ICBF. Además, el vínculo conflictivo con la administración pública se agudiza si utilizamos el criterio funcional para definir el derecho administrativo y reconocemos a las madres comunitarias como particulares colaboradoras de la administración, que, además, comprometen la responsabilidad pública cuando generan daños antijurídicos a los beneficiarios del programa, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado (Arenas, 2013).

## **MARCO LEGAL: ¿QUIÉNES SON LAS MADRES COMUNITARIAS?**

La Ley 7 de 1979 crea el ICBF como un establecimiento público descentralizado. Su fin, de acuerdo con el artículo 124 del Decreto 1471 de 1990, es gestionar y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. El artículo 44 de la Constitución Política complementa este alcance al establecer que el niño o menor de edad es un sujeto de especial protección<sup>2</sup>.

Dando cumplimiento a este objetivo, en la Ley 89 de 1988, artículo 1º, párrafo 2, se crean los Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar. Según esta norma, estos funcionarán mediante becas asignadas por el ICBF a asociaciones de padres y organizaciones comunitarias y los recursos obtenidos en sus comunidades de apoyo. Estos recursos serán destinados para atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños y niñas de los estratos 1 y 2 del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de programas sociales (Sisbén).

Según el investigador Javier Pineda, los HCB fueron la respuesta que dio el gobierno Barco a la necesidad de entregar servicios a bajo costo para el cuidado de niños y niñas (Pineda Duque, comunicación personal, febrero de 2013). Su objeto principal es cubrir, con la ayuda de los integrantes de las comunidades, todas las necesidades que no pueden ser asumidas por sus padres por su condición social. Varios artículos que se refieren a la historia de las madres comunitarias mencionan que la ley no tuvo cumplimiento sino hasta entrada la década de los noventa, cuando los hogares empezaron a consolidarse como una alternativa pública para el cuidado de niños (Herreño, 1999; Slevin *et al.*, 1978; Solano, 2003).

---

<sup>2</sup> La niñez como sujeto de protección es una creación moderna. Una aproximación distinta a la construcción de la identidad de la niñez como sujeto vulnerable puede verse en los debates en torno al trabajo infantil que intentan desnaturalizar al niño como centro de la protección del espíritu moderno (Bhukuth, 2008).

El Decreto 1340 de 1995, en su artículo 2º, establece que el ICBF, a través de su Junta Directiva, será el encargado de crear los criterios y procedimientos de la organización y funcionamiento de los hogares. De conformidad con dicho decreto, mediante el Acuerdo 21 de 1996, el ICBF determinó que los HCB funcionarían bajo el cuidado de una madre comunitaria, escogida por la asociación de padres de familia o la organización comunitaria, según fuera el caso. En el mismo acuerdo se estipula el perfil de los y las aspirantes:

[...] hombre o mujer con actitud y aptitud para el trabajo con los niños; mayor de edad y menor de 55 años, de reconocido comportamiento social y moral, con mínimo cuatro años de educación básica primaria, [que] posea vivienda adecuada o tenga disposición para atender a los niños en espacio comunitario, acepte su vinculación al programa como un trabajo solidario y voluntario, esté dispuesto a capacitarse para dar una mejor atención a los beneficiarios, tenga buena salud y cuente con el tiempo necesario para dedicarse a la atención de los niños (ICBF, 1996).

Las madres comunitarias representan al estado frente a la comunidad y, principalmente, frente a los niños. Podría decirse que ellas son las “funcionarias” encargadas de representar al Bienestar Familiar (y, a su vez, al estado), al desarrollar y proteger los derechos de los niños que llegan a los hogares. Sin embargo, los actores involucrados en el diseño, ejecución y evaluación de la política social a nivel nacional, así como la jurisprudencia, han sido cautos en reconocerles el carácter de funcionarias. No puede decirse que lo sean porque ni siquiera puede afirmarse que sean trabajadoras formales. Ese es el acuerdo legal vigente dentro del ordenamiento nacional.

Efectivamente, según el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995, la vinculación tanto de las madres comunitarias como de las demás personas y organismos de la comunidad que tengan participación en el programa será entendida como una “contribución voluntaria”, que en ningún momento deberá ser considerada como una vinculación laboral. Esto es repetido de manera constante por los funcionarios del ICBF, quienes afirman que las madres comunitarias son “buenas ciudadanas” que desarrollan su trabajo sin esperar compensación alguna (Navarro, comunicación personal, noviembre de 2012).

No importa, entonces, que la madre comunitaria deba cumplir un horario previamente establecido, durante el cual se encargará de cuidar a los niños, ni que existan parámetros y reglas a los cuales deba sujetarse so pena de que su hogar sea clausurado. Ni siquiera la existencia de una contraprestación directa por sus servicios, sujeta a los parámetros establecidos por el ICBF, tiene mucho peso. Para los funcionarios del ICBF, y de acuerdo con la interpretación que el juez constitucional ha hecho del marco legal, las madres comunitarias son “buenas mujeres, filántropas que donan su

trabajo al Estado para garantizar la mejoría del servicio de cuidado de los niños y la primera infancia” (Camacho, comunicación personal, agosto de 2012).

Sin embargo, desde hace unos años, el legislador, la Corte Constitucional y varias organizaciones de la sociedad civil han querido reducir la desigualdad a la hora de reconocer y valorar la labor de las madres comunitarias (Ardila Trujillo, comunicación personal, enero de 2013). El primer paso fue la creación de un régimen especial de cotización en seguridad social, logrado mediante la Ley 1023 de 2006 (artículo 2º). Luego, la Sentencia T-628 de 2012 ordenó tomar las medidas necesarias para que la labor de la madre comunitaria fuera remunerada con el salario mínimo, de tal forma que no se vea en condiciones tan desiguales con respecto a las otorgadas a los trabajadores regulares; sin embargo, no establece que la relación entre la madre comunitaria y el ICBF sea un vínculo laboral (Ardila Trujillo, comunicación personal, enero de 2013). Esta interpretación sobre la relación entre las madres comunitarias y el estado había sido reiterada en la Sentencia T-269 de 1995, del magistrado ponente Jorge Arango Mejía, y la Sentencia SU-224 1998, del magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

## LA PERSPECTIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la relación mencionada en tres sentencias, cuyos hechos, consideraciones y decisiones se exponen a continuación. En general, la Corte pasa de negar la relación de la madre comunitaria con el estado al considerar que su trabajo no tiene las características precisas de continuidad y sistematicidad propias de un esquema laboral, a reconocer que está subordinada a las agencias del estado, aunque de manera indirecta. Es decir, acepta que existe un trabajo no remunerado pero imputa la responsabilidad por ese trabajo a las asociaciones de madres comunitarias y no al ICBF, entidad encargada de ejercer control directo sobre cada una de ellas. La tabla 2 muestra las responsabilidades de los actores involucrados en el funcionamiento de los HCB.

TABLA 2.

Actores involucrados en la operación de los HCB

<b>ICBF</b>	Formula los lineamientos técnicos y se encarga de la supervisión y control.
<b>Asociaciones de madres comunitarias</b>	Suscriben los contratos con las madres, efectúan sus pagos y organizan el trabajo diario.
<b>Madres comunitarias</b>	Prestan el servicio a los niños siguiendo instrucciones de asociaciones e ICBF.

Si bien la figura de las asociaciones sirve para ocultar que el ICBF es el verdadero empleador, las madres comunitarias ejecutan su trabajo bajo una supervisión directa de los centros zonales del ICBF, rinden cuentas en instancias públicas y siguen los horarios e instrucciones del ICBF. El análisis de las siguientes sentencias muestra cómo el discurso jurídico se ha utilizado para nublar esa relación existente entre las madres comunitarias y el ICBF. A continuación se presentarán únicamente los contenidos de los fallos referentes a la relación de las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias.

En la Sentencia T-269 de 1995 existe una demanda conjunta. Por un lado, una madre comunitaria encargada del hogar comunitario del sector de La Fuente, Tunja, alega la vulneración de sus derechos a la libre expresión, al trabajo, al debido proceso y a la igualdad. La demandante fundamenta las vulneraciones en una persecución que se inicia en su contra por parte de los funcionarios del ICBF por haber exigido alimentos y otros servicios que son obligación del ICBF; dicha persecución, según la demandante, termina con el cierre del hogar comunitario. Por otra parte, demandan también las madres de familia que se ven afectadas por el cierre del hogar comunitario con base en la vulneración de los derechos de sus hijos, usuarios del hogar comunitario.

Al resolver este caso, la Corte Constitucional menciona:

El hecho de que la junta directiva haya dado por terminada la relación que vinculaba a la Asociación de Padres de Familia Hogares Comunitarios de Bienestar del Sector La Fuente, Municipio de Tunja, Departamento de Boyacá, con la señora Aura Nelly Gómez de Soto, no implicaba que ésta no pudiera desarrollar otras actividades. En este sentido, debe recordarse, como lo admite la misma interesada, que pese al cierre del hogar, siguió prestando el servicio de cuidado de niños.

[...] Sin duda, alrededor de la relación surgida entre ambas partes —una entidad sin ánimo de lucro, de beneficio social, vinculada al Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y un particular que nunca ostentó la calidad de empleado—, se puede decir que fue de orden civil; bilateral, en la medida en que los contratantes se obligaron recíprocamente: la madre, a la satisfacción del interés de su contraparte, o sea la adecuada prestación de una serie de servicios a los niños usuarios y a sus padres, y la asociación, al apoyo debido y al pago de la beca suministrada por el ICBF; consensual, puesto que no requirió de ninguna solemnidad; onerosa, porque daba derecho a la madre comunitaria para percibir parcialmente parte de la beca mencionada (Corte Constitucional, T-269 de 1995, MP Jorge Arango Mejía).

Respecto al derecho a la igualdad, la misma Corte establece: “Tampoco se presentó ninguna violación a la igualdad entre el hombre y la mujer, puesto que, con arreglo a lo que aparece probado, la clausura del hogar no obedeció al hecho de que la actora hubiere sido una mujer”. Con base en los argumentos anteriores, la Corte confirma el fallo de segunda instancia, negándole el amparo a las partes demandantes.

En este caso, la Corte aplicó claros criterios de interpretación restrictiva frente al rol de la madre comunitaria y la posibilidad de establecer un vínculo directo con el estado, porque, si bien no existe norma específica vigente para aplicarse al caso concreto, el uso de principios relacionados con otras especialidades habría generado resultados distintos. Por ejemplo, la Corte no aplicó los principios del derecho laboral, específicamente el principio del contrato realidad (Herreño, 1999; Hernández, 2005), e ignoró los argumentos relativos a la vulneración del derecho a la igualdad por el desequilibrio de la remuneración entre trabajo productivo y reproductivo. En ese sentido, estos fallos judiciales contribuyen a la construcción del trabajo reproductivo como invisible para el derecho (Alviar & Jaramillo, 2013; Arango & Moliner, 2011; Buchely, 2012a; Fraser, 2013; Perkins, 2008).

Al no usar las normas que legitiman la acción de las madres comunitarias como agentes del estado, la Corte determinó que el vínculo existente entre las madres y el ICBF es de carácter civil. Esa caracterización empeora la situación de las madres, toda vez que los contratos de naturaleza civil ofrecen menos protección y garantías a la persona que presta el servicio. De haber decidido tomar un camino distinto, lo más seguro habría sido que la Corte llegara a la conclusión, dadas las condiciones de desempeño de la labor de la madre comunitaria, de que existen los elementos necesarios para afirmar la existencia de un contrato laboral entre madre comunitaria e ICBF. De dicha conclusión se habría desprendido, entonces, la existencia de un despido sin justa causa en el caso concreto y que, por consiguiente, las madres comunitarias tendrían un vínculo laboral con un ente público, que las legitimaría como agentes del estado dentro del sector del cuidado.

Posteriormente, en la Sentencia SU-224 de 1998, una madre comunitaria interpone demanda contra el ICBF por sentir violados sus derechos al trabajo y a la igualdad. Fundamenta estas vulneraciones en el cierre del hogar comunitario que había tenido bajo su cargo durante siete años. El cierre se da luego de que la mujer sobrepasara la edad máxima límite para poder ejercer como madre comunitaria.

Dentro de la parte motiva de la sentencia, la Corte menciona:

Como es sabido, para que exista una vinculación contractual de carácter laboral se requiere la prestación personal del servicio por parte del trabajador, la subordinación y el salario, este último como retribución del servicio; y si se trata de un empleado vinculado a través de una relación legal y reglamentaria, el respectivo nombramiento de la autoridad oficial nominadora, con la prestación personal del servicio con posterioridad a la posesión, unido a la subordinación y el respectivo salario, cuyos presupuestos no aparecen configurados en el asunto sub-examine.

Al efecto el art. 4º del Decreto 1340 de agosto 10 de 1995, decreto por el cual se dictan disposiciones sobre el programa de hogares comunitarios de Bienestar, señala que “la vinculación de las madres comunitarias, así como

la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participen en el programa de hogares de bienestar, mediante trabajo solidario, constituya contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños corresponde a los miembros de la sociedad y de la familia: por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participan.

Entre el ICBF y la Junta Directiva de la Asociación de Madres Comunitarias existe una relación contractual a través de un contrato de APOORTE, celebrado entre la regional del ICBF y la asociación de padres de hogares de Bienestar. En el que en términos generales establece que el primero se compromete a aportar unos recursos de la entidad estatal y el segundo a utilizar dichos recursos en la ejecución del programa de hogares comunitarios, a través de la nutrición (Corte Constitucional, Sentencia SU-224 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara).

Finalmente, respecto al derecho a la igualdad, la Corte Constitucional establece que:

[...] se reintegró a todas las madres comunitarias que habían sido desvinculadas por el factor edad sin que se hubiese hecho distinción alguna entre ellas por ese concepto, ni se hubiere discriminado a la accionante, ante lo cual no prosperará la tutela en relación con este derecho. [...] Sin embargo, a juicio de la Corporación, si la única circunstancia para retirar a la demandante era la de haber llegado a la edad máxima de 55 años, se hubiese podido configurar la violación del derecho a la igualdad, en el evento de que ello estuviese suficientemente acreditado por los medios legales pertinentes, pues aparte del referido testimonio único, no existe prueba alguna aportada al expediente o recaudada por los jueces de instancia que demuestre la existencia de un evidente trato discriminatorio entre la demandante y las demás madres comunitarias, que permita establecer con veracidad que, evidentemente, éstas, con excepción de la actora, fueron reintegradas una vez revocada la medida que las excluía por la edad, razón por la cual, la tutela no puede concederse por este aspecto, como lo estimó de manera acertada el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó, en la sentencia que se revisa. [...] Además de lo anterior, cabe destacar que si bien es cierto que inicialmente una de las causas que motivó el retiro de la demandante fue el del factor de la edad, con posterioridad, el Centro Zonal de Quibdó determinó la desvinculación de la misma por las razones invocadas en el oficio que obra a folios 8 y 9 del expediente, relacionadas con las deficiencias encontradas en el hogar comunitario asignado a la demandante, luego de practicadas las pertinentes visitas al mismo (Corte Constitucional, Sentencia SU-224 1998, MP Hernando Herrera Vergara).

Tomando en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional decide confirmar parcialmente la providencia proferida por el Tribunal del Circuito de Quibdó, tutelando únicamente el derecho al debido proceso de la demandante. Así, aunque en este caso ya era posible remitirse al Decreto 1340 de 1995, en donde se regula la relación existente entre la madre comunitaria y el ICBF, el análisis hecho por parte de la Corte Constitucional continuó siendo restrictivo. Como bien expone el salvamento de voto de dicha deci-

sión, elaborado por los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero, el asunto central de la providencia debió ser el de establecer la verdadera naturaleza del vínculo contraído entre el ICBF y las madres comunitarias. Sin embargo, en la providencia se puede ver cómo este tema fue descartado sin mayor análisis sustancial. La Corte se limitó a enunciar los elementos propios de un contrato laboral, para luego, sin ninguna confrontación material que mediara, decir que en el caso de la demandante, y en general de las madres comunitarias, estos elementos no se cumplían. Finalmente, siguiendo estos mismos parámetros de la argumentación restrictiva, dice la Corte Constitucional que no puede hablarse de una vulneración al derecho al trabajo porque, según el Decreto 1340, no existe relación laboral alguna entre las madres comunitarias y el ICBF.

Es claro —y en esto coincido con los magistrados que salvaron su voto— que una argumentación adecuada con respecto al cargo por la vulneración al derecho al trabajo debió traer consigo una discusión profunda, que confrontara la realidad de la labor de la madre comunitaria con la idoneidad de la norma que regula la relación y con la aplicabilidad del principio de contrato realidad del derecho laboral. Pese a la existencia del salvamento de voto, esta sentencia tampoco resultó favorable para las pretensiones de las madres comunitarias.

Con respecto a la violación del derecho a la igualdad, la Corte nuevamente es limitada en su argumentación. No se extiende más allá del criterio utilizado —el de la edad— para el cierre del hogar comunitario y la desvinculación de la madre; llega a la conclusión de que no existe discriminación, pues el criterio establecido en un acuerdo le es aplicable a todas las demás madres comunitarias. En relación con este punto, una vez más la Corte ignoró la condición desigual en la cual trabajan las madres comunitarias al no recibir los mismos beneficios y las mismas contraprestaciones de un trabajador formal del sector “productivo”. La Corte perdió, entonces, otra oportunidad valiosa para referirse al trabajo de cuidado, su subvaloración y el origen legal que esto tiene.

La omisión de la referencia al debate entre trabajo productivo y reproductivo es notoria, sobre todo si se tiene en cuenta que ya había jurisprudencia constitucional que desarrollaba argumentos favorables a las mujeres en cuanto al reconocimiento de su labor de cuidado. La ceguera frente al argumento de igualdad se opuso a la narrativa de derechos desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-410 de 1994, del magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien, aplicando el discurso liberal del principio a la no discriminación, sostuvo que las mujeres merecemos una pensión más rápida, que compense nuestra constante exposición a una doble jornada causada por el trabajo de cuidado.

Finalmente, se encuentra la Sentencia T-628 de 2012 del magistrado Humberto Sierra Porto. En ella, una madre comunitaria que padece sida demanda al ICBF por considerar que le han sido violados sus derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y el debido proceso. Según ella, el hogar comunitario que estaba a su cargo fue cerrado por una persecución iniciada en su contra luego de que los funcionarios del ICBF se enteraran de su enfermedad.

Dentro de las consideraciones de la sentencia, la Corte Constitucional establece:

Esta Sala estima que, si bien la legislación debe evolucionar progresivamente en el sentido recomendado por el Comité del PIDECS, el hecho de que las normas actuales excluyan la relación laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar no es violatorio *per se* del derecho a la igualdad de las mujeres. En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución, la naturaleza laboral de una relación no depende de lo que lo que estipulen las normas o los contratos sino de si en la realidad se presentan las características de tal relación, especialmente la subordinación. Con base en dicho principio constitucional, toda persona, incluida cualquier madre comunitaria, puede solicitar ante los jueces competentes el reconocimiento de una relación laboral, acreditando los requisitos necesarios para ello según el ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, serán violatorias del derecho a la igualdad aquellas diferencias entre el régimen del trabajo subordinado y el régimen especial de las madres comunitarias que configuren discriminación contra la mujer. [...] Para dilucidar el asunto, la Sala comenzará por determinar si, en realidad, existen las aludidas diferencias y, si ello es así, analizará si constituyen discriminación contra la mujer según la definición contenida en la CEDAW.

[...] De acuerdo a las normas legales y reglamentarias aplicables, la alternativa laboral de las madres comunitarias *no origina una relación laboral entre éstas, el ICBF y/o las asociaciones que participan del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar*. Estas mismas disposiciones les otorgan un régimen jurídico que podría denominarse especial, al ser intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, lo que se explica, según el ICBF, por la lógica que guía el Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar: corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad en la asistencia y protección de los niños y niñas (Corte Constitucional, Sentencia T-628 de 2012, MP Humberto Sierra Porto) [cursivas fuera de texto original].

En esta sentencia, la Corte Constitucional decidió aplicar marcos normativos favorables para interpretar la situación de las madres comunitarias. Aún desconociendo su situación laboral, lo cual sigue siendo desfavorable para ellas, la Corte Constitucional promovió un nuevo giro a sus interpretaciones. De manera sorprendente se alejó de la tesis primitiva, en la cual se interpreta la relación entre el ICBF y la madre comunitaria como de carácter civil. Entendió, y así lo expuso, que aunque haya normativa que regule el

tema, también existen preceptos constitucionales que abren puertas para que la regulación de la relación entre el ICBF y las madres comunitarias tome otro rumbo. Así, utilizando parcialmente conceptos traídos del derecho laboral, más garantista y protector frente a la situación de las madres, la Corte Constitucional admitió en la sentencia del 2012 que el vínculo de las madres comunitarias y el ICBF es especial, dado que está entre los contratos civiles y el régimen laboral. Pese a que es una tesis “tibia” en el sentido que no reconoce de manera plena los derechos de las madres, también es cierto que avanza levemente en los esquemas de protección y los argumentos que ellas pueden utilizar para exigir un mejor trato de parte del ICBF.

En materia laboral no se llegó a un punto fijo. Si bien la Corte Constitucional abrió la posibilidad de que un juez laboral pueda declarar la existencia de un contrato laboral, dadas las condiciones de ejecución del contrato por parte de la madre comunitaria, esto se daría para cada caso concreto y la Corte no estaría facultada para hacerlo a nivel general, toda vez que se estaría excediendo en sus facultades como juez de tutela. Además, la Corte solo estableció que la relación existente con la madre comunitaria pertenece a un régimen especial situado entre el derecho laboral y el derecho civil<sup>3</sup>. Así las cosas, se abstuvo de reconocer la discriminación laboral estructural que sufren estas mujeres utilizando principalmente dos movidas jurídicas: i) diciendo que la declaración del contrato realidad debe evaluarse en las condiciones de cada caso concreto; y ii) mencionando que no puede construir un fallo estructural —como bien lo ha hecho en otras ocasiones<sup>4</sup>— dadas las limitaciones del juez constitucional.

Esta apreciación resulta restrictiva también por dos razones: i) la Corte no reconoce en el caso concreto un contrato realidad para la madre solicitante, por lo que no genera un precedente constitucional favorable a ese tipo de lecturas; y ii) la Corte decide no asumir el costo político y jurídico de hacer un fallo de incidencia estructural, como lo ha hecho en los temas de desplazamiento, salud, cárceles y, recientemente, aseo (Moreno, 2012a; Rodríguez & Rodríguez, 2010).

Para Jaramillo y Alfonso (2008), esta interpretación de la Corte Constitucional es una movida típica de huida hacia la forma/procedimiento para legitimar el estado de cosas existentes. En este sentido, y según lo documentado por las autoras en el caso de la despenalización del aborto, los

---

<sup>3</sup> La nueva “apertura” de la Corte en el argumento se da por dos razones concretas: la presión realizada por la organización Sisma Mujer sobre el tema y el tercer informe periódico de Colombia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual se recomendó a Colombia regularizar la situación laboral de las madres comunitarias (Ardila Trujillo, comunicación personal, enero de 2013).

<sup>4</sup> Buenos ejemplos de los fallos estructurales de la Corte sobre los cuales ya hemos reconocido que el juez constitucional hace política pública son las sentencias T-025 de 2004, sobre desplazamiento, y la T-760 de 2008, sobre salud (Rodríguez & Rodríguez, 2010).

argumentos relativos a la competencia son frecuentemente utilizados por el juez constitucional para restringir el alcance de las pretensiones de una de las partes. Jaramillo y Alfonso explican cómo el juez constitucional usa algunos argumentos que pueden llevar a los perdedores a “ganar”, o a adquirir un posicionamiento más cómodo dentro de la distribución de recursos, al establecer que se ha escogido la forma, el procedimiento o la instancia equivocada para invocarlos. Esta clase de argumentos que huyen hacia las formas por lo general legitiman el estado de cosas, porque esconden el hecho de que las normas de procedimiento son manipulables (Duncan Kennedy, 1976) y que el costo de un acceso posterior a la jurisdicción “adecuada” será tan alto que simplemente el fallo negativo disuadirá la utilización posterior de la jurisdicción (Galanter, 1974).

Más allá de este argumento, y pese al carácter restrictivo de la decisión anterior, la Corte Constitucional dio aquí un nuevo giro respecto a la ponderación entre el trabajo productivo y reproductivo: afirma que el hecho de que la labor de las madres comunitarias no sea considerada como un trabajo no es *per se* discriminatorio; lo que termina siendo discriminatorio, en el concepto de la Corte, son aquellas diferencias entre las contraprestaciones que recibe un trabajador regular y una madre comunitaria, y que van en perjuicio de estas últimas. Estas diferencias se demostraron ampliamente luego de confrontar los beneficios que reciben los trabajadores y las madres comunitarias.

Si bien en el ámbito normativo, en principio, las madres comunitarias pueden ser tanto mujeres como hombres, la realidad indica que, con contadas excepciones, son las mujeres las que ejercen como tales<sup>5</sup>. Adicional a esto, el oficio que desempeñan es el que tradicional e históricamente ha sido relegado a las mujeres. En este sentido, el hecho de que existan condiciones menos favorables para recompensar el oficio de las madres comunitarias trae consigo un trasfondo estructural de desigualdad de género derivado de la dicotomía entre economía productiva y economía del cuidado (Benería, 2003; Schor, 1991). Lo anterior no solo menosprecia el trabajo de las madres comunitarias, sino que termina por reproducir esquemas de subordinación que relegan a la mujer a una opresión laboral sistemática.

El análisis de las decisiones que el juez constitucional ha tomado en esta materia evidencia que el régimen legal utilizado para describir la condición de las madres comunitarias como trabajadoras de cuidado no es algo estático, certero o determinado. Por el contrario, las variaciones en estas decisiones expresan tanto las restricciones estructurales frente a la lectura

---

<sup>5</sup> Respecto a la presencia de hombres en el rol de madre comunitaria puede verse la Sentencia T-145 de 1995, del magistrado ponente Jorge Arango Mejía. Dentro de los grupos focales de esta investigación, las madres comunitarias también reconocen la presencia de algunos compañeros hombres en otros departamentos. Luz Gabriela Arango y Pascale Moliner (2011) reportan hallazgos similares en su trabajo sobre el tema.

del trabajo reproductivo, como la agencia del intérprete al escoger entre cuerpos de normas más o menos favorables para las peticionarias.

El escenario de opciones de regulación de la Corte resulta claro y sus efectos distributivos también. Las madres pierden posibilidades de protección con la aplicación del esquema civil, que implica que los contratantes no reconocen ni los aportes a la seguridad social ni son responsables por una estabilidad de la persona en el servicio, razón por la cual pueden terminar el contrato con pocas restricciones. Por otro lado, las madres ganarían aplicando las reglas del derecho laboral, que no solo despliega las protecciones de la seguridad social sino que también les otorga mayor estabilidad dentro de sus trabajos (Arango & Moliner, 2010; Herreño, 1999; Hernández, 2005).

Pero, además, la Corte es miope frente al reconocimiento de la vulneración del derecho a la igualdad derivado del ejercicio del trabajo reproductivo. El juez constitucional no utiliza precedentes en los que se ha reconocido de manera clara que el trabajo de cuidado es una fuente de desigualdad para las mujeres, y, por ello, en ninguna de las sentencias que articulan la situación de las madres comunitarias se tutela el derecho a la igualdad<sup>6</sup>. La ausencia de este vínculo evidencia las conexiones entre el trabajo reproductivo, el régimen legal seleccionado para regular este trabajo y la manera en que las madres comunitarias son integradas a la legalidad. Esto implica que el estado continuamente utiliza la vulnerabilidad explotable de las mujeres y encuentra productiva su desigualdad (Fraser, 2013; Perkins, 2008; Silver, 1993; Shamir, 2010). Esta lectura será explorada a fondo en el capítulo 5, que despliega una mirada feminista sobre el problema.

## LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para aproximarnos a la relación de las madres comunitarias con el estado desde la perspectiva del derecho administrativo, en esta sección abordaré los siguientes aspectos: (i) la definición de derecho administrativo; (ii) las tipologías de vinculación del estado con sus agentes; (iii) la aproximación al trabajo de cuidado como servicio público; y (iv) el análisis jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la responsabilidad pública frente a las acciones y omisiones de la madre comunitaria en los Hogares Comunitarios de Bienestar. Analizaré la producción de la academia local con la intención de identificar tanto los debates doctrinales sobre estos puntos como las conexiones que pueden llegar a tener estos debates con otros contextos de producción, como España y Francia.

---

<sup>6</sup> La excepción es la Sentencia T-145 de 1995, del magistrado Jorge Arango Mejía, donde la Corte Constitucional tutela el derecho a la igualdad de un padre comunitario, al que no se le reconocían los mismos beneficios en materia de seguridad social que a una madre comunitaria, por ser hombre.

## **Aproximaciones al derecho administrativo: criterio orgánico y funcional**

La definición del derecho administrativo se construye con base en dos criterios: el subjetivo u orgánico y el funcional o material<sup>7</sup>. El primero se concentra en reconocer a la administración pública como el centro de la reflexión de la ciencia de la administración y establece que solo los entes reconocidos legalmente como constitutivos de dicha administración pueden ser objeto de aplicación de lo que se conoce como derecho administrativo. El segundo extiende su alcance a la función administrativa, como un criterio amplio para determinar cuándo deben aplicarse los estatutos administrativos. Concluye que toda acción tanto pública como privada que se oriente al cumplimiento del interés general debe estar cobijada por este régimen.

Es claro que estos criterios tienen aplicaciones materiales distintas. Mientras el criterio orgánico restringe el espacio de acción del derecho administrativo, el funcional lo amplía sustancialmente, incorporando diversos sujetos a las entidades del estado para ejecutar funciones públicas. Esto último implica que el uso de prerrogativas públicas se expanda a sujetos privados (i.e. contratistas, colaboradores, agentes indirectos) y no sea exclusivo de los agentes directamente vinculados con la organización pública (Rodríguez-Arana, 2009). Aproximaciones como esta generan marcos de interpretación favorables a personas que, como las madres comunitarias, no tienen un vínculo directo con las entidades públicas pero desarrollan de alguna manera actividades relacionadas con el interés público (Rodríguez Garavito, 2010).

La primacía de uno u otro criterio ha sido objeto de un fuerte debate doctrinal. La doctrina española defiende el criterio orgánico, sosteniendo que el derecho administrativo es el derecho de las administraciones públicas. Autores como García de Enterría & Fernández (2008) defienden que este solo tiene sentido en presencia de una administración pública y que, únicamente cuando esta interviene, pueden aplicarse de manera directa los dispositivos previstos para contener la exorbitancia que pretende contener el principio de legalidad, que se materializa en el derecho administrativo. Esta postura ha sido defendida en Colombia por autores como Vidal Perdomo (2004). Distanciándose de esta aproximación, el criterio funcional ha sido apoyado en Colombia por autores como Libardo Rodríguez (2000).

Por su parte, autores como Parada y Zanobini optan por un criterio mixto que incluye elementos subjetivos y materiales para delimitar el campo

---

<sup>7</sup> También existen los criterios teleológico (Vidal, 2008), relacional (Moreno, 2013) y de especialidad (Barreto Moreno, 2012). Se refieren al derecho administrativo como un conjunto de normas enfocadas en desarrollar los fines del estado, las preocupaciones del ciudadano y la competencia frente a un juez especial, respectivamente.

de acción del derecho administrativo. Desde este punto de vista, este régimen se aplicará tanto a los entes constitutivos de la administración pública como a las acciones de los agentes que tiendan a ejecutar sus objetivos, estén o no desarrollados por personas vinculadas directamente con la administración (Parada, 2008; Zanolini & Picone, 1954). Dentro de la academia local, doctrinantes como Santofimio (2003) han respaldado de manera sistemática esta postura, recordando que el criterio definitorio del derecho administrativo debe proporcionar un balance entre sujeto y acción —o entre ente y actividad—. Esta postura híbrida entre los criterios subjetivo y material fue retomada por el régimen legal de manera expresa en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]): “ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.

Teniendo en cuenta su reconocimiento legal, podríamos decir que la definición del derecho administrativo en Colombia favorece el reconocimiento de las madres comunitarias como sujetos de este régimen. Su inclusión material en el derecho administrativo es también una aplicación directa de los principios jurídicos de este campo del derecho que optan por la articulación del criterio material para dar cuenta de alguna manera de “la plenitud del sometimiento de la administración pública a la ley y el derecho” (Santamaría-Pastor, 2000). La aplicación de varios de los principios generales del derecho administrativo amplía su órbita de acción incluyendo dentro de su fin regulatorio todas las acciones que tienen algún objetivo que desborde los intereses particulares.

En consecuencia, una aproximación material construida con base en los principios de la disciplina favorecería la configuración de las madres comunitarias como agentes del estado. Como se verá más adelante en este capítulo, el análisis jurisprudencial que ha realizado el Consejo de Estado en materia de responsabilidad de la administración, por acciones u omisiones de las madres comunitarias en el marco de un *НСВ*, desarrolla principios básicos reconocidos en el artículo 3º del CPACA, tales como la confianza legítima y la buena fe, la moralidad, la responsabilidad y la participación. Precisamente este último principio, reconocido en el numeral 6 del nuevo Código, menciona que “todas las autoridades administrativas promoverán las iniciativas de ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a la deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”. Esta articulación del esquema de gobernanza es un reconocimiento al hecho de que actividades como las desarrolladas por las madres comunitarias son acciones perfectamente cubiertas por las lógicas y las dinámicas del derecho administrativo (Prats Catalá, 2005).

## Las vinculaciones con el estado

Teniendo en cuenta los hallazgos anteriores, en esta sección analizaré si las madres comunitarias pueden ser percibidas como agentes del estado al aplicar la doctrina de la vinculación, como un campo de interpretación interno del derecho administrativo que explica quiénes son sus agentes y qué régimen de beneficios los diferencia a unos de otros como miembros activos de la administración pública. Según el derecho administrativo, las personas que prestan servicios al estado pueden tener varias clases de vinculación con él. Como se verá a continuación, ninguna de las tipologías ofrece criterios suficientemente inclusivos para incorporar la figura de las madres comunitarias a la administración pública.

### Servidores públicos

De acuerdo con el artículo 123 de la Constitución Nacional: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Así las cosas, pueden diferenciarse tres clases de servidores públicos.

- (i) *Miembros de las corporaciones públicas.* Se caracterizan por ser elegidos popularmente para periodos determinados y tienen un régimen propio según el orden al que pertenecen. En este grupo se encuentran congresistas, diputados y concejales (Bernal, 2012). Es fácil concluir que las madres comunitarias no son miembros de corporaciones públicas porque no son elegidas por voto popular, pese a que descriptivamente se encuentren fuertes conexiones entre las madres comunitarias y el capital político que algunos candidatos movilizan en las localidades.
- (ii) *Empleados públicos.* Se identifican por estar vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria. Esta vinculación se manifiesta, en la práctica, mediante los actos de nombramiento y de posesión. El régimen del empleado está determinado por la ley, por lo que la administración y el empleado no pueden discutir ni acordar las condiciones de prestación de los servicios; los empleados solo pueden presentar peticiones respetuosas a la administración (Bernal, 2012). Las madres comunitarias no son nombradas mediante acto de nombramiento proveniente del ICBF o de otra entidad estatal, y, por tanto, no se posesionan ante la administración. En consecuencia, no son empleadas públicas.
- (iii) *Trabajadores oficiales.* Su principal característica es estar vinculados a la administración mediante un contrato laboral. En consecuencia, es

posible negociar las condiciones laborales al momento de celebrar el contrato y con posterioridad mediante pliegos de peticiones que pueden concluir en una convención colectiva, un pacto colectivo o un fallo arbitral (Rodríguez, 2000).

Teniendo en cuenta las normas que regulan el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no hay vínculo laboral entre las madres comunitarias y cualquier entidad estatal participante en el programa. En consecuencia, no pueden ser consideradas trabajadoras oficiales. Sin embargo, como se verá más adelante, el derecho laboral ofrece instrumentos para interpretar que dicho vínculo laboral sí existe y, en consecuencia, las madres comunitarias tendrían la condición de trabajadoras oficiales (Arenas, comunicación personal, febrero de 2013).

### Otros tipos de vinculación

- (i) *Contratista de la administración*. Cuando una persona presta sus servicios a la administración en virtud de un contrato diferente del contrato de trabajo, se está ante un contratista de la administración (Rodríguez, 2000). En este caso, las normas aplicables a la relación entre la administración y el contratista serán las cláusulas del contrato y las demás disposiciones jurídicas aplicables.

A primera vista podría decirse que las madres comunitarias prestan sus servicios al ICBF mediante un contrato diferente del contrato laboral y que, en consecuencia, son contratistas de la administración. Sin embargo, otros podrían argumentar que ellas no prestan sus servicios al ICBF sino a las asociaciones de padres de las niñas y niños que asisten a los hogares comunitarios, y en tanto dichas asociaciones no hacen parte de la administración, las madres comunitarias no serían contratistas.

Según las observaciones realizadas en los HCB se puede concluir que, pese a que el vínculo entre ICBF y madre comunitaria es precario legalmente, ella sí moviliza un capital simbólico que la vincula con funciones públicas. El uso de los logos y la papelería del ICBF en su trabajo cotidiano genera frente a los usuarios la seguridad de estar dialogando con alguien que pertenece al estado o lo representa (Diario de campo, 2012).

- (ii) *Miembros de juntas, consejos y comisiones*. Se trata de aquellas personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieren su representación en las juntas directivas de las entidades descentralizadas y, en general, los miembros de juntas, consejos o comisiones. Estos deben observar las normas especiales que se dictan para ellos (Rodríguez, 2000).

Las madres comunitarias no pertenecen a ninguna junta, consejo o comisión de la administración; por consiguiente, no pueden considerarse miembros de este tipo de agrupaciones. Pese a ello, algunos administrativistas utilizan a las madres comunitarias como un ejemplo clásico de descentralización por colaboración. Este vínculo, antes que ser un ejemplo de esta tipología, favorece la aplicación del criterio funcional o material para la incorporación de las madres comunitarias al derecho administrativo desde la perspectiva de la prestación de servicios públicos por parte de particulares (Moreno, 2012a).

- (iii) *Auxiliares de la administración*. Según los decretos 3074 de 1968 y 1950 de 1973, pertenecen a esta categoría quienes prestan servicios ocasionales —como los peritos—, obligatorios —como los jurados de votación— o temporales —como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo u obra—. Las madres comunitarias no han sido definidas como auxiliares de la administración y, dado que la definición de este criterio es taxativa, esta tipología no podrá aplicárseles.

En general, las tipologías de vinculación que ha desarrollado el derecho administrativo para analizar los distintos miembros de la administración pública resultan restrictivas para efectos de incluir como “colaboradoras” a las madres comunitarias en el esquema de la administración. Por esta razón, cada vez que el juez constitucional ha intentado aplicar esta doctrina, los resultados para las madres comunitarias han sido desfavorables. Más adelante, en este capítulo, expondré cómo criterios más flexibles, como los incorporados en el derecho laboral, tienen resultados contradictorios frente a esta clase de teorías, dado que posibilitan el reconocimiento de las madres comunitarias como agentes del estado.

## ¿El cuidado de los niños es un servicio público?

Pese a que los debates actuales han estado dirigidos a analizar las conexiones entre servicios públicos, modelos de desarrollo, libre mercado y estado regulador (Barreto Moreno, 2012; Lamprea, 2009), buena parte del canon clásico de la literatura nacional sigue manteniendo un debate doctrinal en torno a la definición de servicio público como tema central del derecho administrativo. Esto se relaciona con el cuidado de niños porque, pese a sus similitudes, el trabajo de cuidado que realizan las madres comunitarias nunca se ha reconocido como un servicio público (Arango & Molinier, 2011; Herreño, 1999).

En esta línea, Jaime Vidal Perdomo (2004) dedica un capítulo de su libro *Derecho administrativo* a la definición de servicio público. Su exposición permite asignarle ciertas características, incluida la noción de interés

general como la delimitación material de lo que puede considerarse como tal. En ese sentido, todo aquello que esté encaminado al cumplimiento del interés público, de manera sistemática y continua, será, entonces, un servicio público. En tanto esta definición enfatiza las nociones de solidaridad y colaboración, pueden existir conexiones entre esta teoría local y la aproximación antiformalista de León Duguit (1917). Pese a que la conexión es clara, no resulta evidente por qué este marco de servicio público nunca se ha aplicado al trabajo de cuidado que las madres comunitarias ofrecen. Por su parte, Libardo Rodríguez manifiesta que en Colombia son servicios públicos las actividades calificadas como tales en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. En tanto los servicios prestados por las madres comunitarias no han sido calificados como tales en ninguna de las fuentes jurídicas mencionadas, dichos servicios no podrían considerarse un servicio público por los que el Estado, y en este caso el ICBF, deba responder.

Sin embargo, puede aplicarse la teoría de los índices del servicio público para que los jueces reconozcan en el trabajo de las madres comunitarias un servicio público del que debe hacerse responsable la administración. De acuerdo con dicha teoría, para saber si el estado ha tenido la intención de considerar una actividad como un servicio público, cuando esa intención no aparece de manera expresa, es necesario apoyarse en indicios que permitan llegar a dicha conclusión. No hay una lista taxativa de esos índices; es el juez quien, al analizar el caso concreto, debe determinar si encuentra índices que permitan concluir que se encuentra ante un servicio público (Arenas, 2013). Los más importantes de esos índices son: (i) el otorgamiento al servicio, por parte de los poderes públicos, de prerrogativas de orden público, como el poder de expropiar, imponer tasas o prohibiciones a los particulares, etc.; (ii) la estipulación dentro de la organización del servicio de cláusulas y reglas especiales derogatorias del derecho privado; (iii) la fijación de tarifas por parte del estado; y (iv) el sometimiento de la actividad a un control estrecho por parte de la administración (Arenas, 2013).

Un juez administrativo podría usar la teoría de los índices del servicio público y, en consecuencia, argumentar que las reglamentaciones que expide el ICBF para regular los servicios de las madres comunitarias, así como los controles que ejerce sobre su desempeño, prueban el sometimiento de los servicios prestados por ellas al control estrecho de la administración, lo cual indica la voluntad del estado de que tales servicios sean un servicio público, que como tal es responsabilidad del estado. En otras palabras, la actividad de las madres comunitarias “está claramente bajo el control estrecho de la administración” (Arenas, comunicación personal, febrero de 2013).

## ¿Es responsable el estado por las acciones de las madres comunitarias?

Las madres comunitarias no están sujetas a la regulación contencioso administrativa ni a la laboral, toda vez que la ley establece expresamente que el vínculo debe concebirse como una contribución voluntaria. Sin embargo, sí tienen que estar subordinadas a los lineamientos técnico-administrativos que impone el ICBF, so pena de ser desvinculadas del programa o de que su hogar comunitario sea clausurado. Esta ambivalencia de la relación entre las madres comunitarias y el estado se agudiza con los precedentes que el Consejo de Estado ha emitido en casos en los que se ha pedido responsabilidad por falla del servicio del estado en accidentes sufridos por algunos niños dentro de los Hogares Comunitarios de Bienestar y bajo el cuidado de las madres comunitarias.

En general, pese a no ser posible la imputación dado que los HCB no tienen un vínculo directo con el estado y que, además, las madres comunitarias no son sus agentes, el Consejo de Estado ha reconocido la responsabilidad del ICBF y ha ordenado indemnizar a las víctimas. Si las madres comunitarias no son funcionarias públicas, ¿por qué el estado responde patrimonialmente por sus acciones y omisiones? A continuación se presenta el análisis de diez sentencias del Consejo de Estado, emitidas entre 1995 y 2012<sup>8</sup>. En ellas se resuelven situaciones en donde se discutía la responsabilidad del ICBF en casos de accidentes con heridos o muertos que involucraban un HCB o la labor de una madre comunitaria y se documenta el precedente que la jurisdicción contencioso administrativa puede entregar argumentos para consolidar la interpretación que califica a las madres comunitarias como funcionarias públicas. Además, los afectados recurrieron a los tribunales de lo contencioso administrativo por medio de la acción de reparación directa, lo que prueba una vez más que existe una percepción ciudadana de la existencia de responsabilidad estatal frente a los hogares comunitarios.

En todos los casos, salvo en uno, el Consejo de Estado condenó al ICBF patrimonialmente para que respondiera por los perjuicios causados a los niños y a los familiares por las fallas en el servicio ocurridas en los HCB.

---

<sup>8</sup> Se analizaron las siguientes sentencias: 1) Consejo de Estado (CE). Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA). Sección segunda, subsección B. Sentencia del 31 de julio de 1996. MP Carlos Orjuela. 2) CE. SCA. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 28 de noviembre de 1996. MP Javier Díaz Bueno. 3) CE. SCA. Sección tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 1998. MP Juan de Dios Montes. 4) CE. SCA. Sección tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. MP María Elena Giraldo. 5) CE. SCA. Sección tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010. MP Gladys Agudelo. 6) CE. SCA. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 9 de diciembre de 2010. MP Gerardo Arenas Monsalve. 7) CE. SCA. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2011. MP Enrique Gil Botero. 8) CE. SCA. Sección tercera, subsección A. Sentencia de 23 de junio de 2011. MP Mauricio Fajardo. 9) CE. SCA. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. MP Olga Mérida Valle. 10) CE. SCA. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2012. MP Olga Mérida Valle. La referencia detallada a estas sentencias puede encontrarse en el anexo 3 de este documento.

Se puede decir que el Consejo de Estado ha sido homogéneo en sus decisiones en esta materia. Ha establecido, además, que no hay caso en que el ICBF alegue la falta de legitimidad en la causa por pasiva al considerar que la responsabilidad de lo que pase en los hogares comunitarios no le es imputable a este, sino a la asociación de padres.

El ICBF, sin embargo, sí ha alegado la falta de legitimidad en la causa por pasiva basado en que los hogares comunitarios son entes autónomos, privados, con personería jurídica, que simplemente colaboran en el desarrollo de una tarea del Instituto. Se defiende sosteniendo que los elementos para la existencia de una falla en el servicio no se configuran. Si bien existe un daño antijurídico, este no le es imputable al ICBF ya que no fue cometido por la entidad, ni por ninguno de sus agentes. Baste recordar que, para el ICBF, las madres comunitarias no son sus agentes. Como es posible deducir, el ICBF se escuda en los elementos que el Decreto 1340 le da para eximirse de toda responsabilidad proveniente de los hogares comunitarios. Deja de lado la capacidad de manejo técnico, económico y administrativo que tiene sobre ellos y antepone su aparente autonomía, fundamentándose en el aporte y manejo que supuestamente tiene la comunidad sobre dicho programa y en la situación jurídica sin definir de las madres comunitarias.

Para analizar la posible responsabilidad del ICBF en los casos bajo examen, el Consejo de Estado se basa en dos aspectos: por un lado, el vínculo existente entre los miembros de la comunidad que contribuyen en los hogares, en especial el de las madres comunitarias, y el ICBF, y, por otro, la normativa existente que regula la relación entre el ICBF y los HCB. El juez contencioso administrativo entonces ve lo que ni el ICBF ni la Corte Constitucional observaron en los casos ya analizados, objeto de las sentencias T-269 de 1995, SU-224 de 1998 y T-628 de 2012, de los magistrados ponentes Jorge Arango Mejía, Hernando Herrera Mejía y Humberto Sierra Porto, respectivamente. Esto es sorprendente si reconocemos que el Consejo de Estado ha sido tradicionalmente etiquetado como un juez conservador y contrario a la agenda progresista (Jaramillo & Alfonso, 2008; Moreno, 2012a).

En cuanto al primer aspecto, el Consejo de Estado pone de presente en todas las sentencias que el vínculo entre el ICBF y los participantes de la comunidad en los hogares comunitarios se genera a partir de un contrato de aporte. Dicho contrato tiene las siguientes características: (i) es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993; (ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; (iii) es oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto requiere una contraprestación a favor del contratista, constar por escrito y estar suscrito por las partes en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; (iv) es bilateral y sinalagmático en la medida que se desprenden obligaciones y

cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y (v) es conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

El “negocio jurídico de aporte” —como en ocasiones lo denomina el Consejo de Estado— es un contrato estatal especial, suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social, con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención, integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2012. MP Olga Mélida Valle). Sin embargo, aunque se afirme que por medio del contrato de aporte, el aportante atiende con personal propio y bajo su propia responsabilidad un área específica del bienestar social, el Consejo de Estado ha establecido que se debe considerar también la realidad fáctica. Lo que se ve es que la relación entre ICBF y los hogares comunitarios, tanto en las normas como en la realidad, es tan estrecha que no puede desconocerse la subordinación subyacente. El ICBF, por medio de una junta designada y teniendo en cuenta unos parámetros preestablecidos, decide si se crea o no un hogar comunitario, dónde funcionará, cómo lo hará y quién lo atenderá. Todo lo anterior implica que tiene que existir un deber objetivo de cuidado por parte del ICBF en la selección de todos los elementos que conformarán el hogar comunitario (ICBF, 2011).

Según el Consejo de Estado, todos estos supuestos relativos a la presencia del contrato de aporte bastan para entender que existe la suficiente subordinación de los hogares comunitarios respecto al ICBF, como para que este último se haga responsable por las fallas generadoras de responsabilidad dadas en los hogares comunitarios. Al respecto, el Consejo de Estado hace la siguiente precisión: “Que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación” (Gil Botero, 2011).

Así, aunque la madre comunitaria y los otros miembros de la comunidad relacionados con los hogares carezcan de vínculo laboral, dada la situación de subordinación en la que se encuentran respecto al ICBF y los

reglamentos vigentes, sí se puede decir que las madres comunitarias prestan una función pública para la niñez menos favorecida, función que por ley es propia del ICBF. Por tanto, en los casos en los que se configure una falla en el servicio dentro de los hogares comunitarios, el responsable patrimonial y administrativo será el ICBF. Además, se le debe imputar la responsabilidad al ICBF pues este se encarga económica y administrativamente de crear y ejecutar el programa de los hogares comunitarios. Esta lógica amplia en la aplicación de la responsabilidad del estado también ha sido reconocida por doctrinantes que analizan la responsabilidad patrimonial del estado por el acto administrativo en casos de incumplimiento del deber de obrar de buena fe o de vulneración al principio de confianza legítima (Arenas, 2013).

Es importante hacer una precisión respecto a la postura jurisprudencial del Consejo de Estado. Este ha reiterado que cuando se trata de casos en los que están involucrados los derechos de los menores, no solo debe serle imputada la responsabilidad al ICBF, sino que, además, no debe ser usado el régimen común de responsabilidad subjetiva, sino el de responsabilidad objetiva (Arenas, 2013). Es decir, no basta con demostrar un grado normal de diligencia para eximirse de la responsabilidad, sino que se presume la responsabilidad con solo la existencia del daño antijurídico. Esto también ha sido reconocido por los funcionarios del ICBF vinculados con el programa (Camacho, comunicación personal, agosto de 2012).

Este régimen de responsabilidad objetiva fue aplicado en la mayoría de las sentencias analizadas, salvo en una. Se trata de un fallo de tutela, de la sección segunda, subsección B, del 9 de diciembre de 2010, con Gerardo Arenas como consejero ponente, contra una sentencia de reparación directa que involucraba el daño causado a un menor mientras este recibía los servicios de un hogar comunitario. Este fallo omite la aplicación del precedente sin justificar las razones por las cuales se aleja de su línea, como es su obligación constitucional desde que la Corte Constitucional reglamentó la obligatoriedad del precedente horizontal para las altas cortes. Sin embargo, debería haberlo hecho pues había una línea jurisprudencial clara y consolidada en el sentido de usar un régimen de responsabilidad objetiva en los casos en los que se involucren los derechos de menores. Al margen de este hecho, la sentencia se basó en un régimen que terminó por eximir a la madre comunitaria de responsabilidad y, por ende, al ICBF, dejó desprotegidos los derechos del niño perjudicado y de sus familiares.

Es claro que puede imputarse responsabilidad al ICBF porque las madres comunitarias dependen de él. Esto implica que, pese a que existe un criterio restrictivo en términos de vinculación en el derecho administrativo, el juez especial ha protegido la buena fe y confianza del ciudadano frente a los HCB como escenarios públicos. Esto implica, además, que existe una contradicción interna entre doctrinas y teorías del derecho administrativo,

que tienen respuestas ambivalentes frente a la pregunta por la naturaleza del vínculo entre las madres comunitarias y el estado.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia del Consejo de Estado resulta favorable a las pretensiones de las madres comunitarias, este marco inclusivo es poco generalizado dentro de las interacciones que las madres comunitarias mantienen con la administración. Como se verá en el análisis concreto del estudio de caso, ellas manifiestan que la administración constantemente reproduce los esquemas restrictivos de interpretación para analizar sus situaciones: tanto los funcionarios del ICBF como el personal encargado de gestionar sus solicitudes frente a la seguridad social utilizan de manera permanente los argumentos del derecho administrativo en torno a su no vinculación con la administración pública para limitar sus derechos en los escenarios de las transacciones burocráticas (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012).

## **LA PERSPECTIVA DEL DERECHO LABORAL**

En esta sección analizaré las tensiones entre derecho administrativo y el derecho laboral respecto a la relación entre las madres comunitarias y el estado. Mientras el primero ofrece marcos ambivalentes para la inclusión de las madres comunitarias como agentes de la administración pública —y cuando ofrece marcos claros lo hace solamente por vía de excepción, como la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del estado en los daños generados a los niños en los HCB—, el segundo articula lógicas progresistas que, tras la aplicación de la doctrina del derecho laboral, son favorables a las pretensiones de las madres.

De acuerdo con el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo: “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

Teniendo en cuenta el artículo 23 del mismo código, los elementos esenciales del contrato de trabajo son: (i) la actividad personal del trabajador, es decir, que es realizada por sí mismo; (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador mientras esté vigente el contrato, que faculta a este último para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Todo lo anterior, sin que se afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador según los tratados internacionales sobre derechos humanos relativos a la materia; y (iii) un salario como retribución al servicio. “Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no

deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen” (Villegas, 2013).

De los anteriores elementos vale la pena resaltar el de la subordinación. Esta consiste en la posibilidad jurídica que tiene el patrono para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento y en la obligación del trabajador de acatarlas. No es necesario que el ejercicio de esta facultad sea constante, basta con que el patrono recurra a ella en cualquier momento.

Además, según el principio de la primacía de la realidad, en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Mario de la Cueva (2000) indica que, según este principio, la existencia de una relación de trabajo depende, no precisamente de lo que las partes hubiesen pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre. Por ello, es erróneo juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubiesen pactado, ya que si las estipulaciones del contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

En este sentido, Plá Rodríguez afirma:

Como el contrato existe, o al menos, a efectos legales se presupone siempre existente, desde que una persona preste trabajo por cuenta y bajo dependencia ajena, aunque los sujetos de una relación laboral no quieran el contrato e incluso afirmen expresamente ante un órgano público que su relación de servicio no constituye contrato de trabajo, éste producirá efectos. La existencia del contrato de trabajo, excede, pues, de la voluntad expresamente exteriorizada por las partes. Se recurre para ello a la teoría del consentimiento tácito en unos casos, mientras que en otros basta la tesis de la mera imperatividad de las normas que en su aplicación han de prevenirse contra posibles intentos de evasión o desviación de sus efectos (1978, p. 249).

Teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad —independientemente de lo que prevean las normas en cuanto a la inexistencia de una relación laboral entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar—, desde el punto de vista del derecho laboral, si en la práctica existen los tres elementos esenciales de un vínculo laboral, este existirá.

En el caso de la relación de las madres comunitarias con las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias y el ICBF se reúnen tales elementos. Primero, la atención que las madres comunitarias prestan personalmente a los niños y niñas que asisten a sus hogares comunitarios constituye el primer elemento denominado por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo como la actividad personal del trabajador. Segundo, existe subordinación de las madres comunitarias respecto al ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias dado que el Instituto reglamenta el

ejercicio de sus funciones y, junto con las asociaciones y organizaciones, ejerce control en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo que ellas deben realizar. Estos dos agentes pueden cerrar hogares comunitarios y desvincular a madres comunitarias del ejercicio de sus funciones. Además, las madres cumplen sus indicaciones. Tercero, ellas reciben una remuneración por prestar sus servicios.

Considerando que en la práctica la relación entre las madres comunitarias, el ICBF y las asociaciones de padres/organizaciones comunitarias presenta los elementos que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) ha determinado como los elementos esenciales de un contrato laboral, dicha relación constituye un vínculo laboral “y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen” (artículo 23, CST). Es importante llamar la atención sobre el hecho de que esta posición, tal y como expliqué en la sección “La perspectiva de la Corte Constitucional”, fue defendida por un grupo de magistrados de la Corte Constitucional que salvaron el voto en la Sentencia SU-224 de 1998.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

El análisis realizado en este capítulo muestra que la mayoría de magistrados de la Corte Constitucional, en fallos de 1995 hasta 2010, ha negado la existencia de un contrato laboral entre las madres comunitarias, el ICBF, otras entidades estatales, las asociaciones de padres y demás organizaciones comunitarias que participan en el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar. A juicio de esta mayoría, las madres comunitarias no tienen el régimen propio de los trabajadores vinculados mediante contrato laboral, ni el régimen de quienes trabajan bajo la modalidad de prestación de servicios. Ellas tienen un régimen contractual intermedio en el que:

- (i) reciben una remuneración por su trabajo, que proviene de la beca del ICBF y de los aportes de los padres o los responsables de los niños y niñas que asisten a los HCB; (ii) se vinculan y permanecen en el sistema de seguridad social integral bajo su responsabilidad. Las asociaciones de padres y las organizaciones comunitarias a las que pertenecen deben vigilar dicha vinculación y permanencia; (iii) son responsables, junto con las asociaciones de padres u organizaciones comunitarias y del estado, de los aportes al sistema de seguridad social en salud; (iv) están a cargo, junto con el estado, de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones; y (v) se afilian voluntariamente al sistema de riesgos profesionales (Corte Constitucional, Sentencia T-628 de 2012, MP Humberto Sierra Porto).

Pese a ello, este vínculo reúne los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (posición defendida por una minoría en la Corte Constitucional). Teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad, dicho contrato existe sin importar lo dicho a la fecha por la jurisprudencia de la

Corte Constitucional, lo establecido en otras normas o lo que manifiesten los mismos contratantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se reconoce la existencia de un contrato laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, ellas serían trabajadoras oficiales de la administración. En consecuencia, la administración respondería por los daños que ellas causen. En el caso contrario, las madres comunitarias no serían trabajadoras oficiales y difícilmente tendrían un vínculo con la administración. Esta conclusión tiene consecuencias importantes sobre la llamada responsabilidad administrativa, dado que el juez especial ha reconocido —de manera sistemática— la responsabilidad del ICBF por los daños sufridos por los niños y sus familias en el marco de las acciones de los HCB. El Consejo de Estado ha aplicado adicionalmente el régimen de responsabilidad objetiva por tratarse de niños como objeto de protección.

Lo anterior evidencia que distintas aproximaciones del derecho ofrecen respuestas diferentes al problema de las madres comunitarias. Ello desestabiliza las aproximaciones a lo jurídico que defienden la existencia de respuestas únicas y correctas en el derecho y, por el contrario, visibiliza cómo el campo legal puede ser entendido como el espacio mismo de lucha política. El derecho es el lugar en el que se desarrolla el juego político donde las interpretaciones jurídicas son solo herramientas que se usan para generar escenarios de distribución determinados.

En este capítulo quedó claro, por ejemplo, cómo las madres comunitarias pierden cuando se aplica el esquema civil para explicar su contratación y ganan con la lectura del derecho laboral frente a su realidad. También es evidente que las etiquetas políticas asignadas a los actores institucionales no nos dicen nada en marcos de interpretación en donde lo progresista y lo conservador están en constante redefinición. Por ejemplo, el hecho de que el Consejo de Estado tenga una visión más garantista en el caso concreto que el juez constitucional rompe los esquemas que tradicionalmente le han imputado al juez administrativo las banderas de lo conservador y radical, y al constitucional la agenda de lo progresista y liberal.

Así, entonces, un rasgo característico del escenario en el que las madres comunitarias se mueven es que los distintos actores que en él intervienen fijando interpretaciones legales, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han optado por interpretaciones contradictorias. Los siguientes capítulos muestran cómo este escenario construido por el derecho produce tensiones particulares dentro de los HCB y la vida cotidiana de las madres comunitarias y les da herramientas de reclamo pero también sostiene su vulnerabilidad. En este sentido, este capítulo es una premisa importante para entender cómo el derecho construye los escenarios sociales que regulan y distribuyen recursos entre las identidades que él mismo crea.



## **4. ACTIVISMO BUROCRÁTICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El objetivo central de este capítulo es construir un mapa teórico de apoyo para lo que llamo activismo burocrático, lo cual implica transitar por varios debates tanto de la teoría jurídica como de la teoría del derecho administrativo y la administración pública. Adicionalmente, busca explicar por qué es necesario construir y usar esta categoría para analizar las burocracias administrativas. Lo anterior permite visibilizar el rol crítico de este tipo de burocracias en la fase de implementación de las políticas públicas y cómo una aproximación crítica al derecho, como la que representa el análisis distributivo, genera un mapa analítico fértil para analizar decisiones indeterminadas de los agentes vinculados con la administración pública, como efectos de lo que el derecho construye en la vida cotidiana.

En consecuencia, la primera sección contrapone legalismo liberal y análisis distributivo como dos formas distintas de ver el derecho en sentido amplio. La segunda relaciona el debate teórico en torno a la definición del derecho realizado en la sección anterior con dos aproximaciones opuestas a la discrecionalidad, una fundada en el derecho administrativo clásico y otra en el activismo burocrático. La tercera sección analiza cómo el estudio de caso de los НСВ cuestiona el modelo de discrecionalidad administrativa tradicional.

## **¿CÓMO ES EL DERECHO?: LEGALISMO LIBERAL Y ANÁLISIS DISTRIBUTIVO**

El legalismo liberal y el análisis distributivo constituyen dos tendencias en la conceptualización de qué es y cómo es el derecho. La primera agrupa una serie de aproximaciones teóricas y dogmáticas que oponen el principio de legalidad al activismo del operador jurídico y, en consecuencia, satanizan el debate de la discrecionalidad. La segunda reúne varias teorías de tradición crítica que documentan la indeterminación del derecho y

desestabilizan la confianza en los cuerpos normativos como mecanismos previsibles, al sostener la tesis de la subjetividad en los escenarios de adjudicación o aplicación normativa.

El legalismo liberal es la expresión utilizada por David Trubek y Marc Galanter en el popular artículo “Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”, publicado en 1974. Según esta aproximación, el derecho tiene tres características fundamentales: está separado de la sociedad, responde a las necesidades sociales y su respuesta a los problemas y los cambios que genera en la sociedad tienen una relación causal directa (Trubek & Galanter, 1974). Esto implica que el derecho es un sistema separado de la sociedad, que regula de manera autorreferente sus problemas aplicando normas que generan efectos precisos dentro de los escenarios sociales que se reconocen como maleables<sup>1</sup>.

El análisis distributivo ofrece una comprensión alternativa del derecho, según la cual: (i) no existe oposición entre derecho y sociedad, como tampoco entre derecho y economía. El derecho crea la realidad que regula, los sujetos que en ella intervienen y las posiciones materiales en las que ellos interactúan. Así, todas las regulaciones legales tienen efectos distributivos concretos, incluso las que percibimos como desreguladas u orientadas por el “libre mercado” (Hale, 1923; Llewellyn, 2009; Rittich, 2002)<sup>2</sup>; (ii) la relación entre norma y realidad, o entre derecho y sociedad, no está mediada por lógicas causales. Los efectos del derecho en la realidad no son lineales, y, por el contrario, son indeterminados y contingentes (Frank, 2009; Duncan Kennedy, 1998); (iii) la indeterminación y contingencia hacen que los resultados distributivos del derecho sean impredecibles. Esto quiere decir que este interviene construyendo la realidad, generando combinaciones imprevistas entre rigideces —reproduce el estado de cosas existentes— y fugacidades —puede llegar a generar cambios sociales, emancipaciones y resistencias ocasionales—, que varían en casos concretos y particularísi-

---

<sup>1</sup> Las características del legalismo liberal se han descrito como “funcionalismo legal” en otro artículo famoso dentro de la literatura jurídica crítica: “Critical Legal Histories”. Para un análisis a profundidad en torno al legalismo liberal a la colombiana, véase Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo (2012). *Crítica Jurídica. El análisis distributivo como alternativa al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Capítulo 1.

<sup>2</sup> Un supuesto teórico importante del derecho distributivo es la deconstrucción de los binomios estado/mercado, público/privado. Siguiendo los postulados de Robert Hale, de algunos autores realistas y de algunos representantes de los estudios críticos legales, como Duncan Kennedy, el análisis distributivo insistirá en que el “mercado” o lo “privado” son resultados de regulaciones legales que deciden entre privilegios frente a determinado grupo de personas con particulares formas de operación (como los derechos de propiedad y de contratos). De esta manera, no hay nada esencialmente “libre” dentro de estos espacios y, por tanto, tal y como lo ha sostenido Robert Hale, los espacios privados de mercado están saturados de reglas relativas a la coerción y constricción de los sujetos que en ella intervienen (Hale, 1923).

mos (Alviar & Jaramillo, 2012)<sup>3</sup>. Esta tendencia ha sido desarrollada de manera reciente en la academia jurídica local en tres libros fundamentales: *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal* (Alviar & Jaramillo, 2012), *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto* (Jaramillo & Alonso, 2008) y *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad* (Jaramillo, 2007b)<sup>4</sup>.

El principio de legalidad tiene manifestaciones diferentes en uno y otro esquema de comprensión del derecho. En general, para la academia jurídica tradicional dicho principio representa un efecto del legalismo liberal. Este recoge la idea de la existencia de leyes preexistentes al actuar humano, como principios universales y abstractos que someten tanto a asociados como a gobernantes. Esto tiene tres implicaciones para el análisis jurídico: (i) el estado de derecho —que es usado en el mismo sentido del principio de legalidad en la academia local<sup>5</sup>— es una forma de controlar el abuso de poder; (ii) el poder se regula mediante el seguimiento estricto de las normas; y (iii) actuar por fuera de ellas implica arbitrariedad en el caso de los operadores jurídicos públicos o ilegalidad en el caso de los ciudadanos<sup>6</sup> (Tamanaha, 2004).

Para el análisis distributivo, el principio de legalidad no determina los resultados de las preguntas sobre las normas porque: (i) el derecho es indeterminado y no tiene un significado fijo; (ii) la estabilización de determinadas interpretaciones del derecho depende de escenarios de poder que resultan contingentes para el derecho; y (iii) los resultados de las indagaciones jurídicas dependen más de factores externos al derecho que lo que el legalismo liberal está dispuesto a aceptar (Alviar & Jaramillo, 2012; Duncan Kennedy, 1998).

En este marco, los debates dentro de la teoría jurídica contemporánea sobre el principio de legalidad se han inscrito sobre todo en la línea del legalismo liberal (Tamanaha, 2004). Así, el cumplimiento de tal principio ha

<sup>3</sup> Para Alviar y Jaramillo son nueve las preguntas que orientan un análisis de tipo distributivo: ¿Qué es lo que está en juego? ¿Quiénes son los actores involucrados? ¿Cuáles son los recursos o las habilidades que les permiten a unos imponerse sobre otros? ¿Qué manifestaciones/formas tiene el conflicto? ¿Cuáles son las reglas jurídicas que se relacionan directamente con la situación en cuestión? ¿Qué otras reglas inciden aunque no estén directamente relacionadas? ¿En qué sentido los recursos o las habilidades de las partes en conflicto pueden ser resultado de privilegios legales o de derechos? ¿Cuáles son los elementos del marco teórico con los que usualmente se interpreta una situación; cuáles son obstáculos y cuáles son útiles para nuevas interpretaciones? ¿Cuáles son los cambios en las reglas que llevarían a equilibrios incrementalmente distintos? (Alviar & Jaramillo, 2012).

<sup>4</sup> Para los antecedentes teóricos del análisis distributivo puede verse, entre otros, Hale (1923); Duncan Kennedy (1993, 1998); Mnookin & Kornhauser (1979).

<sup>5</sup> La correlación entre principio de legalidad y estado de derecho puede analizarse en varios artículos de la literatura local (López Medina, 2007; López Sterup, 2009).

<sup>6</sup> "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones" (Constitución Política, artículo 6°).

inspirado debates sobre la autorreferencialidad del derecho, el activismo judicial, la discrecionalidad en la adjudicación, la separación de poderes y su correlativa disputa en torno a las fuentes del derecho. La ansiedad por el control del activismo judicial y el mantenimiento de la dicotomía legislación/adjudicación ha sido una gran obsesión para los filósofos jurídicos (Dworkin, 1988; Duncan Kennedy, 1997). En la misma tendencia del legalismo liberal se encuentran los debates en torno al grado de sistematicidad con que el derecho resuelve los problemas sociales y su correlativo efecto en el comportamiento judicial (Kelsen, 1994), el problema de la creación de derecho por parte de los jueces (Dworkin, 1988; Hart, 1990) y la distinción entre casos fáciles y difíciles, como metodología para la contención de la creación judicial del derecho (Hart, 1990).

El principio de legalidad inspira otros debates dentro del análisis distributivo del derecho. Primero, enfatiza que la discrecionalidad frente a la normas no es la excepción sino la regla dentro de los escenarios de la operación del derecho (Frank, 2009; Holmes, 1987; Llewellyn, 2009); segundo, evidencia que no existe separación de poderes o funciones que garanticen el control del poder (Duncan Kennedy, 1997); tercero, muestra que el debate en torno a la sistematicidad del derecho esconde otro sobre la indeterminación de los textos normativos, y la certeza frente a que ningún texto podrá resultar claro o suficiente (Frank, 2009; Duncan Kennedy, 1997); cuarto, analiza cómo todas las manifestaciones legales pueden interpretarse como privilegios económicos de algunos grupos (Hale, 1923); y quinto, documenta cómo la indeterminación de los textos legales implica que los resultados que las normas generan se producen dentro de juegos de intereses concretos entre intérpretes particulares (Alviar & Jaramillo, 2012).

Estos debates tienen una conexión directa con la forma como la teoría jurídica ha discutido el tema de la discrecionalidad (Dworkin, 1988; Kennedy, 1997). Según el legalismo liberal, la discrecionalidad que ejercen los operadores jurídicos es mínima dada que existen respuestas jurídicas correctas que pueden hallarse mediante la integración de las distintas herramientas que el derecho prevé para ello. Para el análisis distributivo, la discrecionalidad es una forma en la que el principio de legalidad se construye. Es decir, mientras para los primeros no hay lugar a la discreción cuando la ley se toma como un material preexistente y completo, para los segundos el alcance de lo que la legalidad misma significa depende de la discrecionalidad de los operadores (Kennedy, 1997). Esto implica que los debates sobre el activismo estén satanizados, desde la perspectiva del legalismo liberal, y documentados como una fenomenología, desde el punto de vista del análisis distributivo (Alviar & Jaramillo, 2012).

A pesar de estas diferencias, en Colombia estas dos formas de concebir el derecho tienen una especie de fijación con el escenario del juez. Autores como Abdón Rojas señalan que esa ansiedad con la que la academia local

se aproxima al activismo judicial y al rol del juez como espacio paradigmático de aplicación del derecho no es un rasgo propio de los lugares de origen de estos debates, desarrollados con fuerza en los últimos veinte años en las fronteras de Estados Unidos. Por el contrario, el énfasis en la figura del juez es una particularidad del trasplante de esos debates a Colombia, donde la apertura del tribunal constitucional, tras la Constitución de 1991, necesitaba legitimar fuertemente al juez constitucional como creador del derecho (Rojas, 2012). Pese a ello, la observación del “activismo” o la discrecionalidad de operadores jurídicos situados en otros lugares del poder público, donde lo jurídico también está en juego, permanece prácticamente inexplorada.

Así, mientras la preocupación por el activismo judicial está sobredocumentada dentro de la teoría jurídica, no ocurre lo mismo con las burocracias administrativas, o los operadores que desde el poder ejecutivo del estado liberal aplican las normas. Esto genera que el debate sobre el activismo burocrático esté subteorizado dentro de las discusiones del derecho público. Preguntarse por la manera en que los burócratas administrativos aplican las normas en Colombia es importante porque resulta ser un esquema más representativo de lo que ocurre en la fase de implementación normativa que el escenario judicial. Tener al escenario de adjudicación como modelo paradigmático de la aplicación del derecho es problemático en nuestro contexto porque los jueces son solo aplicadores residuales de la ley, tal y como nos lo ha mostrado la pirámide de la litigiosidad (Santos & García Villegas, 2001). Pese a ello, que los jueces no “resuelvan los casos suficientes” no implica que las respuestas estén por fuera del derecho, o que la brecha entre el derecho y la sociedad sea tan amplia que haya una especie de cultura subjurídica por descubrir (Alviar & Jaramillo, 2012). Es el derecho mismo el que ha distribuido las facultades de adjudicación y operación normativa más allá del poder judicial.

El derecho ha empoderado inesperadamente a actores que no solo desafían el manejo instrumental del lenguaje del estado, sino que evidencian la operación contingente del derecho. Policías, vigilantes, activistas, maestros de escuela, médicos y madres comunitarias, entre otros, son los nuevos operadores jurídicos que emplean esquemas de operación normativa muy distintos al debate de la adjudicación. En ese escenario, la decisión del derecho de no regular crea espacios intermedios entre lo legal y no legal donde “ganar” la legitimidad que el derecho otorga hace parte de las batallas cotidianas. Allí, donde las competencias de aplicación del derecho no son claras, emergen las burocracias callejeras como nuevos modelos para usar las normas jurídicas.

Si bien este empoderamiento puede relacionarse con la tercerización de las políticas sociales en el marco de la implementación del Consenso de Washington, no puede establecerse un nexo causal directo entre estos fenómenos. Pese a que el contexto del Consenso fue importante en el diseño

de las políticas sociales en los años noventa, por ejemplo, los Hogares Comunitarios de Bienestar como política social de cuidado infantil se inauguraron durante la década anterior, en esquemas igualmente tercerizados. Eso implica que el activismo burocrático, como forma de capturar la discrecionalidad de las burocracias administrativas, puede ser un fenómeno independiente de la tercerización de políticas sociales.

Por estas razones, el tema de la interpretación y el activismo judicial debe tomar un descanso frente a las nuevas lecturas del activismo burocrático, entendiendo esta última categoría en sentido amplio, aplicable tanto a las burocracias callejeras del bajo nivel de implementación como a la alta burocracia del poder ejecutivo o los funcionarios ubicados muy cerca de los centros de poder (Alviar, 2011). Esto implica defender la tesis de la indeterminación total de las normas: la discrecionalidad no está dada en razón de la cercanía o lejanía de los operadores jurídicos del centro de poder; por el contrario, es constante porque todo el material jurídico existente es indeterminado, lo cual hace posible que la discrecionalidad sea la forma misma en la que la legalidad se construye. En consecuencia, el tratamiento de la discrecionalidad y su oposición al principio de legalidad tienen un trayecto distinto en los temas de la administración pública, que varían básicamente dentro de los tres modelos de administración para analizar el comportamiento burocrático: el esquema weberiano, el modelo de la gerencia pública y la alternativa de la gobernanza (Pollitt & Bouckaert, 2011; Prats Catalá, 2005).

## **EL DEBATE DE LA DISCRECIONALIDAD EN EL LEGALISMO LIBERAL: LAS TEORÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE WEBER HASTA EL ESQUEMA DE LA GOBERNANZA**

Los modelos de administración pública no son ajenos al debate en torno a la discrecionalidad. El esquema weberiano representa el modelo antidiscrecional por excelencia, donde el funcionario se limita a aplicar la norma de manera mecánica y directa (Weber, 1963). Por el contrario, el recogimiento neoliberal del estado, que supone la aplicación del modelo de la gerencia pública y su enfoque en los resultados, implica que los márgenes de discrecionalidad posible aumentan para el estándar de comportamiento del funcionario público (Evans, 2010; Lipsky, 1984-2010; Maynard-Moody & Musheno, 2003). El esquema de la gobernanza también relativiza el estricto cumplimiento del principio de legalidad. La administración horizontal y descentrada en el funcionario propia de los modelos de la gobernanza global supone que los ciudadanos, como nuevos agentes de la administración, toman decisiones que constantemente están por fuera de lo previsto por los planes de gestión (Gupta & Sharma, 2006; Mitchell, 1999).

Pese a la variedad de modelos teóricos para analizar la discrecionalidad en la administración pública, en Colombia prevalece el modelo weberiano (López Medina, 2007; López Sterup, 2009; Moreno, 2012a). El derecho administrativo está así tradicionalmente al margen de las lecturas globales en torno a los esquemas de administración (Malagón Pinzón, 2003). Sus libros siguen abordando el debate de la discrecionalidad desde una perspectiva weberiana del principio de legalidad y el estado de derecho. En este sentido, aunque los administrativistas modernos tienen una alta tolerancia ante esta categoría y afirman que el derecho administrativo es discrecional, dicha característica está más relacionada con la técnica o la experticia propia del poder ejecutivo que con la subjetividad abordada por la teoría jurídica. Además, en su estructura, el modelo weberiano de la racionalidad formal, que entiende el poder público como jerarquizado, especializado y ritualizado (López Medina, 2007; SÁCHICA, 2005; Vidal Perdomo, 2004), es la teoría implícita en los controles previstos por la administración, en su aproximación a las normas y en la estructura con la cual funciona la administración. Por ello, el modelo de discrecionalidad se sigue pareciendo mucho más al esquema weberiano que al enfoque de resultados de la nueva gerencia pública o al gobierno horizontal de la gobernanza.

Aquí es importante mencionar que precisamente el diseño institucional liberal concibe al Ejecutivo como brazo técnico del estado y, en razón a esa especialidad, entrega un juez también especial para sus actuaciones. Ese es el fundamento del juez contencioso administrativo, que tiene un respeto especial por los actos “técnicos” del Ejecutivo, que se le escapan a la lógica judicial por resultar extrajurídicos (Vidal, 2004). La idea de control del juez especial limitado frente a la “experticia” de la administración supone que, estando permitida la aplicación de criterios extrajurídicos dentro de la decisión del operador, la inclusión de elementos subjetivos, emocionales y contingentes dentro de la misma está completamente proscrita (Cassagne, 1986; Santamaría-Pastor, 2010).

A pesar de lo anterior, la dicotomía entre política y administración ha hecho que los debates en torno a la discrecionalidad dentro de la dogmática administrativa tengan un sentido distinto a los de la teoría jurídica. Así, mientras la primera discute la discrecionalidad como presencia de decisiones administrativas en actos no reglados, la segunda se centra en la inclusión de elementos extrajurídicos o subjetivos en la decisión judicial (López-Streup, 2009; Santamaría-Pastor, 2010; Vargas, 2005; Vega, 2005). Lo anterior implica que, para la dogmática administrativa, los actos discrecionales (o no reglados) no son aquellos que están por fuera del principio de legalidad, sino aquellos que: (i) realizan los funcionarios de libre nombramiento y remoción que no se rigen por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, por tanto, no deben aplicar el procedimiento administrativo al tomar sus decisiones; y (ii)

ejecuta la administración revestida de una deferencia de control que le otorga el carácter técnico de su función. En consecuencia, los actos administrativos reglados no pueden ser discrecionales. Si lo son, activan la penalización respectiva por abuso del derecho o el efecto previsto para la prevaricación, entendida como la emisión de una decisión administrativa injusta o arbitraria (Sáchica, 2005). Lo anterior implica que, a diferencia de la teoría jurídica general, la visión dogmática de la discrecionalidad administrativa penaliza la subjetividad en la decisión, mas no la aplicación de criterios extrajurídicos propios de la “técnica” que caracteriza a la acción del Ejecutivo (Malagón Pinzón, 2003).

La discusión anterior está en el centro de la distinción entre política y administración. La escisión de la “técnica” y la “política” en cuanto gobierno y administración pública muestra la manera en que actúa la dicotomía esencial del derecho público: proscribir la arbitrariedad, favorecer la técnica (López Medina, 2007). Dentro de esa dicotomía, los administrativistas experimentan los debates sobre la discrecionalidad de las burocracias administrativas como un problema de sometimiento o no a los procedimientos de los actos reglados (Moreno, 2013). En esa medida, estando permeados o no por la técnica que debe caracterizar a la administración pública, los actos discrecionales para los administrativistas nunca están por fuera del principio de legalidad. Por el contrario, cualquier acto ejecutado por la administración se presume legal, en tanto está encaminado a generar un principio de certeza que está en el corazón del diseño institucional liberal (Trubek & Galanter, 1974).

Desde el punto de vista del análisis distributivo, este énfasis en los procedimientos implica ocultar la maleabilidad de las normas procesales y naturalizar las formas o los procedimientos como un ejercicio neutral del derecho (Jaramillo & Alfonso, 2008; Duncan Kennedy, 1976). Las normas procesales son, como todas, indeterminadas y contingentes, así que no existe nada de “antidiscrecional” en un modelo de comportamiento burocrático reglado, es decir, sometido a un procedimiento. Así mismo, la presunción de legalidad que cobija a las acciones públicas no es más que un arreglo institucional que opera para que algunos ganen más que otros, al involucrar la carga simbólica que tiene la acción del estado.

Partiendo de las premisas que propone el análisis distributivo, el estudio de caso está enfocado entonces a deconstruir las ideas relacionadas con la previsibilidad y la certeza del principio de legalidad. Así, el análisis de los Hogares Comunitarios de Bienestar y las madres comunitarias dará cuenta de cómo la legalidad se construye de manera contingente en espacios no previstos por los escenarios liberales de ejercicio de poder público. También explicará cómo determinados arreglos legales producen de manera inesperada una realidad donde los niños no ganan tanto como se espera, pero se benefician sus madres, dentro de un juego de recursos más

complejo que el que una lectura literal de la política pública y de la acción del estado y del derecho podría llegar a prefigurar. De la misma forma, el estudio de caso hará evidente cómo las burocracias callejeras construyen la legalidad por medio de su discrecionalidad, entendida como acciones subjetivas y extrajurídicas, y no acciones meramente técnicas, como lo entendía el derecho administrativo clásico.

## **¿CÓMO CUESTIONA EL ESTUDIO DE CASO EL MODELO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA TRADICIONAL?**

El estudio de caso de los Hogares Comunitarios de Bienestar como política social, con base en observaciones realizadas en Bogotá y El Espinal, permite analizar cómo se concreta dicha política en contextos específicos y las implicaciones de esto para la construcción teórica de categorías como la discrecionalidad y la legalidad<sup>7</sup>. A continuación se presenta el contexto en el cual se realizó la investigación y se describe el uso que hacen las madres comunitarias de su relación ambigua con el estado, así como su comportamiento ante las normas que rigen su labor. Lo anterior permite analizar cómo repercute esto en la política social prevista por el ICBF.

### **Contexto de la investigación**

La investigación en torno a los HCB se desarrolló en un contexto político de enfrentamiento entre las madres comunitarias y la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La implementación de la política social “De cero a siempre”, que busca tecnificar el servicio social del cuidado de los niños y niñas mediante la implementación de los Centros de Desarrollo Infantil (CDI), en reemplazo de los antiguos HCB, levantó las voces organizadas de las más de 77.000 mujeres madres comunitarias del país, quienes pedían —bajo esquemas de asociación propios del régimen laboral, como los sindicatos— que se regularizara su situación como verdaderas funcionarias del estado. Ellas solicitaban, con la herramienta del

---

<sup>7</sup> El estudio de caso del programa de los HCB fue realizado durante cuatro meses, de agosto a noviembre del año 2012, en cuatro localidades de Bogotá (San Cristóbal sur; Suba, Simón Bolívar y San Cristóbal norte) y en El Espinal (Tolima), con diecisiete madres comunitarias. La investigación combinó cinco mecanismos distintos de recolección de información, individualizados tanto en razón del método de recolección como en razón del objeto de estudio. Estos mecanismos incluyeron: la documentación de experiencias en diarios de campo como técnica etnográfica, las entrevistas semiestructuradas a funcionarios del ICBF y a administrativistas expertos, las observaciones del funcionamiento de los HCB, el análisis documental de varios de los oficios que producen las madres comunitarias en su gestión cotidiana y los grupos focales. El detalle de las actividades realizadas puede encontrarse en el anexo I. A manera de resumen, la investigación sirvió para recopilar información mediante diecinueve entrevistas semiestructuradas, noventa horas y 35 minutos de observación, tres grupos focales, la documentación de experiencias informales con los actores de los HCB en un diario de campo y el análisis documental de ocho formatos oficiales generados por las madres comunitarias y revisados por el ICBF.

paro de actividades y las manifestaciones públicas, que se les elaborara un contrato de trabajo directamente con el ICBF, que hiciera visible su condición de subordinación frente a la entidad para la que trabajaban<sup>8</sup>. En contraste con estas posturas, las narrativas de los funcionarios del ICBF de varios niveles — tanto del ámbito directivo a nivel central como implementadores de los programas de primera infancia en las regiones— insistían en referirse a las madres comunitarias como “meras voluntarias”, “trabajadoras gratuitas” y “filántropas que necesita la sociedad para vivir” (Camacho, comunicación personal, agosto de 2012; Navarro, comunicación personal, noviembre de 2012).

En este contexto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-628 de agosto de 2012, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, ordenó al ICBF regularizar en un plazo no mayor a seis meses la situación de cada una de las madres comunitarias del país. Según la sentencia, el ICBF debe coordinar el trabajo interinstitucional para garantizar que todas las mujeres que ejecutan esta labor devenguen, al menos, un salario mínimo como compensación al trabajo que realizan para la comunidad y el estado (Ardila Trujillo, comunicación personal, enero de 2013; Sentencia T-628 de agosto de 2012, MP Humberto Sierra Porto).

En octubre de 2012, el ICBF empezó a socializar la estrategia de implementación de la sentencia. Según la opinión de varios funcionarios (Camacho, comunicación personal, agosto de 2012; García, comunicación personal, agosto de 2012) y las intervenciones del director del ICBF, Diego Molano, en el Senado de la República, el 4 de noviembre de 2012, las madres comunitarias pierden con este nuevo esquema, ya que se las vinculará como prestadoras de servicios públicos y no tendrán derecho a las prerrogativas actuales (i.e. bonificaciones y aportes a pensión por parte del ICBF). En palabras de Molano, cada madre recibirá ahora menos porque el pago de parafiscales estará a su cargo<sup>9</sup>.

Sin embargo, y como ejemplo, en noviembre de 2012, en una de las últimas visitas del trabajo de campo, vimos que una de las madres comunitarias observadas les daba a sus vecinas actualizaciones informales y entusiastas respecto a la noticia de su presunta contratación.

Mientras este debate continúa, los ICBF siguen siendo uno de los programas más populares en el país. La figura de la madre comunitaria parece funcionar como centro de poder en muchos de los escenarios donde hasta los curas manifiestan que “el estado no llega” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012). El estudio de caso desarrollado muestra que las madres comunitarias son percibidas como uno de los pocos agentes del estado visibles en sectores periféricos del territorio nacional, como lo son

---

<sup>8</sup> Véase diario *El Tiempo*, “1100.000 de niños, sin clases por paro de madres comunitarias” (2012).

<sup>9</sup> Intervención de Diego Molano en el Senado de la República, domingo 4 de noviembre de 2012.

las localidades de San Cristóbal sur, Suba, Simón Bolívar y San Cristóbal norte en Bogotá y El Espinal (Tolima). En varias de las conversaciones informales sostenidas con los beneficiarios del programa, el ICBF —que se conoce solo por el logo de la camiseta de la madre comunitaria— es la única manifestación pública que tienen muchas personas dentro de su contexto cotidiano. Desarrollaré este y otros hallazgos de la investigación en las secciones siguientes.

### **Las madres comunitarias: entre lo público y lo privado**

Como se plantea en el capítulo 3, pese a que el régimen jurídico de las madres comunitarias ha sido un campo de batalla jurisprudencial, la interpretación restrictiva de la Corte Constitucional frente a su estatus como trabajadoras independientes del estado no necesariamente se ha convertido en una “pérdida”. Esta sección mostrará cómo las diecisiete madres comunitarias observadas utilizan de manera instrumental y estratégica la ambigüedad de su vínculo con el ICBF y la decisión de la Corte Constitucional al respecto. Son estado cuando pueden ganar al identificarse como funcionarias públicas, pero asumen posturas críticas frente al estado, o se presentan como abandonadas por el mismo (o sus víctimas), cuando esto les resulta conveniente para ganar capital simbólico, político o económico. Además, esta sección explicará que las madres comunitarias hacen parte de una burocracia flotante que renta tanto de la posición simbólica de cercanía frente al estado como de los discursos de su precariedad. Esto tiene que ver con la caracterización misma de los HCB como un espacio de intersección entre el estado y el mercado, y con los arreglos legales que se han desarrollado para, precisamente, crear ambigüedad frente a la obligación del estado en el cuidado infantil.

Las madres comunitarias se benefician de manera paralela de pertenecer y no pertenecer al estado. El uso instrumental del sector de frontera entre lo público y lo privado puede reconocerse en sus propias manifestaciones: “A veces es bueno estar en el limbo en el que estamos, [porque] usted da palo cuando tiene que dar palo, se hace la pobrecita cuando toca, o se deja felicitar cuando hay cosas buenas que decir” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012). Pese a la ambigüedad de su condición, las madres comunitarias observadas conocen perfectamente cuáles son los defectos del régimen que las regula:

La característica del programa nace como una labor social voluntaria, entonces, como nosotras somos voluntarias solidarias, como nosotras somos muy madres, más madres de lo que somos, entonces no tenemos ningún vínculo laboral ni con el Instituto ni con la Asociación o la entidad contratista, no hay ningún vínculo laboral [...]. Es un contrato de aportes entre el Instituto y la entidad contratista, ¿quiénes son las entidades contratistas? [...] O bien la asociación de padres de familia de los niños que están en los

hogares o una caja de compensación o una ONG o una cooperativa. La lucha de nosotras sigue siendo que los hogares deben seguir siendo administrados por la comunidad para que no pierdan su trabajo comunitario (Arango & Molinier, 2011).

El carácter de funcionarios flotantes y callejeros es aprovechado de muchas maneras por las madres comunitarias participantes en el estudio de caso. Todas reconocen que usan la camiseta del ICBF a diario porque el símbolo de la agencia gubernamental les entrega una autoridad simbólica necesaria para ejercer su labor: “Una es como un policía, lo ven con la camiseta y lo respetan” (Arango & Molinier, 2011). El símbolo estatal disuade incluso a atracadores y bandidos, como lo narra una madre comunitaria FAMI: “[...] varias veces me han intentado atracar y cuando ven la camiseta del ICBF dicen, uy, esta vieja es del Bienestar, dejémosla sana” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012).

El vínculo con los HCB también lo utilizan como un mecanismo de empoderamiento. Ser madre comunitaria resalta y potencia sus cualidades de lideresas colectivas y agentes de trámite de los problemas sociales. Ellas son interlocutoras directas de los organismos públicos, aparecen como el centro de la política de primera infancia en el ICBF y son incluidas de diferentes maneras en la planeación de la política pública del ICBF, así como en las técnicas y programas que la misma entidad tiene para generar un sentido de identidad. Al respecto, la investigadora del Centro de Estudios de Desarrollo Económico de la Universidad de los Andes (CEDE) Raquel Bernal menciona: “Lo impresionante del programa HCB es que las madres están en el centro de todo. Tú vas a reuniones en el ICBF y todo gira en torno a la madre [...] cómo tener contenta a la madre, la madre se está quejando, la madre quiere [...] De muchas maneras los niños quedan en un segundo plano y el rol de la madre se sobredimensiona en la política pública” (Bernal, comunicación personal, enero de 2013).

Las madres comunitarias también se posicionan como agentes de trámite de los problemas sociales. En una de las observaciones realizadas a las visitas de una madre comunitaria FAMI a familias de escasos recursos que viven a orillas del río Magdalena, vi con sorpresa que en la pared de la casa de Ángela<sup>10</sup>, una niña de catorce años al cuidado de cuatro hermanos menores de seis años y su propia hija de dos meses, estaba llena de notas de la madre comunitaria. Estas reproducían los requisitos para el registro de la niña recién nacida, las fechas de las citas al médico y de presentación para acceder al programa “Más Familias en Acción”, una cartulina que recordaba no usar pólvora en Navidad para no violar el derecho de los niños, entre otros muchos papeles desordenados también colocados ahí por la madre comunitaria (Diario de campo, diciembre de 2012). La madre comunitaria tenía un discurso “legalizado”.

---

<sup>10</sup> Se cambiaron los nombres de las entrevistadas.

También vi cómo le explicaba a Ángela con mucha claridad que debía presentarse con prontitud a la oficina de registro y llevar allá los documentos que le habían dado en el hospital, lo que debía responder a las preguntas que le harían y cómo debía llevar presentada a la niña. Ángela la escuchaba con mucha atención y respeto. Cuando le pregunté a Ángela por su percepción de la madre comunitaria, me dijo que ella estaba segura de que Ligia era muy importante porque hacía preguntas que nadie hacía, daba recomendaciones esenciales y siempre sabía cómo conseguir las cosas: “Por ejemplo, ella me dice qué es lo que tengo que hacer en el pueblo con la niña, cómo puedo estar mejor, cómo cuidar a mis hermanos respetando sus derechos, esas cosas” (entrevista realizada en El Espinal, 2012). Esa misma dinámica se replicaba en algunas localidades de Bogotá, donde las usuarias de los hogares comunitarios siempre se referían a las madres comunitarias como “unas verdaderas líderes para la comunidad, unas mujeres trabajadoras que nos ayudan con el cuidado de los niños y nos orientan, no solo en la educación sino en los mecanismos para ahorrarse trámites y sacarle jugo a algunos beneficios que uno desconoce” (entrevista a usuaria en San Cristóbal sur, 2012).

En los barrios y en las casas de los beneficiarios, contar con el conocimiento de las madres comunitarias respecto a dónde ir para conseguir algún documento o qué hacer frente a determinada circunstancia es el único contacto con trámites burocráticos lejanos y confusos (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012). Ese rol de la madre comunitaria como “experta en trámites legales” fue algo que empecé a entender cuando una de las personas del ICBF que estaba gestionando mi acceso a los HCB de Suba, en Bogotá, me pidió que les hiciera a las madres una capacitación sobre el derecho de petición y los nuevos cambios en la Ley 1437 de 2011: “[...] eso a ellas siempre les interesa, hacer ese intercambio es la única manera de que le hablen de lo que les pasa” (Camacho, comunicación personal, noviembre de 2012).

Para las madres comunitarias entrevistadas pertenecer a los HCB también aumenta su autoestima, amplía su red de apoyo y esclarece su proyecto de vida. En las conversaciones, con frecuencia reconocieron que este rol había ayudado a mejorar su autopercepción. Muchas de ellas dijeron haber superado escenarios de violencia intrafamiliar o el abandono de sus parejas gracias al vínculo con el programa. Esto indica que las madres comunitarias también “capitalizan” elementos que no están visibles cuando se hacen los análisis del lugar social. El afecto de los niños, el apoyo de la red de otras madres comunitarias, la construcción de una propia valía en torno a su utilidad como madres comunitarias, sentirse necesitadas y queridas son elementos que también están en juego dentro de los HCB.

De lo anterior es posible concluir que las madres comunitarias se acercan o alejan del estado para legitimar su posición y ganar distintos capitales:

económicos, sociales, simbólicos. Por ejemplo, son parte de lo público cuando están dando razones para legalizar su contrato laboral; aquí es conveniente mostrar la subordinación y control que ejerce el ICBF sobre ellas, y lo saben. Pero se distancian cuando necesitan legitimar posiciones de reclamo propias o de los ciudadanos (Diario de campo, octubre de 2012). Esta sección muestra, entonces, cómo la escena de los HCB contiene no solo espacios de opresión para las mujeres sino espacios de oportunidad, en los que ellas despliegan su agenda, reciben afecto y “capitalizan” elementos no visibles para los análisis que únicamente destacan sus pérdidas dentro de esquemas de opresión.

### **El comportamiento de las madres comunitarias frente a las normas**

La existencia de reglas expresas que regulan los actos de las madres comunitarias es una paradoja si se tiene en cuenta la ambigüedad de su vinculación con el estado (véase capítulo 3). Pese a esto, el ICBF ha diseñado un documento legal que actúa como marco regulatorio de las acciones de las madres comunitarias conocido como “Lineamiento técnico administrativo, modalidad hogares comunitarios de bienestar en todas sus formas (FAMI, familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad”. Este documento dirigido y oponible a las madres comunitarias y a los funcionarios vinculados con esta política pública, menciona el perfil de una madre, las minutas de alimentos que debe seguir dentro de su hogar, cómo debe disponer su espacio, cómo debe registrar el ingreso de los niños, cuáles son las actividades pedagógicas y protocolos de atención que debe implementar y sus obligaciones, quién puede supervisar su acción, entre otros. El lineamiento técnico es un documento de 452 páginas, actualizado con alguna regularidad por el ICBF; la última versión disponible y suministrada por la entidad es de marzo de 2011 (ICBF, 2011).

Sin embargo, los resultados del estudio de caso sugieren que la cotidianidad en los HCB no está mediada por dicho lineamiento técnico de la manera esperada. Las observaciones realizadas en Bogotá y El Espinal indican la existencia de escenarios que constituyen la excepción a esas normas. Por ejemplo, se presentan situaciones de trato asimétrico en razón de la cercanía familiar o emocional de la madre comunitaria con la familia del menor registrado en el HCB. En algunos casos, los requisitos de acceso de los niños no son los previstos<sup>11</sup>. Algo similar ocurre con los horarios de atención: algunos niños llegan antes y se van después de la jornada gracias a

---

<sup>11</sup> En la sección “Las decisiones de las madres: discrecionalidad y agencia” se analizan las decisiones de las madres comunitarias observadas en cuanto al ingreso de los niños beneficiarios y la distribución de beneficios.

transacciones informales que las beneficiarias del programa tienen con las madres comunitarias. Cuando se aborda este tema ellas responden: “[...] claro, uno hace favores. Dígame yo cómo no le cuido el niño a mi hermana hasta la noche si sé que ella tiene que trabajar, mejor dicho [...] eso está ya por fuera de mi trabajo y yo lo asumo como un favor familiar, pero nada tiene que ver con que el niño esté en la mañana como un beneficiario del programa” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

Otras situaciones confirman que la cotidianidad de los HCB observados no se desarrolla conforme lo indica el lineamiento técnico. El número de niños recibidos no necesariamente coincide con la cifra indicada; puede haber cinco niños o más en cada hogar. Los protocolos de atención no son aplicados de manera precisa, ya que no siempre la madre cuenta con la auxiliar de apoyo ni con los recursos necesarios para seguir al pie de la letra las instrucciones (Diario de campo, octubre de 2012). Además, muchas de las madres comunitarias que participaron en el estudio de caso admiten no conocer el lineamiento técnico, sin embargo, todas reconocen que lo han estudiado por medio de las capacitaciones que los centros zonales dan al respecto: “Me va a decir que usted ya se sabe el lineamiento”, “¿usted ya se leyó el lineamiento, doctora?”, “ni el ICBF sabe qué es el lineamiento”, “el lineamiento es muy largo y ni siquiera las supervisoras lo conocen”, “a qué horas me voy a leer el lineamiento si trabajo hasta las 5 pm y tengo que atender a mi esposo”, “yo la verdad nunca he abierto el lineamiento, no lo tengo, solo tengo las hojas que nos dan en las capacitaciones”<sup>12</sup>.

La distancia que se percibe en los HCB observados entre las normas y la cotidianidad da cuenta del carácter discrecional y contingente de las decisiones de las madres comunitarias. Dado que entienden su rol como algo inherente o natural a su identidad de madres, el manejo de las decisiones cotidianas no puede ser anticipado de ninguna manera:

¿Cómo así que qué decisiones tomo como madre comunitaria? [...] Ah, pues yo veo qué hago de comer, veo qué hago con los niños, qué juegos les hago, cómo mando a la auxiliar [...] Sí, también decido a qué niño recibo y qué niño no recibo, porque también uno se puede meter en problemas recibiendo a niños de familias problemáticas [...] sí, eso de recibir a niños de las trabajadoras sexuales es problemático, yo tuve uno y me di cuenta de eso después de tenerlo, y al principio pues me hice la boba, pero después ahí uno poquito a poquito se va dando sus mañanas para sacarlo (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

Paradójicamente, para algunas de las madres comunitarias participantes en el estudio de caso, la discrecionalidad convive con la percepción de que existe un exceso de vigilancia y control por parte de diferentes entidades del estado:

---

<sup>12</sup> Fragmentos de entrevistas y grupos focales.

[...] Nosotras estamos regidas por muchas leyes y acuerdos que tiene el Instituto, estamos regidas por el Instituto, por la Procuraduría, por la Fiscalía, por la Defensoría del Pueblo, el Sena, Salud, todo el que quiera llegar de 8:00 am a 4:00 pm, puede llegar, a pedir cuentas, yo soy voluntaria pero tengo puestas unas normas que debo cumplir [...]. Todo lo que ustedes ven en un hogar comunitario es impuesto por el Instituto, todo, la minuta, la cobertura, todos los documentos: la hoja de asistencia, la de talla y peso, todo, todo bien en modelo y todo debo cumplirlo al pie de la letra (Arango & Molinier, 2011, p. 299).

Sin embargo, la relación con la supervisión también es ambigua. La mayoría de madres afirman que “sienten” el control del estado, al tiempo que narran como una excepción las visitas del ICBF o las interpretan como una intromisión inusual dentro de sus labores: “[...] por ejemplo, yo sé de una compañera a la que le hicieron visita por una queja de un padre en el centro zonal [...] tenaz porque le llegó gente del ICBF varios días de la semana y miraron todo” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). Esta cita muestra que las visitas del ICBF no son frecuentes porque la remisión de la madre comunitaria a ellas es indirecta (le pasó a una compañera y no a ella), incluso podría pensarse que son excepcionales dado el tono de sorpresa que se percibe el comentario.

El alto grado de discrecionalidad que reportan las madres comunitarias indica que la manera en la que se relacionan con el lineamiento técnico no está dentro del esquema de seguimiento al estatuto previsto por la teoría de la administración pública weberiana. Los protocolos de atención diseñados por el ICBF cuentan con mecanismos de socialización paralelos que no coinciden con la relación directa entre burócrata y estatuto prevista por Weber. Las madres constantemente se refieren a las reuniones de capacitación, talleres en el centro zonal y reuniones con las asociaciones —entre otros escenarios— por medio de los cuales el “contenido” de la norma es socializado: “[...] uno no necesita leer el lineamiento porque el bienestar nos da unas horas obligatorias de capacitación donde nos explican qué es lo que debemos hacer”; “puede que usted no se recite la norma pero la directora de la asociación sí, yo, por ejemplo, cualquier duda voy y le pregunto a Angelita, que es nuestro soporte en esos temas” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012).

La mayoría de las madres comunitarias del estudio de caso reconocen que no saben cómo llenar los formatos solicitados y escriben cualquier cosa, solo para cumplir los requisitos de controles esporádicos, aunque saben que las trabajadoras sociales del ICBF nunca leen el contenido de los documentos. Tal y como lo manifestaba una madre comunitaria: “Esos papeles son para justificarles el trabajo y la plata de ellos, pero eso nadie los lee, nadie los entiende” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). A ello, además, se suma la dificultad para controlar un universo tan vasto y heterogéneo: no hay quién supervise la totalidad de los ICBF porque simplemente su dimensión desborda la estructura burocrática del ICBF.

El estudio de caso revela, entonces, que las madres comunitarias tienen un comportamiento preciso frente a los lineamientos técnicos y los demás cuerpos normativos que orientan su acción: o no los conocen o los experimentan como un mero seguimiento a las reglas de procedimiento establecidas por el ICBF (minuta alimentaria y planeador de actividades). Esto último lleva a pensar que los escenarios de alta discrecionalidad, como el de los HCB, pueden ser revestidos de legalidad al reducirlos a su sentido procedimental, sin que ello implique una sujeción de fondo de las decisiones. La legalidad es, entonces, un proceso, un ritual, una forma que se deriva de decisiones discrecionales.

Todas las manifestaciones anteriores tienen al menos dos conexiones con la noción amplia de discrecionalidad que he discutido en la sección anterior. Primero, las madres comunitarias no son discrecionales en el sentido en el que la teoría jurídica se aproxima a la noción, situando la decisión discrecional por fuera de la legalidad. Ellas construyen el principio de legalidad en lo cotidiano, por lo que el análisis de su decisión desborda la dicotomía discreción/legalidad. Segundo, las madres comunitarias no son discrecionales en el sentido en que el derecho administrativo clásico entiende la discrecionalidad, como una técnica. Ellas toman las decisiones como sujetos particulares en determinados contextos y no como expertas en cuidado infantil. Como burocracias callejeras no producen decisiones cobijadas por algún conocimiento especializado o experticia. Sus decisiones son producto de las interacciones concretas que tienen en situaciones particulares con los usuarios del programa.

## LA POLÍTICA PÚBLICA Y SUS BENEFICIARIOS

Los HCB me dieron una lección clara y es que la “línea estratégica para la primera infancia” no giraba solo en torno a la primera infancia, como lo habían mencionado varios de los funcionarios entrevistados en el ICBF y se documenta bien en las más de cuatrocientas páginas del lineamiento técnico del programa. Los HCB tienen un beneficiario adicional pero invisible: las mujeres. Esto es, las amigas, familiares y vecinas de la madre comunitaria que no tienen con quien dejar a sus hijos mientras trabajan, así como la madre comunitaria misma (*véase* sección “Las madres comunitarias: entre lo público y lo privado”).

Así, entre las preguntas que indagaban por el rol público de las madres comunitarias y por los efectos de la terminación del programa, ellas siempre respondían con algo común: “[...] es claro que ellas ayudan a otras mujeres y es claro también que si ellas no existieran las mujeres tendrían más preocupaciones para poder trabajar y ganarse la vida” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012). En este sentido, los HCB permiten que las madres de los niños beneficiarios sean más competitivas en el mer-

cado de labor. Pese a que las direcciones del ICBF a veces estipulan horarios contrarios a la jornada laboral, las madres comunitarias hacen uso de su discrecionalidad para extender de manera informal los horarios en algunos casos y lograr que las madres de los niños realmente superen la desventaja derivada del trabajo de cuidado. Esto implica que las madres comunitarias tienen un alcance no documentado dentro de los análisis de la implementación del programa, alcance que las posiciona como verdaderas creadoras de política pública callejera. En este sentido, ellas no aplican exclusivamente una política social para la infancia, tal y como lo sugiere el análisis *top-down* de la política pública, sino también una política de género enfocada en la conciliación del trabajo productivo y reproductivo de sus redes de apoyo<sup>13</sup>.

En el sentido anterior, las madres comunitarias expresaron: “[El ICBF no lo reconoce pero] el programa se creó debido a la necesidad que se vio en las comunidades de que las madres salían a trabajar y no tenían con quien dejar sus hijos, entonces todas las mujeres nos organizábamos y las apoyábamos en esta crianza con los niños; de allí fue donde nació el programa de hogares comunitarios” (Grupo Focal en El Espinal, Tolima, noviembre de 2012).

Así como las madres comunitarias ayudan a otras mujeres, paradójicamente se perjudican en algunos aspectos al realizar su labor: su espacio y el de sus familias se ve reducido e invadido por, al menos, catorce niños diariamente, todas las cosas de su casa se dañan o deterioran más rápido y, con frecuencia, deben usar recursos propios para ayudar a los niños y madres que lo necesitan y sacrificar muchas noches esperando que una acudiente demorada llegue por su hijo. A pesar de ello, tal y como lo decía la madre comunitaria Ligia Espinoza, “al final uno sale ganando porque está en su casa, con sus hijos, viendo al marido y con el cariño de los niños” (Espinoza, comunicación personal, noviembre de 2012). Definitivamente el afecto de niños y vecinos es algo que las madres comunitarias suelen reportar como “ganancias”. En ese sentido, el trabajo con los niños tiene esa paradoja: genera constantemente costos “extra” pero, al mismo tiempo, genera réditos inesperados y satisfactorios.

El estudio de caso evidencia que las madres comunitarias han creado una política pública orgánica distinta a la prevista por el ICBF. En general, los resultados de la política pública de cuidado a la primera infancia son distintos a los previsibles por medio de las lógicas causales, pero no menos importantes. En esta nueva política pública creada desde abajo, el programa HCB no está dirigido exclusivamente a la primera infancia, sino también a las mujeres trabajadoras de clases bajas. Los HCB son una política pública de conciliación entre el trabajo productivo y el reproductivo, que permite

---

<sup>13</sup> Este tema se abordará de manera detallada en el capítulo 5: “Los dilemas de la política pública”.

a las mujeres de recursos escasos insertarse al mercado laboral, mientras las madres comunitarias ganan capital social y simbólico del ejercicio colectivo del trabajo de cuidado. Es decir, la adecuada alimentación y educación de los niños no es algo que esté en juego dentro de los escenarios reales de negociación, pese a ser el centro del diseño de la política pública del nivel central.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

Pese a que el juez constitucional y los funcionarios públicos relacionados con la ejecución de la política social dedicada al cuidado de la primera infancia han estabilizado una interpretación restrictiva respecto a la situación de las madres comunitarias en el campo legal, ellas siguen administrando un capital social y simbólico importante dentro de sus campos de acción, que permite que los beneficiarios del programa *НСВ* las reconozcan como representantes de lo público en su cotidianidad. Dentro de este contexto, las madres comunitarias utilizan de manera instrumental su condición de frontera entre lo público y lo privado. Así, ganan alternativamente tanto de ser conocidas como parte de un organismo público y una función social, como también del hecho de ser negadas o expulsadas del estado de manera constante.

Pero este no es el único nivel en el que las madres comunitarias ejercen agencia respecto de su rol. De manera paradójica, el *ICBF* ha acompañado su discurso de “las madres comunitarias son actores solidarios” con el de “los actos de madres comunitarias están reglados”. Lo contradictorio de la situación les permite a las madres comunitarias transitar con frecuencia entre narrativas que dan cuenta de lo reglado en la toma de sus decisiones cotidianas frente al programa y la discrecionalidad inmersa en su labor.

En ese sentido, el principio de legalidad actúa de dos formas en los *НСВ*. Funciona de la manera en que el legalismo liberal espera, recubriendo las actuaciones de las madres comunitarias con procesos, ritos y documentos emitidos por una autoridad pública. Pese a ello, el principio de legalidad opera como lo documenta el análisis distributivo, cuando se hace evidente que esas formas encubren una discrecionalidad de la madre que hace que sus decisiones, y el resultado mismo de la política social, sean impredecibles y contingentes, no controlables por el “derecho”, entendido como sistema.

En ese sentido, el guión “mi trabajo es ser madre” condensa la tensión entre el trabajo de cuidado como un trabajo no reglado y la regulación que quiere ejercer el *ICBF*. En la realidad, esas dos versiones del principio de legalidad compiten dentro de los roles de las madres comunitarias, quienes están regateando la legitimidad que la legalidad ofrece de manera constante, para obtener posiciones de ventaja. Es precisamente ese carácter

contingente del principio de legalidad lo que permite que la política pública para la primera infancia tenga más de un beneficiario dentro del escenario de implementación.

Dentro de este marco, el principio de legalidad no se percibe, entonces, como un mecanismo de control frente a la acción arbitraria del poder concentrado, ni como un mecanismo de certeza normativa, dado que, mientras el poder está disperso y se ejerce de manera descentrada, los cuerpos normativos son indeterminados. El estudio de caso de los HCB nos muestra cómo las nuevas realidades de la administración pública y del derecho administrativo tienen que dar cuenta de estructuras gaseosas donde la legalidad está en constante negociación, en escenarios que se mueven de manera inestable entre lo público y lo privado.



## **5. LOS DILEMAS DE LA POLÍTICA DE CUIDADO INFANTIL: LAS MUJERES Y LOS HIJOS EN LA POLÍTICA SOCIAL**

O los hijos o las madres. Ese parece ser uno de los dilemas clásicos de la política social de cuidado infantil, pese a que culturalmente no estamos acostumbrados a pensar en las madres y sus hijos como sujetos enfrentados (Fraser, 2013; Pitch, 2003). Después de todo, la vieja pregunta del feminismo socialista en torno a quién debe ser responsable de los hijos, si las madres o el estado, sigue siendo útil para evaluar muchos de los arreglos normativos que, con la rúbrica de la política social, reproducen la situación de desventaja de las mujeres.

El derecho ha reinventado muchas veces los mecanismos que producen lo femenino como algo de segunda clase. Como ya lo había dicho Mary Joe Frug (2006), la maternalización es uno de ellos. Se materniza cuando se produce lo femenino como algo esencialmente ligado a lo reproductivo, naturalizando la unión madre-hijo como un binomio central dentro de la producción jurídica contemporánea. El derecho civil, de familia, laboral, penal y las reglas de sucesiones son algunos de los campos normativos que ayudan a normalizar el vínculo pretendidamente inmanente y natural entre las madres y sus hijos.

En Colombia, la unión madre-hijo puede rastrearse también en varios de los programas sociales ejecutados como parte de la estrategia gubernamental para la lucha contra la pobreza. Más Familias en Acción y los Hogares Comunitarios de Bienestar son solo dos de ellos. Estos programas regulan la vida de las madres y de sus hijos, unificándolos como un mismo sujeto beneficiario. De muchas maneras seguimos pensando que ayudar a los hijos es también ayudar a sus madres y viceversa. Por esa razón, mediante la política pública se busca canalizar los beneficios dirigidos a la primera infancia alterando la vida de las madres (con más condiciones burocráticas que cumplir, por ejemplo) o entregándoles dinero para que lo reviertan en los hijos. Tal y como lo ha expuesto la motivación gubernamental frente al fortalecimiento de los subsidios condicionados en el

caso del programa “Más Familias en Acción”, darles la plata a las madres es bueno porque se ha demostrado que son ellas, y no los padres, quienes invierten más dinero en el hogar: gastan más en alimentación, salud, educación y diversión de los miembros de sus familias (DNP-Acción Social, 2010).

Sin embargo, el análisis de la situación actual del programa HCB me obliga a insistir en una vieja alerta feminista (*véase* capítulo 4): madres e hijos no son lo mismo, ni ganan al mismo tiempo (Pitch, 2003). Por el contrario, mejorar la situación de los niños muchas veces implica empeorar sin remedio la vida de sus madres, lo cual también funciona al contrario: mejorar la vida de las madres puede llevar a empeorar las condiciones de sus hijos. Dado que madres e hijos no son lo mismo ni deben ser vistos como dos sujetos indisolubles, el derecho hace daño cuando produce la identidad social femenina en función de un solo rol, ser madre, y distribuye en consecuencia los recursos (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo, 2013).

Al respecto, la situación actual del programa HCB señala que, pese a ser un programa cuestionable en cuanto al impacto sobre la primera infancia (Bernal *et al.*, 2009; Hoyos, 2002; ICBF, 1997, 2012), es una política social que ayuda a las mujeres de estratos bajos a insertarse en el mercado laboral y ha probado su éxito como una medida de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo (Diario de campo, noviembre de 2012; Serrato, 2008). Así, mientras que las evaluaciones de impacto del programa muestran que tiene resultados cuestionables frente a la salud, la educación y las habilidades psicosociales de los niños beneficiarios, el trabajo cualitativo con las madres visibiliza que esta clase de programas sirve para desarrollar políticas favorables a las mujeres. No solo las madres comunitarias son un ejemplo positivo de liderazgo local femenino, sino que el programa también ayuda a las mujeres madres de los niños beneficiarios a insertarse de manera efectiva en trabajos mejor remunerados, que optimizan su percepción de sí mismas, su posición de negociación en el hogar e incrementan su nivel de ingresos, lo cual aumenta correlativamente su sensación de bienestar y calidad de vida (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012; Serrato, 2008).

Lo opuesto sucede con el programa “Más Familias en Acción”, del Departamento para la Prosperidad Social (DPS). Mientras los datos cuantitativos del gobierno muestran el impacto positivo de las condiciones en la talla, peso y cobertura educativa de los niños beneficiarios del programa del DPS, muy poco se ha dicho en torno al incentivo negativo que el programa genera sobre la vida de las mujeres (Alviar & Jaramillo, 2012). Pese a ello ya algunas voces empiezan a develar el efecto de esa clase de subsidios de “premio a la maternidad”, por ejemplo, sobre los índices de embarazo adolescente (Góngora, 2013). Por otro lado, la paradoja del embarazo adolescente revela cómo la tensión entre dos sujetos protegidos (una niña

que espera otro niño) se resuelve anulando el estatus de sujeto protegido de la niña madre. Como madre, ya no tiene los derechos que cobijan a los niños: no importa su educación ni su desarrollo. Importa que pueda criar al hijo que espera. Solo las niñas madres pueden dar cuenta exacta de cómo es mucho mejor ser un niño que una madre dentro del sistema (Góngora, 2013; Jaramillo, 2013).

Sin embargo, no existen muchas investigaciones en torno a la incidencia de los trámites burocráticos en la vida de las mujeres beneficiarias de los recursos. Para mantener el beneficio, las mujeres que reciben el subsidio del programa “Más Familias en Acción” se dedican a ser únicamente madres porque el trabajo de cuidado ocupa una gran cantidad del tiempo de su existencia: llevar a los niños a la escuela, al médico, alimentarlos de manera adecuada, hacer las filas necesarias para la renovación, estar pendiente de las modificaciones del programa, pedir las citas de actualización, entre otras muchas tareas derivadas del trabajo reproductivo. Tal y como lo dicen ellas mismas: “¡Ser madre sí paga... pero, carajo, sí que cuesta!” (entrevista a beneficiaria, 2013).

En este capítulo mostraré cómo el derecho y las políticas públicas han producido este vínculo aparentemente indisoluble entre madre e hijo mediante la regulación del trabajo reproductivo. Para ello, primero, utilizaré las aproximaciones principales del feminismo al tema del trabajo doméstico, para evidenciar cómo se constituye el mapa de actores y cuáles son los bienes en juego dentro del debate de la economía del cuidado. Segundo, explicaré cómo las reglas jurídicas vigentes crean la situación de opresión de las mujeres, derivada de la carga adicional que implica el trabajo reproductivo. Tercero, y de la mano del análisis distributivo del derecho, mostraré cómo la política social ha escondido el intenso conflicto entre madres y niños beneficiarios del cuidado. En la última sección incorporaré un análisis de los planteamientos de los principales programas de cuidado de niños en Latinoamérica, para explicar su desarrollo alrededor de la idea del vínculo indisoluble entre madre e hijo<sup>1</sup>.

## LOS FEMINISMOS Y EL DEBATE DEL TRABAJO DE CUIDADO

Janet Halley (2008) caracteriza al feminismo por su adherencia a tres proposiciones: (i)  $M$  (hombre, macho, masculino, proveedor, activo, etc.) es distinto a  $f$  (mujer, hembra, femenino, cuidadora, nutricia, pasiva, etc.); (ii)  $M > f$ ; y (iii) hay que estar a favor de  $f$ . En su opinión, adherir a estas proposiciones invita a ubicarse en un lugar reactivo frente a lo que ella llama

<sup>1</sup> Una versión preliminar de esta sección fue publicada en la revista de *Estudios Socio-Jurídicos* de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Volumen 14, Número 2 (jul-dic 2012), con el título: “El precio de la desigualdad. Análisis de la regulación del trabajo doméstico desde el DDL”.

el “trío de la injuria”, descrito de la siguiente manera: las mujeres *sufren daños*, las mujeres *son inocentes* y los hombres *son inmunes* (no sufren ningún daño).

El análisis de la regulación del trabajo doméstico por parte del derecho empieza por visibilizar cómo, en materia de sexualidad, son las mujeres las que asumen los riesgos y perjuicios, mientras los hombres salen ilesos, como bien lo decía Halley (Halley, 2008; Jaramillo, 2007a). De acuerdo con Frances Olsen (2000), el escenario de opresión de la mujer donde el trabajo doméstico aparece como un dispositivo de subyugación es la dicotomía familia/mercado<sup>2</sup>. La opresión se construye de acuerdo con el discurso que excluye a la familia del mercado, ubica a la mujer como dueña y señora de la primera y, por tanto, la segrega de las lógicas de la competencia y la construcción de riqueza, “valiosas” dentro del sistema en el que vivimos. La familia le quita tiempo y energía, lo que le impide participar en los acuerdos de distribución generados en el mercado. Ello implica que, por oposición al mundo de la productividad, la mujer tendrá que desarrollarse en un espacio de cuidado donde impera la lógica del altruismo, siendo socialmente “relevante” pero económicamente “improductiva” (Fraser, 2013; Olsen, 2000; Perkins, 2008).

De acuerdo con Olsen, las reformas legales reproducen el efecto ideológico que crea la dicotomía familia/mercado y están encaminadas a producir esta diferenciación artificial. Buscan “darle igualdad” a la mujer, “visibilizar su opresión” o “darle voz a su silencio”, pero en realidad están construidas para favorecer un universo eminentemente masculino. Es decir, crean sujetos al mismo tiempo que suponen la existencia natural de los dualismos y esconden la contingencia y artificialidad de esta clase de acuerdos jurídicos (Olsen, 2000; Pitch, 2003; Silver, 1993). Las visiones simbólicas resultan, entonces, nocivas para las mujeres porque oscurecen el escenario real de las transacciones involucradas en la economía del cuidado. Ubicar la comprensión de la domesticidad en el lado de la dicotomía dominada por las lógicas del “altruismo” implica una movida ideológica que esconde a los agentes, que ganan al imponer la realización del trabajo de cuidado como un *deber* para las mujeres (Fraser, 2013).

La manera en la que los agentes se sitúan frente a las obligaciones del trabajo doméstico se correlaciona con el posicionamiento ante la domina-

<sup>2</sup> Para Olsen, la opresión de la mujer está fusionada en un sinnúmero de dualismos como familia/mercado, productivo/reproductivo, estado/sociedad civil, público/privado, altruista/individualista, racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/ subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Dos características de los dualismos resultan útiles para la presente exposición. Primero, todos los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como masculino es privilegiado como superior; mientras que el otro es considerado negativo, corrupto o inferior (Olsen, 2000).

ción y el poder de negociación que las partes tienen socialmente. Ubicar a la mujer en la familia o imponerle el deber de responder por el rol de cuidado, si decide excluirse de su rol económico, la ubica en escenarios de pérdida de recursos y poder de negociación, lo cual construye su identidad como un sujeto dependiente. El tiempo que ella invierte en cumplir su deber de cuidado le genera costos adicionales para lograr estar mejor situada en los escenarios de distribución de recursos (Hirschmann & Liebert, 2001).

Para analizar la manera en la que el derecho construye la subjetividad femenina inmersa en los programas de los НСВ, adoptaré la perspectiva del feminismo socialista<sup>3</sup>, acompañada por el análisis feminista del derecho que hacen Mary Joe Frug y Duncan Kennedy dentro del feminismo legal posmoderno<sup>4</sup>. Con ello me interesa mostrar cómo el derecho interviene en la creación de los sujetos que regula, construyendo la identidad femenina para la subordinación y creando sistemas normativos que hacen costoso para la mujer acceder al mundo del mercado. En esa lectura, la regulación del trabajo de cuidado es importante porque en ella se concentra un escenario de generación de daño sin compensación: los hombres disfrutan de los bienes producidos por las mujeres a costa de su sacrificio, sin pagar nada a cambio. Esto es permitido porque el derecho ha construido al trabajo doméstico, en la reglamentación indirecta, como un *deber* de las mujeres, natural a sus condiciones de existencia. En la siguiente sección abordaré la manera como el derecho ha producido el trabajo doméstico como un deber de las mujeres.

---

<sup>3</sup> Para el feminismo socialista, el trabajo doméstico está en el centro del debate feminista, que entiende la opresión de la mujer como un efecto de la división entre trabajo productivo y reproductivo generado por el sistema de propiedad privada y los procesos de producción propios del capitalismo industrial. De acuerdo con las reflexiones de Engels, el patriarcado —entendido como la estructura de exclusión de las mujeres de los centros públicos donde ocurre la producción del capital económico— es la causa principal de la desigualdad femenina (Alviar, 2008). La alternativa para salir de la dominación es la lucha en contra de la propiedad privada y la permanencia del capitalismo.

<sup>4</sup> Para Isabel Cristina Jaramillo, el feminismo legal posmoderno de Frug y Kennedy muestra cómo las posiciones de negociación de hombres y mujeres son definidas por normas jurídicas. El derecho es importante para los estudios de género porque las posiciones que define en cada situación particular están relacionadas con muchas situaciones de negociación a la vez. La regulación de la violencia doméstica se relaciona no solo con el derecho penal, sino con el derecho de familia, el laboral, la aproximación a la propiedad privada, entre otros. Si esto es así, las negociaciones que efectuamos con nuestros esposos para determinar la titularidad de un inmueble está relacionada con las posiciones que nos ha asignado lo jurídico en las diversas especialidades del derecho. Para ilustrar lo anterior, Jaramillo cita este párrafo de Kennedy: "Puede ser que los hombres no violen o amenacen con violar a sus mujeres en los conflictos sobre quién debe realizar las labores domésticas, pero los hombres que categóricamente renuncian a violar a las mujeres lo hacen como parte de un complejo negocio con ellas que afecta quién hace cuánto trabajo doméstico. Parece plausible que los hombres logren mayor cooperación de las mujeres, a cambio de no violarlas, de la que lograrían si la idea de que los hombres son potenciales violadores no fuera parte de nuestra cultura. Puesto que podemos imaginarnos un programa legal que redujera radicalmente la incidencia de la violación, el impacto de la violación sobre el poder de negociación relativo de los hombres no violentos y de las mujeres es una función del sistema legal (Duncan Kennedy, como se cita en Jaramillo, 2007a, p. 37).

## LA CONSTRUCCIÓN DE LA MUJER POR EL DERECHO: MADRE/CUIDADORA/NUTRICIA

En la perspectiva que acoge al derecho como productor de sujetos (Foucault, 1988), el discurso de la identidad femenina se ha estabilizado en torno a los patrones de la maternidad, el cuidado y la reproducción, como pares artificialmente opuestos a la agencia, el mercado y la producción (Olsen, 2000). El derecho construye la identidad femenina mediante dispositivos que administran su existencia con patrones de debilidad y de dependencia, suponiendo, estandarizando, normalizando y naturalizando que la mujer tiene un perfil específico: ella está anclada al hogar porque la limpieza, el cuidado y la cocina *se le dan* por naturaleza (Perkins, 2008). Vive a expensas de su proveedor hombre, quien, además, es un ser lo suficientemente apto para competir en el mercado y generar más riqueza de la que podría lograr ella. En el ámbito social depende de la posición alcanzada en el mercado por su padre/marido, antes que de la posición que pueda agenciar ella misma. En el mundo del derecho, la mujer está subordinada al hombre: tiene su apellido, produce menos, vive de él, es su beneficiaria en los sistemas de bienestar, y sus hijos dependen del estatus generado por él. Su existencia se deriva de los bienes que él provee (Abramovitz, 1996a; Fraser, 2013).

La construcción legal de este tipo de identidad femenina altera el poder de negociación de las mujeres en la realidad, tanto para los sujetos femeninos producidos dentro del tipo estandarizado (amas de casa), como para los que no lo son, estando indistintamente posicionados (madres solteras o mujeres trabajadoras). Ellas resultan afectadas porque el derecho funciona como factor de distribución de recursos y de poder cuando crea incentivos suficientes para que todas seamos *esa mujer*. Para aquellas que deciden salir del entorno doméstico, los costos son igualmente altos: por un lado, asumen una identidad victimizada, producto de las altas pérdidas sociales de “vivir incompleta sin un hombre” (el caso de las madres solteras); por otro, aceptan los grandes costos de transacción que genera salir al mundo del mercado (el caso de las mujeres trabajadoras): menos salarios por igual trabajo que su par masculino, desgaste de la doble jornada, desamor de los hijos, repudio de sus maridos/padres y familiares, solo por mencionar los efectos más visibles (Fraser, 1990).

El derecho produce la identidad de las mujeres/madres como sujetos dependientes en tres pasos fundamentales: (i) construye la mujer como sujeto universal abstracto; (ii) reconoce la existencia de normas que no la afectan de manera directa, pero determinan el poder de negociación correlativo que crea el derecho para los agentes involucrados. En ese paso deberán ser visibles las normas que transversalmente identifican a la mujer dentro del régimen como un sujeto dependiente y cuidador; y (iii) visibiliza las

implicaciones de esas normas en la configuración del trabajo doméstico como un *deber femenino* (Perkins, 2008, p. 22). El principal factor para que las mujeres sufran daños por la domesticidad, sin ser compensadas por el sistema legal, lo constituye el que el trabajo de cuidado sea construido como un deber de la mujer, derivado de la construcción naturalizada de la identidad.

## La mujer como sujeto universal

Una de las movidas populares de los estudios legales críticos en contra del liberalismo es denunciar la construcción de sujetos universales y abstractos que nos impiden ver las identidades concretas que produce el derecho (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo, 2013). Por ejemplo, nos referimos a acreedores o deudores como si fueran categorías neutrales que no remiten a sujetos particulares, con una posición económica, materialmente situados, con recursos y agendas propias. A la mujer le sucede algo similar en el mundo del derecho: ha sido universalizada como madre. Cuando esto sucede, se desconoce que existen muchas mujeres por fuera del escenario que la ley está describiendo cuando trata de proteger la maternidad. El mismo derecho produce una variable compleja de identidades en cada regulación que quiebra la universal comprensión de lo femenino: esposas, trabajadoras, desplazadas, mujeres víctimas de la violencia, niñas madres, adolescentes embarazadas, entre otras (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo, 2013).

El lenguaje de la ley es siempre abstracto. Se refiere a las “mujeres” o a las “madres” en general, sin singularizar la situación de esas personas ni poner de presente que no todas las mujeres somos la misma mujer ni nos beneficiamos de lo mismo. Con esa generalización se esconde, inclusive, que algunas ganamos mientras otras pierden con las reformas de género, o que muchas perdemos cuando unas pocas ganan. En ese sentido, lo jurídico esconde los incentivos cruzados que se derivan de las reformas hechas para nosotras. Algunos beneficios que ahora tenemos en el derecho laboral ilustran esta situación. La licencia de maternidad hace más duro el trabajo para las no madres, desincentiva la contratación de mujeres en altos cargos por hacer más costoso su pago, pero beneficia a las mujeres de clase media con contratos laborales y en edad reproductiva, en sectores donde asumir la carga de las prestaciones derivadas de la maternidad no es en exceso oneroso. La Ley de Cuotas, por su parte, motiva a las mujeres educadas de clases media alta y alta para competir en cargos de la administración pública, pero afecta a aquellas de clases bajas que soportan la carga simbólica de que socialmente se piense que estamos ayudando mucho a las mujeres (Buchely, 2013).

## La construcción legal de la dependencia

Existen al menos tres ejes normativos importantes que encuadran la construcción de la mujer dentro de la cadena de significados madre/cuidadora/nutricia: el derecho de familia, el derecho laboral y las normas relativas a la seguridad social. Estos campos normativos configuran directa e indirectamente el trabajo doméstico como un *deber* para las mujeres. Las reglas jurídicas que otorgan ventajas a los hombres en esta materia están encaminadas a naturalizar la maternidad y las labores de cuidado como prestaciones esencialmente femeninas.

Sostener que el derecho produce este tipo de realidades implica hacer énfasis en que desempeña un doble rol: es un factor de distribución de poder y recursos sociales y, a la vez, un discurso legitimador de una situación determinada que impide cambios sustanciales. Lo anterior supone que las normas jurídicas son sistemas de incentivos que determinan los resultados de las transacciones entre los sujetos, posicionando indistintamente a los sujetos enfrentados y entregándoles como normas jurídicas las cadenas de ventajas/derechos/privilegios/inmunidades que definen su poder de negociación o regateo (Duncan Kennedy, 1993). Estos sistemas de incentivos pueden: (i) estar dados por la eficacia instrumental de las normas; (ii) estar constituidos como incentivos normativos negativos, dada la ineficacia instrumental o simbólica de la norma misma (que una norma no se cumpla, o sea promulgada para no cumplirse sino para generar efectos inconexos con su cumplimiento); o (iii) afectar los escenarios de distribución, presumiendo, asumiendo o regulando de manera implícita/indirecta la situación afectada sin nombrarla. Es en este nivel donde el derecho opera naturalizando, normalizado y legitimando la realidad existente (i.e. maternizando, sexualizando, teorizando alrededor de la identidad de las mujeres como rasgo esencial dentro de las transacciones sociales).

La reconstrucción de los campos normativos mencionados tendrá en cuenta la producción jurídica de la mujer como sujeto. Así, el derecho como productor de sujetos está entendido aquí como un sistema de incentivos que mezcla la generación de desigualdad a causa de la eficacia de las normas y no a causa de la ineficacia de ellas (factor que resalta el rol del derecho en la distribución de recursos), la falla de las penas en disuadir comportamientos indeseables por la precariedad del aparato coactivo, y las conexiones complejas que las normas de una especialidad del derecho tiene con otras, a primera mano irrelevantes para cada materia. Para ello se articularán constantemente referencias normativas con mediciones empíricas de los resultados materiales que estas regulaciones producen (por su eficacia o ineficacia) y los efectos simbólicos que producen (normalización, naturalización, legitimación).

El objetivo de esta sección es mostrar cómo el derecho construye las reglas jurídicas como incentivos que persuaden a las mujeres de que que-

darse en su casa es la mejor acción posible, al tiempo que administra discursos legitimadores que configuran el trabajo doméstico como un *deber* connatural a su identidad como madres y cuidadoras. Las madres, dados los mecanismos de normalización del discurso legitimador, entienden su “deber” como algo que resulta muy costoso evadir. Por ello, las mujeres que subcontratan el trabajo de cuidado de otras constituyen un especial escenario de vulnerabilidad.

### El derecho de familia

El derecho de familia constituye una pieza fundamental en la construcción del sujeto mujer como agente subordinado. Este *maternaliza* de manera perversa el rol femenino mediante dispositivos que presumen la existencia de un padre proveedor (el pago de alimentos debe hacerlo el padre en casos de divorcio) y reglas paralelas que asignan a la madre la responsabilidad en el cuidado de los niños<sup>5</sup>. En este sentido, la regulación existente en el derecho de familia es una pieza fundamental en la naturalización de los roles de cuidado y la configuración de la domesticidad como *deber*: los dispositivos legales asumen que la mujer construye una identidad natural acorde con los valores del altruismo (cuidado, nutrición y protección), que la vinculan biológicamente con su descendencia. Supone un lazo metafísico entre los hijos y la madre, según el cual ella posee la vocación natural de otorgarles una mejor guía en su existencia y un acompañamiento necesario para su crianza, lo cual borra las contingencias correlativas a los discursos de la maternidad<sup>6</sup>.

El derecho de familia crea, entonces, un sistema de incentivos perverso que distribuye negativamente las cargas económicas a las mujeres en lo referente a la crianza de los hijos. Las reglas vigentes entregan los gastos del cuidado de la descendencia a la sociedad conyugal (artículo 257 del Código Civil), pero naturalizan los lazos de bienestar entre la madre y el hijo. Por ejemplo, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia les impone a los padres la obligación de la custodia y el cuidado personal de los hijos. Las prestaciones, que se entienden como parte del cuidado personal y el desarrollo integral de los niños y adolescentes, son las mismas prestaciones de domesticidad que se asocian normalmente a los roles femeninos. Ello implica que, en caso de divorcio, la mujer tendrá que asumir los gastos de crianza de la descendencia, sin que exista garantía de la permanencia de la provisión (Mnookin & Kornhauser, 1979).

<sup>5</sup> El discurso constitucional también favorece esta interpretación. El juez constitucional ha defendido fuertemente la prioridad e importancia de la relación de sus hijos con sus madres no solo en casos de custodia, sino en litigios relativos a la dignidad, autodeterminación e igualdad de la construcción de identidad femenina. Véase Corte Constitucional (2004).

<sup>6</sup> Sobre el fenómeno de la maternalización en el derecho puede verse Frug (2006) y Jaramillo & Alfonso (2008).

Existe, entonces, una trampa de pobreza implícita en el sistema que le otorga a la mujer distribuciones inequitativas de recursos: ella tiene más costos asociados al ejercer el rol de proveedoras y, en caso de divorcio o ruptura, debe asumir “naturalmente” la crianza y los gastos que de ella se derivan, porque no puede romper el lazo metafísico con el hijo. Esta trampa también está asociada con la ineficacia de los trámites coactivos en torno al cumplimiento de la obligación alimentaria de los proveedores. Por ejemplo, en Colombia, durante el año 2008, el 38% de los casos reprobados en la jurisdicción penal estuvieron relacionados con el delito de inasistencia alimentaria (Franco Gallego & Sánchez Duque, 2009).

### El derecho laboral

El derecho laboral también contribuye a la *maternalización* de la mujer. La regulación relativa a las licencias de maternidad y las reglas informales que administran el sistema de salud para vincular mujeres en edad reproductiva genera un escenario adverso para su contratación. Esto, según las mediciones del sistema productivo, aumenta significativamente los recursos invertidos en su vinculación laboral en relación con sus pares hombres (Badel & Peña, 2009). Así las cosas, dentro del marco de los contratos laborales existen buenas razones que justifican la preferencia de vincular hombres a los esquemas empresariales, además de reglas implícitas que persuaden a las mujeres de la irracionalidad de abandonar su hogar para entrar en escenarios que presentan mayores dificultades para ellas que para sus pares hombres. Lo anterior tiene unos impactos materiales sustanciales: para el año 2008, pese a que en Colombia las mujeres constituyen un 53% de la población en edad de trabajar, la tasa global de participación en el mercado era 24,9% mayor para los hombres, y el desempleo de las mujeres era 6,1% superior frente a ellos (Gran Encuesta Integrada del DANE, citada en Jaramillo & Alfonso, 2008).

La realidad anterior es producto de incentivos cruzados de la política pública, es decir, en parte es resultado de la manera en la que el derecho es diseñado, interpretado e implementado. El incentivo negativo generado por la regulación laboral se combina con varias situaciones paralelas para reproducir la segregación de las mujeres en el mercado productivo. Es decir, las políticas públicas crean un entramado complejo de incentivos en los que existen cruces interesantes. Por ejemplo, una política que busca ayudar a las mujeres madres con la licencia de maternidad debería considerar que no están todas de manera preferente en el mercado laboral formal y que esto podría construir otro desincentivo para su ingreso. Por ejemplo, todas las políticas públicas para la equidad laboral deberían partir de que la brecha salarial entre hombres y mujeres en Colombia está calculada en un 17% para el año 2009 (Badel & Peña, 2009). Adicionalmente, deberían considerar que el registro de participación en la informalidad es superior

frente a los hombres en un 24% y, en esquemas de flexibilización de las protecciones al trabajador, muestra un diferencial de participación de 47% en las mujeres (Badel & Peña, 2009). En este escenario, el activismo judicial se ha mostrado tímido y pudoroso. Los jueces han interpretado restrictivamente el principio de “trabajo igual-salario igual” y han paralizado las pocas reformas incrementales logradas en el Legislativo; por ejemplo, han hecho ineficaces los acuerdos democráticos a favor de la inclusión de la mujer, tales como la Ley de Cuotas (Jaramillo, 2006).

### El esquema de la seguridad social

El sistema de la seguridad social parte de la exigencia de un contribuyente universal, construido como sujeto abstracto con las características masculinas: hombre, proveedor, heterosexual y asalariado. En ese marco, la Ley 100 de 1993 define como contribuyente a “las personas que reciben rentas, salarios o cualquier otra retribución como contraprestación de sus servicios, suficientes para cubrir las cotizaciones al sistema”. Estas normas se presentan como neutrales, omitiendo de manera sistemática dar cuenta del posicionamiento de los sujetos que regulan. El contribuyente X y los beneficiarios Y y Z son sujetos con posiciones diferentes en la cadena de distribución de recursos: el 71% de los contribuyentes al Sistema General de Seguridad Social son hombres, en tanto que el 83% de las personas registradas como beneficiarias son mujeres (Ministerio de la Protección Social, s.f.). Esta distribución habla de manera directa del reparto del poder de negociación entre los miembros de la familia: las mujeres que actúan como beneficiarias juegan dentro del sistema como sujetos dependientes de sus proveedores, sin tener ningún nivel de agencia frente a las prestaciones de seguridad social. Los trámites administrativos, las decisiones de programas y beneficios, la escogencia de planes especiales de salud y la prevención en general están siempre en cabeza del contribuyente.

Todo el mantenimiento del sistema parte del supuesto del protagonismo de este sujeto en la financiación de las prestaciones relativas a la seguridad social y le entrega un poder de negociación superior en las decisiones sobre las prestaciones de salud de su familia. La construcción de los sistemas de reglas se encarga, por otra parte, de asegurar la existencia del trabajo doméstico como un deber de las mujeres. Esto ocurre mediante la transferencia de responsabilidades de cuidado del estado a los sujetos que desempeñan un rol femenino, específicamente en la ejecución de las labores de cuidado que el aparato público no puede ejercer (Orloff, 1993). Factores estructurales del sistema de seguridad social muestran cómo existe una constante cesión de responsabilidades asociadas implícitamente al trabajo de cuidado que realizan las mujeres: los cubrimientos no son universales, las ayudas son circunstanciales en materia de salud, la crianza de los hijos está especialmente diseñada como una responsabilidad exclusiva

de los padres, el cuidado de los enfermos por parte del estado es considerablemente limitado y la administración de alimentos está ubicada en la parte privada del binomio entre lo público y lo particular. El derecho supone, entonces, que existe un sujeto proveedor que conecta a la familia con el sistema, y un sujeto cuidador que entrega los bienes de cuidado que el estado ha renunciado a otorgar. Administrar la economía familiar se basa en la existencia de este esquema de agencia: alguien provee y alguien cuida. Ese sujeto que cuida está, además, responsabilizándose de cargas relativas a la protección social que el aparato público podría asumir (Ladd-Taylor, 1994).

### **El trabajo doméstico: un deber, no un derecho**

Tal y como se describe en la sección anterior, el derecho produce el trabajo doméstico como un *deber* de la mujer (Gilman, 2008; Jaramillo & Alfonso, 2008). Al ser experimentado de esta manera elimina las posibilidades de concebirlo como trabajo y, por tanto, de asignarle valor de cambio. Esto indica que las mujeres experimentan la economía del cuidado como un conjunto de labores costosas en cuanto tiempo y energía, que son realizadas como obligaciones, sin recibir retribución más allá de la sensación de *cumplir con lo que se debe* (Fraser, 2013; Rodríguez Enríquez, 2005; Silver, 1993).

El hecho de que el trabajo doméstico esté encuadrado como deber dentro del lenguaje del derecho implica la existencia de un derecho correlativo. Puede también verse como una correlación entre responsabilidad e inmunidad. El que las mujeres tengan la obligación o la responsabilidad de encargarse de la economía del cuidado en su familia implica que sus pares masculinos padres/hermanos/esposos tienen el *correlativo derecho* de exigir la prestación de todas las labores en ella comprendidas, o la inmunidad frente a esas labores: dedicación de tiempo a la educación, alimentación y crianza de los hijos; limpieza, aseo y cuidado del hogar; compra, almacenamiento y preparación de alimentos; arreglo, administración y renovación del ambiente (decoración), y prevención, cuidado y atención de la salud de su núcleo familiar<sup>7</sup>. La exigencia de esta estructura de prestaciones se encarga de construir la cadena de costos asumidos por la mujer en la forma de deber, la cual afecta su posicionamiento dentro del escenario de distribución. En otras palabras, y como lo mencionaba al principio de este capítulo citando a Halley: las mujeres sufren daños y los hombres salen inmunes (Halley, 2008).

La asunción de costos genera una correlativa pérdida de negociación del poder femenino. En primera medida, el intento por abstraerse de los deberes con el hogar les generará altos costos; transferirlos a otras mujeres

<sup>7</sup> La interpretación del binario deber/derecho es tomada del trabajo de Hohfeld (1968).

como trabajo producirá cargas de administración correlativas, y ponerlos en el mercado generará efectos perversos para las mujeres/hombres dedicados a proveer los productos de la economía del cuidado. Explicaré esto más a fondo en la siguiente sección. Allí analizaré las cargas generadas a las mujeres que deciden pagar el costo de abandonar la economía del cuidado.

## **LOS COSTOS DE ABANDONAR EL DEBER DE LA DOMESTICIDAD**

El sistema de incentivos que construye el derecho está cuidadosamente diseñado para que a la mujer le resulte más costoso salir de las barreras del hogar, siendo preferible quedarse ejerciendo las labores de cuidado que le son asignadas por los dispositivos legales, como una especie de “deber dignificado” (Alviar & Jaramillo, 2012). Dado que reciben una menor retribución por los trabajos calificados que sus pares masculinos (Badel & Peña, 2009), incorporar mujeres a las dinámicas del mercado genera escenarios ineficientes para la familia: ella puede brindar más alivio económico si se queda a cargo de los hijos y de la casa, que si trabaja por la contraprestación a su trabajo en el mercado (Fraser, 2013).

Pero si la transacción material para las mujeres resulta negativa y, por ello, constituye un desincentivo para entrar al mercado, el cálculo correlativo de asumir los costos intangibles de la decisión de entrar al mundo productivo logra generar escenarios de persuasión perfectos a favor de la domesticidad. Transferir un deber o evadirse de cumplir una obligación trae consecuencias sociales: nuestros padres y esposos nos aman menos, nuestros hijos pueden juzgarnos por no estar en casa, los médicos pueden culparnos porque nuestro hijo no tiene el peso y la talla adecuados, la maestra puede reprocharnos que está “malcriado” y, por si fuera poco, nuestras madres, hermanas, suegros, cuñados y demás miembros de la familia cercana nos harán responsables de cualquier cosa que falle en el hogar, porque todo se deberá a estar incumpliendo el deber esencial de ser buena mujer y estar en la casa (Silver, 1993).

Por tratarse de un deber, la domesticidad es intransferible (Benería, 2006). No puede individualizarse como bien monetarizable ni entenderse como prestación transferible, cuya ejecución pueda entregársele por completo a un tercero. Podemos desconcentrar las tareas de cuidado de manera unitaria: contratar personas que nos ayuden con el aseo del hogar, con la alimentación y educación de los hijos, con la salud y el bienestar de nuestras familias, etc., pero no ceder la responsabilidad de que esto salga bien. Si nuestra casa no es bonita, no está limpia o nuestro marido no está satisfecho con la cena, la responsabilidad no va a ser de la empleada del servicio doméstico, de la enfermera o de la maestra. La responsabilidad será

siempre nuestra, solo nuestra, “por ser malas madres y malas esposas”. Además, contratar a una persona para que nos ayude con el cuidado del hogar nos entregará cargas correlativas en administración y control de ese trabajo, que redundarán en la alteración de nuestros costos de tiempo y energía disponibles: debemos organizar el tiempo de la persona que nos ayuda, entregar instrucciones claras respecto a las labores diarias, supervisar los procesos de limpieza y preparación de los alimentos, estar al tanto de la adecuación legal de la contratación, entre otros.

La resistencia del sistema a comercializar trabajos que desconcentren la labor de cuidado femenina es evidente también en el mercado<sup>8</sup>. La comercialización de labores de cuidado experimenta comportamientos complejos de baja competitividad, baja calidad, descontrol en los precios y poca especialización (Perkins, 2008). Los hogares de cuidado infantil son un buen ejemplo de estas dinámicas. La regulación que el mercado le entrega a este tipo de bienes flexibiliza de manera perversa los márgenes de competencia: no hay estándares de calidad claros que regulen la oferta de servicios, ni patrones que organicen la demanda, ni existe ningún control sobre los precios.

La aparente “desregulación” o “informalización” del sector actúa como mecanismo de desprotección de las personas que ejercen ese tipo de trabajos (Hirschmann & Liebert, 2001). Esto implica que tendrán menor remuneración o no serán reconocidas. Al no existir incentivos en la contraprestación, no se promueve la especialización de las labores, ni se incentiva la competencia entre quienes ejecutan labores domésticas. Ningún agente está enteramente “persuadido” de ingresar al trabajo de cuidado como mecanismo de superación, ninguna persona que presta este servicio cree que hacerlo mejor le servirá más y, más allá de eso, ningún agente está enteramente persuadido de ser trabajador doméstico por vocación. Analicé esta conexión entre el trabajo de cuidado y los escenarios de desregulación en el caso de las madres comunitarias en los capítulos 2 y 3.

Como se infiere de lo anterior, la política social que regula la distribución del trabajo productivo no solo afecta a las mujeres creando espacios de menor protección para comercializar el trabajo de cuidado. Además, esta clase de política social reproduce la imagen de la mujer cuidadora. Ya varias autoras han mostrado cómo la política social es otra manera de construir

<sup>8</sup> El debate que Duncan Kennedy está desarrollando se inserta en la crítica a la discusión económica que se presenta como la necesaria escogencia entre dos polos: un libre mercado, generador de riqueza, aumento en el ingreso y el correlativo “desarrollo” en el contexto del mercado de capitales; y una mayor regulación estatal, que busca un mayor grado de equidad, igualdad y justicia en la distribución de recursos. En esa discusión, se malentienden las normas definitorias del mercado como neutrales, cuando no es así: *simplemente constituyen una regulación entre muchas posibles, cada una con sus propias consecuencias distributivas*. Cualquier régimen (y no solo el tachado de “intervencionista”) supone una intervención, sujeta a intereses políticos. En síntesis, “no hay tal cosa como un mercado libre”, y, por lo tanto, *no hay un verdadero dilema entre regulación o liberalización* (Duncan Kennedy, 1998).

la subjetividad de las mujeres (Alviar, 2011; Orloff, 1993; Shamir, 2010). La distribución del cuidado o la socialización del trabajo reproductivo se refieren a la manera en que socialmente asumimos las cargas derivadas de estas necesidades. Como ya muchas autoras feministas lo han denunciado y he tratado de explicar arriba, esta carga está asimétricamente distribuida, haciendo que las mujeres pierdan en el juego social (Benería, 2003, 2006). Por distintos que sean los mecanismos, la distribución del bienestar está ligada de manera íntima con el trabajo reproductivo que realizan (Hirschmann & Liebert, 2001). Este vínculo entre cuidado y mujer naturaliza el binomio madre e hijo, y los convierte en un mismo sujeto destinatario de la política social (Pitch, 2003; Tronto, 2001).

## **¿SON LAS POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN LA SALIDA?**

Las políticas de conciliación del trabajo productivo y reproductivo fueron un logro del feminismo socialista europeo en la década de los setenta (Benería, 2006). Encargar al estado de la socialización del trabajo reproductivo, en concreto del relacionado con el cuidado y la alimentación de los niños y niñas en las jornadas laborales, fue una de las medidas más efectivas para combatir la desventaja derivada de la inequitativa división del trabajo sufrida por las mujeres en la incorporación al mercado laboral y para lograr la participación equitativa de hombres y mujeres en los trabajos formales (Astelarra, 2005).

Pese a ese importante impulso, Latinoamérica no adoptó los esquemas incorporados en estos programas sociales como políticas de género, y la agenda del trabajo de cuidado se consolidó más como un reflejo de las políticas de distribución de bienestar o cuidado a la población vulnerable, antes que como medidas conciliatorias favorables para las mujeres (Rivera & Morasso, 2005; Rodríguez Enríquez, 2011; Todaro, Reyes & Paz, 2007). Lo anterior implica que en la región se ha avanzado poco en la documentación del conflicto entre las mujeres, como principales dadoras de cuidado, y los sujetos receptores de esos cuidados. Por el contrario, se ha naturalizado la subjetividad femenina construida por medio de reglas jurídicas y de políticas sociales que perciben a la mujer como un sujeto conexo e interdependiente de sus hijos, padres, hermanos enfermos y demás personas en una coyuntura de debilidad (Pitch, 2003).

Para lograr visibilizar el conflicto entre las madres y sus hijos utilizaré la perspectiva del análisis distributivo del derecho, desarrollado por Isabel Cristina Jaramillo en varias publicaciones (Alviar & Jaramillo, 2012; Jaramillo & Alfonso, 2008). De acuerdo con su análisis, tres son los supuestos teóricos que fundamentan la aproximación al derecho como factor que interviene en la distribución de recursos y poder:

- (i) Los individuos están situados de manera diferente en lo que refiere a recursos y poder: unos tienen más, otros menos, y los bienes tienen costos ambivalentes. No todo es valorado de la misma manera por todos los agentes.
- (ii) El desequilibrio en la distribución de recursos y poder es un resultado directo de las reglas jurídicas, tanto las que permiten/prohíben ciertas acciones, como las que consienten que algunos causen daño a otros sin la obligación de compensarlos o las que deciden de qué manera compensar ciertos daños (acuerdos respecto a las externalidades).
- (iii) Si se cambian algunas de las reglas que permiten que se cause el daño, se podría cambiar el poder relativo de las partes en conflicto. Una alteración de los acuerdos vigentes reconfigurará el equilibrio de recursos y poder, lo cual podría generar cambios incrementales en las situaciones de los sujetos que perdían en la situación anterior, y transferir más costos a los agentes que anteriormente “ganaban”.

Con el lente teórico del análisis distributivo mostraré a continuación cómo los intereses de las madres se oponen a los de sus hijos, por medio de un análisis de los programas de cuidado infantil en Latinoamérica. De esta manera, mientras el lector desprevenido seguirá viendo el apoyo a las madres en las ayudas dirigidas a sus hijos, la lectura de los diferentes programas desde el punto de vista del análisis distributivo me servirá para mostrar el fuerte conflicto existente entre madres e hijos que reciben ayuda como si fueran un mismo sujeto o tuvieran los mismos intereses.

### **Los propósitos de un programa de cuidado infantil en Latinoamérica**

Dos son las principales razones para implementar programas de cuidado infantil en los países en desarrollo. La primera tiene que ver con maximizar el potencial de la fuerza de trabajo de las mujeres. Este argumento se basa en que históricamente han sido relegadas a las tareas del hogar. Esto, podría decirse, se debe principalmente a que sobre ellas ha recaído el deber de cuidar y criar a los niños (Fraser, 2013; Perkins, 2008). Con la forma en que se presenta la economía de mercado hoy por hoy, buena parte de la riqueza de las naciones depende de la productividad de sus nacionales; productividad que se desprende de su fuerza de trabajo. Si no hay trabajo se reduce la productividad. Una mujer encerrada criando a sus hijos significa, en pocas palabras, una unidad menos de trabajo, y su ausencia en el mercado se verá reflejada en los índices de producción. Si existen instituciones encargadas del cuidado infantil, que no representen un costo significativo para las familias, puede que las madres decidan tomar la opción que dan estas instituciones y opten por ingresar en el mercado laboral (Benería, 2006).

El primer argumento, entonces, refiere al empoderamiento de la mujer en el mercado laboral, lo que debería llevar a un aumento de la productividad. La segunda razón para implementar un programa de cuidado infantil se relaciona con la preocupación por la garantía de los derechos humanos, y en este caso específico el derecho de los niños y niñas. Se ha reconocido, cada vez con mayor fuerza, que, como sujetos vulnerables y de especial protección, deben recibir más garantías para el goce de sus derechos (Martínez Bordón, Soto de la Rosa & Cepal-Naciones Unidas, 2012). Sin embargo, en los países en desarrollo, dadas las condiciones de pobreza de las familias en las que crecen, muchas veces resulta difícil cumplir con esto. Los programas de cuidado infantil se instituyen como una política pública que trata de ejecutar los presupuestos internacionales relacionados con el cuidado y garantía del derecho de los niños. Por medio de estos programas se pretende brindar aquellos servicios que, por las condiciones socioeconómicas de los niños de escasos recursos, no son de fácil acceso, y que comprometen el goce de sus derechos. Se trata, por lo general, de la prestación de servicios, casi siempre subsidiados por el estado, de salud, educación y cuidado, de manera que sea posible brindar unos mínimos que aseguren la protección especial que ellos merecen (Pautassi & Zibecchi, 2010; Pautassi, 2009).

En el libro *Child Care in Context*, en el cual se aborda el tema del cuidado no parental de los niños desde una perspectiva histórica y sociocultural, se mencionan cinco metas que generalmente se buscan con la utilización de programas de cuidado infantil (Lamb, 1992). La primera es proteger los intereses de clase. Inicialmente, en Estados Unidos, estos programas surgieron gracias a los aportes de las clases adineradas para el desarrollo de hogares destinados a niños de escasos recursos. La razón principal en ese entonces no era el bienestar de las familias menos favorecidas, lo que había detrás era un argumento egoísta: las personas acaudaladas temían que los niños pobres eventualmente se convirtieran en criminales que terminarían afectando su seguridad (Lamb, 1992).

La segunda meta busca el empoderamiento de la mujer en el mercado laboral, esta la mencioné anteriormente. De crearse las posibilidades para que la mujer no sea relegada al cuidado del hogar y de los niños, habría un equilibrio en la balanza entre hombres y mujeres, que podría generar igualdad de oportunidades laborales (Benería, 2006). La tercera meta es "culturizar" a los inmigrantes. Esta presume que por medio de estos programas es posible hacer que los niños provenientes de otros países aprendan más fácil la cultura local. Sin embargo, es extraño que esta meta se incluya en los países del tercer mundo no receptores de migrantes internacionales (Lamb, 1992).

La cuarta meta, relacionada con la segunda, es reducir la dependencia de las políticas de bienestar. Las facilidades que proveen los programas de

cuidado infantil, al permitir que las mujeres dejen de lado los obstáculos para buscar un empleo pagado, sirven, además, como una herramienta para que los ingresos de las familias crezcan, y en esta medida se vayan independizando de los subsidios que provee el estado (Benería, 2006). Finalmente, los programas de cuidado infantil tienen como meta principal enriquecer la vida de los niños (Lamb, 1992).

¿Por qué suponemos que pueden conciliarse los intereses de los hijos con los de las madres? Las metas anteriores combinan indistintamente los resultados objetivos obtenidos frente a niños, madres y familias. ¿Pueden los esquemas de cuidado infantil liberar a unas mujeres (las beneficiarias) mientras oprimen a otras (las madres comunitarias)? ¿Cómo los programas que reproducen la visión de la mujer como cuidadora pueden servirles al mismo tiempo a otras mujeres? Para responder a estas preguntas describiré en las siguientes secciones qué puede entenderse por cuidado infantil y cuáles son los esquemas prevalentes de estos programas en Latinoamérica.

### **¿Qué es un programa de cuidado infantil?**

Dar una definición de programa de cuidado infantil no es fácil; esta puede variar dependiendo del lugar donde se implemente. Se puede definir como una política pública administrada, financiada y ejecutada casi siempre por el gobierno, en la que participa la comunidad, cuyo objeto es brindar asistencia en el cuidado de los niños y niñas. Dentro de los servicios que usualmente se prestan, como ya anoté, están los de salud, alimentación, cuidado y educación. Los programas de cuidado infantil están dirigidos prioritariamente a los niños de familias de escasos recursos (Castro Romero, 2007).

El reporte número ocho del *Childhood Poverty Research and Policy Centre*, al momento de definir los programas de cuidado infantil, advierte que este ha sido un concepto que se ha llenado de contenido dependiendo del país en el que se implemente. Para definir este tipo de programas, el reporte citado aporta un listado de diversas modalidades, dentro de las cuales se encuentran (Penn, 2004):

- (i) *Escuelas comunitarias, usualmente de medio tiempo, desarrolladas en salones de fácil acceso para la comunidad.* El personal tiende a ser conformado por mujeres locales que laboran como voluntarias. Las tarifas tienden a ser mínimas.
- (ii) *Centros de cuidado infantil para niños con edades entre los cero y los tres años, o entre los cero y los seis años.* Son operados por una variedad de personas, por lo general sin entrenamiento adecuado. Su propósito es cuidar a los niños durante la jornada laboral de las madres.

- (iii) *Guardería con cuidados hogareños para niños con edades entre los cero y los tres años, o entre los cero y los seis años.* El personal suele componerse de madres voluntarias que usan su propia experiencia. Es también una opción para el cuidado de los niños durante la jornada laboral de las madres. Puede gozar de subsidios del estado. Suele ser sin ánimo de lucro.

El mapa de los programas de desarrollo infantil en Latinoamérica se reproduce en la siguiente tabla. Puede encontrarse una descripción extensa de cada programa en el anexo 4.

La tabla 3 muestra una tendencia en la región: los programas de cuidado infantil, con excepción de México, están enfocados en el desarrollo de la primera infancia. La excepción es notable porque el programa manejado por Sedesol reconoce de manera expresa que su objetivo es ayudar a las mujeres de bajos ingresos a conectarse con el mercado laboral, al conciliar el trabajo productivo con el reproductivo. Por el contrario, los demás programas regionales usan la figura de madres cuidadoras, madres jardineras o madres comunitarias para desarrollar un programa de ayuda infantil.

En todos los casos estudiados se trata de programas que disponen de espacios en zonas de reconocida pobreza para atender a menores de edad y garantizar ciertos mínimos. Pareciera que en los países de Latinoamérica analizados, a pesar de su diversidad, existe una visión homogénea de las necesidades que deben suplirse para lograr el crecimiento y desarrollo adecuado de los niños (Attanasio, Vera-Hernández & Di Maro, 2010): educación, cuidado y salud. La financiación, en casi todos los casos, si bien viene dada en su mayor parte por el estado, implica también una colaboración o participación por parte de la comunidad y el aporte económico de las empresas privadas (Staab, 2011).

Se encuentra también, en la mayoría de los casos, una preocupación latente por eliminar obstáculos para que la madre pueda proveer recursos para su familia y tener así mayores probabilidades de salir de la pobreza. Los programas de cuidado infantil no solo se construyen como una política pública que combate los efectos que causan la pobreza en la niñez, sino que, también, de manera alternativa, se perciben como una forma de ayudar a las mujeres. Ese objetivo “tangencial” está reconocido de manera expresa en programas como los de Brasil, Perú, México y Guatemala.

Pese a ello, el núcleo central de las políticas de cuidado infantil son los niños. Dentro de la descripción de su funcionamiento, estos programas siempre tienen los rasgos propios de las políticas sociales del neoliberalismo. Por un lado, se apoyan en la ayuda de la comunidad o en la empresa privada. La primera se concentra en la ejecución de los programas o el

**TABLA 3.**  
Los programas de cuidado infantil en Latinoamérica en 2013

País	Nombre	Naturaleza	Objetivo	Funcionamiento
<b>Argentina</b>	Centro de Desarrollo Infantil (CDI)	Los CDI no dependen exclusivamente de la financiación del estado; pueden existir gracias a la gestión de entidades privadas. La legislación argentina establece un marco de regulación mínima, al cual deben ajustarse todos los CDI, públicos o privados. Los CDI, públicos o privados. Los CDI, maneja la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, que depende del Ministerio de Desarrollo Social de la nación.	Conseguir el cabal desarrollo de los niños, desde la gestación hasta la adolescencia.	Su prioridad es prestar los servicios en áreas en donde predomine la pobreza, de manera que sea posible garantizar, en cierta medida, la satisfacción de las necesidades básicas de las familias residentes en esas zonas. Las áreas de trabajo son: nutrición, salud materna, salud integral del niño y adolescente (Organización de Estados Iberoamericanos, n.d.-a).
<b>Brasil</b>	Programa de Atención a la Población Infantil (PAPI)	Política social subsidiada por el estado en forma de jardines comunitarios.	Ofrecer orientación pedagógica, promoción del desarrollo, nutrición y salud para la primera infancia con cobertura nacional, en zonas rurales y urbanas.	Los jardines funcionan con una participación colaborativa entre comunidad y estado. El estado es responsable de las construcciones locativas necesarias para el jardín, así como del equipamiento y manutención; también se encarga de la asistencia administrativa y educacional. Unicef patrocina el programa de jardines comunitarios con apoyo técnico y financiero. Adicionalmente, las familias beneficiadas hacen un pequeño aporte dependiendo del tiempo de permanencia de sus niños en el jardín. El programa ocasionalmente también recibe recursos de fondos internacionales (Organización de Estados Iberoamericanos, n.d.-b).
<b>Chile</b>	Integra	Integra es una fundación privada.	Fortalecer el desarrollo de los niños.	Se encarga de atender y educar a niños menores de seis años que viven en situación de pobreza. Es de carácter nacional, lo que le permite tener presencia en los barrios populares, tanto de zonas urbanas como rurales, de manera que haya provisión de cuidado, educación y alimentación para la infancia que vive en esa condición.

<b>Colombia</b>	Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB)	Programa social impulsado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) con participación privada y comunitaria.	Apoyar el desarrollo de la primera infancia.	Los hogares funcionan mediante el trabajo conjunto entre el estado y la comunidad. El ICBF es el ente estatal encargado de regular el desarrollo de los hogares y los miembros de la comunidad son representados por una asociación de padres. Los HCB están concebidos para atender niños menores de seis años. Dentro de los hogares, las madres comunitarias prestarán servicios, durante cinco días a la semana, de cariño, protección, alimentación y pedagogía, con el fin de que los niños puedan crecer sanos y felices (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, n.d.).
<b>Guatemala</b>	Hogares y multihogares de cuidado diario	Es una política pública impulsada por el gobierno. Se basa en la colaboración y participación organizada entre las instituciones del gobierno y los miembros de la comunidad. Está a cargo de la Secretaría de Obras Sociales, y en cabeza de la esposa del presidente.	Atender a los niños que por su estatus socioeconómico se encuentran en estado de indefensión.	Los hogares funcionan mediante la designación de un espacio físico dentro de una familia en comunidades urbanas y rurales marginales. El programa tiene presencia en 196 municipios de los 22 departamentos de Guatemala. Atiende en dos modalidades: hogares comunitarios y centros de atención integral. En promedio se atienden 13.496 niños, brindando así la oportunidad a aproximadamente 8.995 madres para que realicen actividades generadoras de ingresos.
<b>México</b>	Programa de estancias infantiles para madres trabajadoras	Es una política social desarrollada por la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol).	Conciliar el trabajo productivo y el reproductivo. Se encarga de ayudar a las mujeres de clases bajas. Las estancias infantiles buscan mejorar la calidad de vida de los niños que viven en condiciones de pobreza y fomentar el desarrollo facilitando la incorporación de las mujeres en el mercado laboral.	Principalmente, las estancias infantiles existen para brindar soporte subsidiado a hogares de madres trabajadoras que tengan por lo menos un niño entre uno y cuatro años de edad, o hasta cinco en casos de menores con alguna discapacidad. Para que exista atención prioritaria, los ingresos per cápita de la familia del menor no deben sobrepasar la llamada Línea de Bienestar. Además, la familia no debe tener acceso a servicios de cuidado infantil por medio de instituciones públicas (Juárez Hernández, 2003).
<b>Perú</b>	WAWA WASI	Se trata de un programa social patrocinado por el estado peruano, que atiende durante el día a niños menores de cuatro años.	Satisfacer las necesidades básicas de niños y niñas para su desarrollo. Esto involucra nutrición, salud, protección y afecto.	Se trata de hogares que atienden menores, especialmente de poblaciones vulnerables, para que puedan recibir cuidado, estimulación temprana, alimentación y educación (Municipalidad Provincial de Sullana, n.d.). Para que se pueda crear un WAWA WASI es necesario que la comunidad se organice en comités de gestión, conformados por representantes que elige la comunidad. Estos comités son los encargados tanto de gestionar la apertura de los hogares, como de conseguir sus recursos. Los hogares están a cargo de una madre de la comunidad, responsable de brindar atención integral a los niños entre los seis meses y tres años de edad.

*delivery* de las prestaciones sociales<sup>9</sup> y la segunda en la financiación. Sin embargo, todos los programas están agenciados desde un órgano dependiente del Ejecutivo. Inclusive el programa Ingresos de Chile, que maneja fondos exclusivamente privados, está presidida por la esposa del presidente de la República —es de precisar que esta investigación se hizo en el gobierno de Piñera y su esposa estaba a la cabeza del programa—. Por otro lado, tienen una relación débil con la institucionalidad y normalmente son operados por madres no capacitadas para desarrollar las tareas de cuidado, aún cuando estas políticas concentran expectativas más altas en el impacto del desarrollo de los niños. En ese sentido, es importante la sistemática recomendación de la Unicef hacia la región en el sentido de profesionalizar el cuidado de niños mejorando la calidad del servicio (Foster Parents, 1999; Unicef, 1998, 2012)<sup>10</sup>.

Como expliqué en el capítulo 2, este es un esquema de regulación asociado con el manejo de la política social en escenarios influidos por la lógica del Consenso de Washington (Corredor, 2010), aunque no sea posible establecer una relación causal directa<sup>11</sup>. Como ya lo ha advertido Maxime Molineux, aunque el neoliberalismo tiene varias particularidades en la región, se pueden establecer tres similitudes:

- (i) *El estado desempeña un rol activo en el desarrollo de los programas sociales.* Los programas de cuidado infantil son un ejemplo claro de cómo el estado aparece simbólicamente en estos programas y las dinámicas de lo público permean su funcionamiento (Staab, 2011). Eso implica que el neoliberalismo, contrario a lo que se cree, no se muestra como una retirada del estado en la región. En estos países, el estado está presente de manera cotidiana y frecuente en las realidades locales. La ejecución de estos programas evidencia una gran movilización de capital simbólico por parte del estado, apareciendo todos los días en los desayunos de los niños, sus onces, sus cuadernos. En esta versión del neoliberalismo, el estado está muy presente en varias de las dinámicas cotidianas de los ciudadanos (Diario de campo, noviembre de 2012).
- (ii) *El programa se apalanca en las comunidades.* Dentro de esquemas de gobernanza, expuestos en el capítulo 2, la ejecución de la política social se apoya en la existencia de redes comunitarias: asociaciones de padres de familia, organizaciones vecinales, agrupaciones barriales.

<sup>9</sup> El BIRF utiliza la palabra *delivery* para referirse al proceso de entrega de los beneficios por parte del estado. Este proceso ha sido identificado como una de los puntos críticos de las políticas sociales en la región (Urueña, 2013).

<sup>10</sup> En Colombia, por ejemplo, el programa “De cero a siempre” está diseñado para cumplir con ese objetivo (ICBF, 2010).

<sup>11</sup> Pese a que la creación de los HCB en Colombia es anterior al Consenso de Washington, el esquema de regulación de cuidado infantil por medio del mecanismo de la tercerización en Latinoamérica sí se adjudica a las influencias de este acuerdo sobre el continente y su perspectiva sobre el trabajo de la primera infancia.

Esto implica que varias de las labores asociadas con el desarrollo del programa son asumidas por la comunidad de manera gratuita: el cuidado de los niños es responsabilidad de las madres, las asociaciones de padres se encargan de la vigilancia del programa y los líderes comunales compran los útiles necesarios para el cuidado de los niños (Gupta & Sharma, 2006). El estado, entonces, está presente mediante la participación comunitaria, que, como ya he explicado en otros capítulos, se condensa en el rol de las burocracias callejeras como dueñas del *performance* de lo público en la vida cotidiana.

- (iii) *La ejecución de estas políticas sociales se apoya en las mujeres.* Son ellas quienes reciben y llevan a los niños y prestan sus hogares. Son programas llenos de mujeres. Como he dicho antes, la precariedad de los programas de cuidado de niños está vinculada con la feminización propia de todos los trabajos relacionados con el cuidado. Pero, además de ello, esta precariedad crea vulnerabilidades paralelas que esconden muchas paradojas frente a los objetivos reales de estas políticas. Los niños están mal atendidos, sus madres están más preocupadas y las madres cuidadoras están mal remuneradas. Los análisis globales de la niñez muestran la ineficacia de estos programas derivados de la poca calificación de las madres y de la ligereza con la que se asume su trabajo por parte de los organismos contratantes (Foster Parents, 1999; Hoyos, 2002; ICBF, 1997; Unicef, 1998, 2012).

El resultado de esta vulnerabilidad compartida, por lo general, es que solo algunos de los actores pueden ganar algún beneficio con la ejecución de estos programas. Sin embargo, en el caso de los Hogares Comunitarios de Bienestar de Colombia, es claro que también ganan las mujeres. Ganan las madres beneficiarias al tener un escenario informal que sirva como red de apoyo para cuidar a sus hijos mientras ellas trabajan. Ganan las madres comunitarias que se ven empoderadas con el trabajo social. Pero los niños no ganan todo lo esperado. Como las personas que cuidan a los niños no tienen garantías suficientes, el cuidado de los niños es inadecuado<sup>12</sup>. El análisis del funcionamiento de estas políticas nos lleva a un escenario complejo: son programas enfocados en los niños donde sus madres también resultan beneficiadas. Esto implicaría que, en la realidad, la ejecución de estos programas resulta ser una política de conciliación favorable a las madres, pero desfavorable en alguna medida para sus hijos. Al menos eso muestra con suficiencia el análisis de caso de los НСВ.

<sup>12</sup> Es importante tener presente que el trabajo de campo no indagó por el resultado que el programa tiene sobre los niños. Pese a que los trabajos aquí citados plantean que el programa tiene un resultado precario en la primera infancia (Bernal *et al.*, 2009), esta no es una conclusión que pueda extraerse de esta investigación. Por el contrario, estaría dispuesta a sostener que el interés de las madres comunitarias en ayudar a otras mujeres pasa también por el interés de beneficiar a los niños usuarios.

Respecto a lo anterior surgen algunas preguntas: ¿es contingente que todos los programas de cuidado de niños en Latinoamérica usen mujeres como principales prestadoras del servicio?, ¿es casual que varios de esos programas (Perú, Brasil, Colombia) utilicen los hogares de esas madres para prestar el servicio?, ¿es también una coincidencia que todas esas mujeres y hogares vinculados con las redes de asistencia no reciban una compensación económica directa por parte del estado, sino que, por el contrario, hagan parte de un esquema comunitario de cooperación frente a las necesidades sociales?

El análisis regional de esta clase de programas pone de presente la vigencia de las críticas feministas al estado de bienestar. Como expliqué en este capítulo, la política social, en general, y la regulación del trabajo de cuidado, en particular, descargan en la mujer una cantidad considerable de prestaciones no pagadas, que son construidas por el derecho como su responsabilidad y deber (Fraser, 2013; Orloff, 1993). En esa construcción del cuidado como deber femenino radica la vulnerabilidad explotable de las mujeres, tal y como lo mencionaba Nancy Fraser (1997). El estado explota esta vulnerabilidad en esta clase de políticas sociales, expropiando el trabajo de las mujeres, invisibilizando los beneficios que los programas del cuidado de niños pueden tener para las mujeres o presentándolos como un “objetivo secundario”. El hecho de que exista un núcleo común regional que busca “favorecer a los niños” y una subsidiariedad sistemática del beneficio a las mujeres no es más que una decisión política que escoge entre distintas agendas. Mientras la Unicef ha logrado posicionar la agenda del cuidado de niños como un objetivo político vinculado al desarrollo, la inserción de la agenda feminista a este tipo de debates ha sido más débil<sup>13</sup>.

Este es, entonces, un ejemplo claro de cómo el derecho distribuye recursos al crear las identidades que regula: madre comunitaria, madre usuaria, hijo, menor beneficiario. Esas identidades están en conflicto, pero el derecho se ha encargado de construir la legitimación de esas identidades, lo que invisibiliza dichos conflictos (Jaramillo & Alfonso, 2008). En otras palabras, es el responsable de normalizar el binomio madre-niño de tal manera que todos seamos ciegos ante las tensiones que existen entre madres e hijos en la política social. De hecho, nos hemos acostumbrado a ver a madres y a hijos como parte de un mismo sujeto beneficiario. En este punto es importante reiterar que ayudar a las madres no necesariamente implica ayudar a sus hijos (Pitch, 2003). El estudio de caso de los HCB muestra cómo un programa dirigido a la protección de la primera infancia se transforma en un programa de ayuda también para las mujeres (por la intervención de las mujeres mismas).

---

<sup>13</sup> Una de las movilizaciones feministas asociadas con el trabajo de cuidado es la del *Feminist Accounting Project* (Waring, 1988). En Colombia, esta movilización trató de reproducirse, sin éxito, en la Ley de la Economía del Cuidado, Ley 1413 de 2012. Para un análisis de este proceso, véase Buchely (2012c).

En el capítulo 4 expliqué que, en el caso de los Hogares Comunitarios de Bienestar, existe una política local en “acción” operada por mujeres, que extiende los beneficios del programa de cuidado infantil a las madres beneficiarias. Sin embargo, esto implica también asumir el escenario de conflicto que estos programas crean en torno a las madres comunitarias: mientras las madres usuarias ganan al beneficiarse de una política de conciliación, las madres comunitarias están permitiendo que el estado haga productiva la desigualdad al no reconocerles su trabajo como lo que es: trabajo (Silver, 1993). El marco para referirnos a esas prestaciones es el de la filantropía o la ayuda comunitaria. ¿Podríamos aplicar este mismo marco a las actividades masculinas? ¿Existe una conexión entre el trabajo de cuidado y el carácter “comunitario” y “gratuito” de su remuneración? ¿Estamos permitiendo que las madres comunitarias pierdan, para que las madres usuarias ganen? ¿Está afianzando esta postura una dicotomía entre trabajo productivo y reproductivo en la que las madres usuarias ganan por estar en el mercado y las madres comunitarias pierden por estar en el hogar?

Desnaturalizar a la niñez y fragmentar el sujeto universal de lo femenino pueden ser jugadas políticas interesantes que generen argumentos novedosos y revitalizantes en muchos de los debates de inclusión de nuestro contexto: la adopción de parejas del mismo sexo, el aborto, el embarazo adolescente, el trabajo infantil. Después de todo, “el niño” y la “mujer” son sujetos contruidos legalmente, a los que el mismo discurso jurídico ha protegido simbólicamente, mientras legitima su asimetría de poder frente a lo masculino (Jaramillo & Alfonso, 2008). Además, es necesario dejar de pensar a la niñez y al feminismo como los conocemos y estar dispuestos a asumir que muchos de nuestros objetivos políticos pasan por hacer “perder” a los niños y a algunas mujeres.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

Este capítulo despliega una mirada feminista sobre el objeto de estudio, para mostrar cómo el derecho y la política social construyen lo femenino mediante una vinculación directa con el trabajo de cuidado. Este debate está en el corazón del estudio de caso y evidencia que los hogares comunitarios son un programa social que busca ayudar a los niños a través de regular la vida de las mujeres en los centros de cuidado de los estratos más bajos.

Al construir el trabajo de cuidado como una responsabilidad de las mujeres, el derecho está creando una vulnerabilidad explotable de lo femenino, vulnerabilidad que el estado expropia cuando formula la política social de cuidado infantil. Dicha política participa en esa compleja construcción de la posición de negociación de las mujeres cuando supedita el

objetivo de la política del cuidado infantil al favorecimiento de la primera infancia y no a la ayuda a la mujer. Esto hace parte de una tendencia regional que mantiene la bandera de la niñez como herramienta de desarrollo sobre la bandera de ayuda a la mujer para llegar a ese mismo objetivo. La defensa de este esquema indica hasta qué punto la desigualdad de género puede llegar a ser productiva o instrumental para un determinado modelo de desarrollo.

En el caso de los HCB, este escenario muestra, entonces, tres conflictos directos entre los actores del programa. El primero de ellos se da entre madres usuarias e hijos usuarios: la política ayuda a las madres, pero no es tan efectiva ayudando a sus hijos. El segundo está presente entre madres comunitarias y madres usuarias: las primeras prestan su ayuda a costa de su propia explotación. El tercero es el de las madres comunitarias y los niños beneficiarios: ellas son conscientes de que su servicio en el cuidado de niños no es el adecuado, pero sostienen activamente que el programa sirve porque ayuda a otras mujeres, poniendo intencionalmente a los niños en un segundo plano.

Una de las conclusiones importantes del estudio de caso es que los HCB permiten desarrollar una política de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo de manera "orgánica". Por orgánica me refiero a su lugar de creación. La política de conciliación es creada por las burocracias callejeras encargadas de su implementación, y no por el ICBF o los *decision makers* encargados de formular la política pública a nivel macro. Lo anterior implica que, en los HCB, las madres usuarias ganan al ser beneficiarias de una política de conciliación, las madres comunitarias pierden al ejercer un trabajo de cuidado y los niños pierden al estar asociados con una prestación de servicio precaria. Esta situación pone de presente cómo el derecho distribuye recursos en el momento en el que crea las identidades que regula: madre beneficiaria, niño beneficiario, madre comunitaria. Al mismo tiempo, este escenario de conflicto nos recuerda que el derecho es un campo de batalla donde las identidades se enfrentan con distintas prerrogativas, derechos e inmunidades producidas también por la legalidad, pero escondidas debajo de su velo. De esta forma, el derecho participa en el proceso de normalización que nos impide ver estos conflictos y, por el contrario, nos impulsa a seguir viendo realidades en donde las madres e hijos son uno solo, y las mujeres son todas iguales y tienen los mismos intereses.



## **6. FENOMENOLOGÍA DEL ACTIVISMO BUROCRÁTICO**

Las madres comunitarias de los HCB participantes en el estudio de caso<sup>1</sup> nos hablan de una realidad social que cuestiona de muchas maneras cómo pensamos el derecho. Como expliqué en los capítulos anteriores, “lo público” o “el estado” están lejos de ser entidades estáticas. Por el contrario, el uso de esas categorías —como roles privilegiados— está en negociación constante dentro del derecho, entendido como cuerpo incoherente e indeterminado. Las normas nos dan respuestas contradictorias y excluyentes, y estas alternativas benefician o afectan de manera diferente a los actores sociales en juego. Ellas también nos remiten a un escenario social distinto. Su trabajo comunitario, su conexión con la vecindad, su familiaridad con el lenguaje legal, la autocomprensión de su rol en términos colectivos y la manera en la que se relacionan con los organismos del estado que las vigilan no pueden interpretarse fácilmente con las teorías que escinden la realidad social entre lo público y lo privado o entre el estado y la sociedad civil. Contrario a esto, las madres comunitarias pertenecen a una sociedad política que, al ser parte de una ciudadanía precaria, intentan mediante reclamos legales mejorar su posición política (Charterjee, 2004).

Las madres comunitarias no pueden ubicarse plenamente ni en lo público ni en lo privado; pertenecen al estado y a la sociedad civil. Están en

---

<sup>1</sup> El estudio de caso del programa HCB fue realizado durante cuatro meses, de agosto a noviembre del año 2012, en cuatro localidades de Bogotá (San Cristóbal sur, Suba, Simón Bolívar y San Cristóbal norte) y en El Espinal, con diecisiete madres comunitarias. La investigación combinó cinco mecanismos distintos de recolección de información, individualizados tanto en razón del método de recolección como en razón del objeto de estudio. Estos mecanismos incluyeron: la documentación de experiencias en diarios de campo como técnica etnográfica, las entrevistas semiestructuradas a funcionarios del ICBF y a administrativistas expertos, las observaciones del funcionamiento de los HCB, el análisis documental de varios de los oficios que producen las madres comunitarias en su gestión cotidiana y los grupos focales. El detalle de las actividades realizadas puede encontrarse en el anexo 1. A manera de resumen, la investigación sirvió para recopilar información mediante diecinueve entrevistas semiestructuradas, noventa horas y 35 minutos de observación, tres grupos focales, la documentación de experiencias informales con los actores de los HCB en un diario de campo y el análisis documental de ocho formatos oficiales generados por las madres comunitarias y revisados por el ICBF.

el medio y, haciendo su trabajo como estado o como mercado, participan de una realidad inexplicable para el derecho: particularizan los conflictos, toman decisiones subjetivas, no tienen patrones de actuación, usan sus roles para desarrollar sus propias agendas. Ese patrón inexplicable para las teorías clásicas del comportamiento burocrático y el derecho administrativo clásico es lo que busco explicar con la propuesta del *activismo burocrático*. Como fenómeno jurídico, este denota el comportamiento de las burocracias callejeras, aquellas que están, como las madres comunitarias, en un espacio de frontera entre lo público y lo privado, aplicando de manera discrecional el derecho y construyendo el principio de legalidad todos los días.

El activismo burocrático se refiere precisamente a la vida cotidiana de administración pública en contextos propios de una sociedad política (Epp, 2010). En efecto, aunque los debates del derecho en general y los derechos en particular se han estudiado en relación con el litigio y las estrategias de movilización de los movimientos sociales (Commaille & Kaluszinsky, 2007; Israël, 2009), en mayor medida adquieren una realidad más mundana en los dispositivos de la administración pública que servirá de base para su aplicación: oficinas administrativas, comités encargados de la asignación de derechos, oficinas públicas que entregan beneficios o deciden sobre sanciones y las personas que toman esas decisiones (D'Halluin, 2010; Dubois, 2009; Fischer, 2009; Lejeune, 2011; Siblot, 2006; Warin, 2006; Weller, 1999). Este “giro a las raíces de la administración” ilumina actores que antes nos resultaban invisibles<sup>2</sup>. Así, analizar cómo actúan las burocracias callejeras es una pieza clave para determinar cómo se entregan las prestaciones sociales dentro de una foto más amplia de la realidad social, que desborde el trabajo que hacemos en los juzgados según el modelo de la aplicación de la ley, centrado en el ejercicio clásico de la adjudicación (juez-juzgado). Lo particular de esa fotografía que nos ayudan a construir las madres comunitarias es que el derecho no limita el comportamiento de los actores inmersos en los conflictos particulares en los espacios específicos. Ellas nos enseñan que los burócratas callejeros tienen mucho más poder del que el derecho dice que tienen, y ellas mismas son conscientes

---

<sup>2</sup> Es reciente el interés de la academia por “salir” del derecho constitucional y el debate del activismo judicial como motores de la producción académica (Alviar & Jaramillo, 2012). Por eso, esta investigación hace un esfuerzo por descentrar las discusiones constitucionales y desarrollar reflexiones sobre lo público en un sentido distinto. La exacerbación de los análisis constitucionalistas y teóricos en torno al activismo tiene principalmente dos manifestaciones: (i) el fenómeno de la “constitucionalización” de todo el derecho, que se refiere a la expansión de las lógicas del derecho constitucional a los lugares más lejanos del derecho penal, civil y comercial, entre otros; y (ii) la obsesión con el debate sobre la decisión judicial. Una de las manifestaciones de este fenómeno es la lectura de reflexiones en filosofía del derecho como exclusivamente dedicadas al tema de la discrecionalidad judicial. Para autores como Rojas, la visibilidad de la reflexión en torno a la decisión judicial es solo una peculiaridad de cómo se han localizado en Colombia algunas de las teorías jurídicas contemporáneas. Para este autor, ni Kelsen, ni Hart, ni Dworkin estaban obsesionados con el tema de la discrecionalidad, tal y como lo están sus lectores colombianos (Rojas, 2012).

de detentarlo. Este plus en su capacidad de actuar, hacer e ir más allá del derecho es lo que llamo *activismo burocrático*.

El análisis de las madres comunitarias como burocracias callejeras también rompe con las distinciones legal/discrecional, en el sentido de plantear un continuo entre lo que implica la discrecionalidad y significa la legalidad. Lo legal es lo que hacen las burocracias callejeras mediante el activismo burocrático. Al respecto, quiero reiterar que esta investigación no analiza la discrecionalidad de las madres como un acto de desobediencia de la norma o que va más allá de ella, como si las normas tuvieran significados precisos (Duncan Kennedy, 1997). Por el contrario, asume que el texto de la norma es indeterminado y representa uno de los tantos factores que están en juego cuando las burocracias callejeras actúan (*véase* sección “¿Cómo es el derecho?: legalismo liberal y análisis distributivo”).

Es importante aquí hacer algunas precisiones. Una interpretación de lo que he venido diciendo podría llevar a pensar al lector que la discrecionalidad de las burocracias callejeras es algo que le sucede particularmente a esta clase de actores cuando son parte de la fase de la implementación de políticas sociales tercerizadas. Al respecto, en el capítulo 4 aclaro que si bien este empoderamiento puede relacionarse con la tercerización de las políticas sociales en el marco de la implementación del Consenso de Washington, no puede establecerse un nexo causal directo entre estos fenómenos. Por un lado, no utilizo herramientas metodológicas para determinar relaciones de causalidad o correlación; por otro, la perspectiva teórica que adopto sostiene que el carácter indeterminado del derecho es una característica continua del mismo, que varía dependiendo del contexto<sup>3</sup>.

En este capítulo ofreceré una aproximación a una fenomenología del activismo burocrático por medio del análisis de cuatro características de las burocracias callejeras en el caso de las madres comunitarias de los НСВ. La primera sección se centra en los rasgos que determinan su identidad social y su nivel de formación; la segunda analiza dos de los escenarios de decisión para determinar su grado de conciencia respecto a la discrecionalidad que ejercen en su labor y a su incidencia en los cambios sociales; en la tercera sección se organizan los resultados de las observaciones del trabajo de campo en una tipología de las madres comunitarias, para comprender las distintas manifestaciones del activismo burocrático como una forma cotidiana de construir el principio de legalidad.

---

<sup>3</sup> He dedicado varias reflexiones a analizar si para los estudios críticos del derecho la indeterminación es una característica esencial. Aunque para la crítica neopragmatista del derecho esas actitudes metafísicas pueden ser poco productivas para la academia (Rojas, 2013), pienso que acoger la tesis de la indeterminación del derecho puede ser reconocida como una característica continua de los estudios jurídicos críticos, no como una esencia, porque la intención de la indeterminación es referirse a una suerte de contingencia de los resultados que ninguna “esencia” podría capturar.

## HACIA UNA FENOMENOLOGÍA DE LA DECISIÓN BUROCRÁTICA

La literatura sobre las burocracias callejeras nos alerta de muchas maneras respecto de la importancia del contexto particular en el que se desarrolla la interacción con el ciudadano (Sommer & Ostergard, 2013; Watkins-Hayes, 2009). Así, una fenomenología de la decisión burocrática debería ser sensible al menos a las siguientes preguntas: ¿quién es el burócrata?, esto es, ¿cuáles son los rasgos esenciales de su identidad social?, ¿cuál es su formación?, ¿qué grado de conciencia tiene sobre su discrecionalidad y el poder de cambio de su agencia dentro de la vida cotidiana de los ciudadanos que atiende?

La pregunta acerca de la identidad social del burócrata callejero indaga, en general, por las características de clase, raza y sexo de cada sujeto (Watkins-Hayes, 2009). Si existe algo particular en la adjudicación de derechos que realizan los burócratas callejeros es que estos responden a marcadores identitarios distintos. Mientras los jueces pertenecen a clases medias educadas con entrenamiento profesional, los burócratas callejeros suelen ser personas de la misma clase social que sus usuarios, normalmente clases bajas (Maynard-Moody & Musheno, 2003). Para describir la manera en que toman las decisiones sobre los beneficios que entregan es importante tener presente que ellos viven en los mismos barrios que los usuarios, tienen códigos de vestuario y comportamiento iguales y se reconocen como pertenecientes a grupos raciales similares.

Además de la identidad, la literatura sobre burocracias callejeras también ha señalado la importancia de la formación o capacitación previa para desarrollar su labor. Esto se refiere a algún tipo de educación específica en el oficio que desarrollan (i.e. trabajo social, seguridad, educación escolar). El tema de la “disciplina” ha sido ampliamente debatido en los Estados Unidos respecto a los trabajadores sociales, pues existe evidencia empírica que muestra cómo la existencia de formación o enseñanza del oficio previa, que familiarice a los burócratas con el deber ser de su rol, constriñe o limita la discrecionalidad de sus decisiones (Evans, 2010; Hollis & Howe, 1987). Pese a ello, algunos autores insisten en la alta discrecionalidad y nivel de agencia de los burócratas callejeros (Maynard-Moody & Musheno, 2003).

Los nuevos debates sobre el tema del comportamiento de las burocracias callejeras también abordan el grado de conciencia que tienen los burócratas de su discrecionalidad y su relación con cambios sociales positivos (Maynard-Moody & Musheno, 2003). Los burócratas callejeros tienen una particularidad: son conscientes del margen de maniobra que tienen en el momento de ejecutar las políticas públicas a las que están vinculados. Saben que pueden cambiar el rumbo de las cosas, que pueden dar a veces

más y a veces menos, pero experimentan sentimientos de libertad y restricción frente a esas posibilidades. Son conscientes de que pueden cambiar el contenido de las políticas, pero al mismo tiempo tienen miedo de desplegar su agencia de manera abierta, frecuente y visible. Esto sucede a veces por temor a la supervisión y otras por un simple autosabotaje, que obedece a una autoimagen implantada de incompetencia e ineptitud. La administración pública neoliberal es responsable de crear esa imagen de los burócratas como pusilánimes pues le resulta funcional para evitar el acceso masivo a la administración (Maynard-Moody & Musheno, 2003).

Investigaciones sobre el tema desarrolladas con trabajadores sociales y policías en los Estados Unidos dan cuenta de la nitidez en el grado de conciencia que el burócrata callejero obtiene sobre su rol en cuanto a poder de cambio o poder de afectación de las personas con las que interactúa en su servicio. Pese a ello, otro rasgo presente es el continuo sentimiento de frustración respecto a su capacidad de ayuda. Esto tiene, al menos, dos explicaciones: por un lado, los planes y políticas de estado son tan amplios que generan frustración respecto a las restricciones presupuestales que conocen las personas que los ejecutan; por otro, el mismo estado se encarga de incorporar este sentimiento en las burocracias callejeras, como entrenamiento propio de su rol (Lipsky, 1984; Maynard-Moody & Musheno, 2003).

En esa línea, el reconocimiento del nivel de discrecionalidad se analiza en función de los distintos tipos de relaciones que los burócratas callejeros desarrollan con los actores de su contexto: la comunidad en general, la organización u órgano de control y los beneficiarios particulares de su servicio (Portillo, Rudes, Viglione & Nelson, 2013). Así, mientras tienden a admitir fácilmente su nivel de discrecionalidad frente a los individuos, lo hacen en menor proporción frente a la comunidad en la que participan y a los organismos que los vigilan.

En el marco de las claves teóricas anteriores, se puede afirmar que las madres comunitarias participantes en el estudio de caso son un buen ejemplo de la simetría de clase entre burócrata y ciudadano que propone la literatura. Dado que el hogar es su espacio de atención dentro del vecindario, los beneficiarios son sus vecinos. Esto implica similitud en las características sociales básicas, al menos en lo que a estratificación socioeconómica y códigos sociales se refiere. Las madres comunitarias son mujeres de los estratos sociales 1 y 2, como sus usuarios, con nivel de formación media y acceso constante a un bien inmueble, por la propiedad de familiares (esposos o padres, usualmente) o por la presentación de un contrato de arrendamiento mantenido hace un buen tiempo (Herreño, 1999)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> El presente análisis no tiene en cuenta las características de raza ni identidad étnica de las madres comunitarias participantes en el estudio de caso.

En materia de formación para el ejercicio de su labor, el lineamiento técnico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar les pide como mínimo ser bachilleres, sin embargo, varias de ellas tienen títulos técnicos del SENA en educación y cuidado infantil. El ICBF realiza en promedio un taller de formación al mes con funcionarios o contratistas y tiene designadas fechas específicas para encuentros zonales de madres comunitarias (Camacho, comunicación personal, agosto de 2012). Al respecto, las madres reportan en las entrevistas realizadas que asisten a “muchas capacitaciones” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012). A pesar de esto, y contrario a lo señalado por la literatura, no ven las capacitaciones como restricciones a su nivel de discrecionalidad. La siguiente sección presenta el análisis de dos espacios de decisión de las madres comunitarias participantes en el estudio y el grado de conciencia que tienen tanto de su discrecionalidad, como de su capacidad de incidir positivamente en la situación de las mujeres beneficiarias.

## **LAS DECISIONES DE LAS MADRES: DISCRECIONALIDAD Y AGENCIA**

Los hogares comunitarios observados en Bogotá y El Espinal evidencian la existencia de sociedades políticas o espacios politizados en la medida en que generan escenarios propicios para la construcción de interacciones sociales estrechas. Allí las madres comunitarias pertenecientes a una localidad promueven eventos alrededor de los niños, los que generan espacios sociales aprovechados por los líderes comunitarios para dar otro tipo de información: trámites burocráticos para acceder a subsidios, opciones políticas, nuevos programas sociales, entre otros (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). En esas reuniones periódicas alrededor de los HCB y el ICBF, los padres se conocen, conversan, se vuelven amigos, acuerdan razones para oponerse al Instituto u otras instituciones oficiales o hacen grupos de colaboración para las reuniones, y se convierten en una comunidad (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). En este tipo de escenarios politizados (*véase* el contexto de la investigación en la sección “Contexto de la investigación”), las madres comunitarias reportan un grado de discrecionalidad alto en la toma de decisiones.

Dentro de las observaciones realizadas, se analizaron dos campos de decisión concretos: la selección para el ingreso de menores al HCB y la entrega de beneficios. Las dos operaciones están reguladas por el “Lineamiento técnico administrativo, modalidad hogares comunitarios de bienestar en todas sus formas (FAMI, familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad”. Este documento, dirigido y oponible a las madres comunitarias y a los funcionarios vinculados con esta política pública, como

ya mencioné, consta de 452 páginas y es actualizado con alguna regularidad por parte del ICBF. La última versión disponible y suministrada por la entidad es de marzo de 2011 (ICBF, 2011). La siguiente sección analizará cada escenario de decisión por separado.

## **Criterios de selección para el ingreso de menores a los HCB**

Respecto al primer escenario de decisión, el lineamiento técnico dispone en su página 11 lo siguiente:

4.2 El servicio está dirigido a:

Niños y niñas entre 0 y 5 años de edad, pertenecientes a familias clasificadas de acuerdo con los criterios definidos por el ICBF.

Niños y niñas hijos de familias en situación de desplazamiento.

Niños y niñas remitidos por la RED UNIDOS.

Niños y niñas de los niveles 1 y 2 del SISBEN.

Niños y niñas que por el trabajo de sus padres o adultos responsables de su cuidado tienen que permanecer solos.

Niños y niñas menores de 5 años con discapacidad leve.

Excepcionalmente, se brindará atención en los HCB a los niños mayores de 5 años en las situaciones contempladas en los artículos 3, 4 y 6 de la Resolución 1064 del 24 de mayo de 2007, emanada de la Dirección General del ICBF.

En el caso de los hogares empresariales tendrán prioridad los niños de los trabajadores con menores ingresos.

Mujeres gestantes, madres lactantes.

Niños y niñas pertenecientes a grupos étnicos (indígenas, afrocolombianos, raizales y ROM), teniendo en cuenta la libre elección de la comunidad representada en sus autoridades y organizaciones sobre la implementación del programa (ICBF, 2011).

La decisión de la madre comunitaria respecto a la recepción de niños en su HCB difícilmente puede predecirse con la lectura del numeral 4.2 del lineamiento técnico. Pese a que varias de las madres comunitarias se quejan de la deficiencia de las entidades territoriales en la actualización del Sisbén (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012), utilizan un conjunto de criterios paralelos durante la selección de su población beneficiaria. La manera en la que operan dichos criterios, la dinámica de poder que implican, la inestabilidad de los resultados y la contingencia en la aplicación de las normas es lo que denominé *activismo burocrático*. Es decir, se trata de una manifestación de la discrecionalidad de las decisiones de las burocracias administrativas.

Existe un sesgo evidente respecto al origen de los niños aceptados. La mayoría de ellos son “remitidos”<sup>5</sup> por algún familiar o conocido. Es decir, las madres comunitarias cuidan de manera preferente a los hijos de sus familiares (hijos de hermanas, cuñadas o tías) o amigas (personas del vecindario, amigas de la familia o de la escuela) (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012). Por ejemplo, en tres de los HCB visitados, el 100% de los niños tenía un vínculo previo con la madre comunitaria, pero no estaban matriculados de manera oficial en el programa (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012).

De igual manera, existen criterios ocultos de “veto” frente a algunos solicitantes. Haber discutido con la madre comunitaria en distintos escenarios de la vecindad (salones de belleza o parques fueron los ejemplos encontrados), ser hijo de alguien involucrado en algún escenario de infidelidad o estar relacionado con actividades sospechosas (como robo, prostitución o delincuencia organizada) son causales de veto de los niños en algunos de HCB visitados. Tal y como lo mencionó una madre comunitaria: “Si estas personas insisten en el centro zonal debemos recibirlos, después se ve como se les hace el quite. Es mejor no estar relacionado con malas personas” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012)<sup>6</sup>.

## Entrega de beneficios

Uno de los principales hallazgos de las evaluaciones de impacto de los HCB ha sido la heterogeneidad de los resultados obtenidos en diferentes unidades de análisis, correlacionada con la discrecionalidad con que toman las decisiones las madres comunitarias (Bernal *et al.*, 2009; Hoyos, 2002; ICBF, 1997). Esto implica que, pese a no tener un vínculo causal que implique que la discrecionalidad produce la heterogeneidad, discrecionalidad y heterogeneidad son dos características paralelas del programa. Un hogar comunitario de San Cristóbal sur puede estar a cargo de una mujer que cumple estrictamente los horarios, aplica las minutas alimentarias y llena el programador de las actividades los días 30 de cada mes. Pero un kilómetro más allá, en la misma localidad, bajo el control de la misma asociación, hay otra madre comunitaria que no tiene horarios, cocina lo que tenga si no hay visita del ICBF o la ONG y nunca llena los programadores como un mecanismo de planificación, o escribe las mismas cosas en distinto orden un día antes de la revisión; tiene claro que esos documentos no sirven para nada y no quiere perder el tiempo con ellos (Diario de campo, noviembre de 2012).

---

<sup>5</sup> Esta palabra fue constantemente utilizada por las madres comunitarias entrevistadas.

<sup>6</sup> La información entregada por las madres en los grupos focales fue triangulada con las características de los niños admitidos informalmente. Solo en dos de los HCB observados la triangulación pudo hacerse con las hojas de inscripción de todos los niños admitidos.

La heterogeneidad también se evidencia en los beneficios entregados a los niños (afecto, atención, comida, entre otros). Las madres comunitarias toman sus decisiones al respecto con base en criterios informales, externos a la norma y subjetivos, que son un efecto no esperado de la norma misma. Por ejemplo, los niños relacionados con la madre comunitaria por un vínculo familiar reciben más atención y cuidado que los demás niños del HCB, así como diferentes porciones de comida y alimentos (dulces adicionales, diferentes bebidas, mejores utensilios para comer). Por el contrario, los niños de las madres o familias “problemáticas” tienen dificultades de acceso a los beneficios rutinarios (juegos, colores, libros, cobijas, entre otros). Esta diferencia de distribución es visible en el afecto y el cuidado. Un patrón notable en este aspecto es la deferencia que existe en la distribución de afecto hacia los niños pertenecientes a la familia de la madre comunitaria (sobrinos, primos e hijos). En general, la distribución del afecto es una actividad compleja, por ejemplo, a algunos niños los alzan y consuelan cuando se golpean, cuentan con la atención constante de las madres y auxiliares y son protagonistas de todos los ejemplos y juegos, mientras que otros no reciben estos beneficios (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012).

Lo anterior indica una vez más que el escenario de ejecución de los HCB está altamente permeado por la informalidad o por las decisiones que se encuentran en la sombra de lo previsto por el lineamiento técnico del ICBF<sup>7</sup>. En la vida cotidiana de la política social puede verse cómo las excepciones a los horarios de ingreso y de salida de los niños son muy frecuentes y, en esa medida, los programas funcionan más como una red de apoyo para vecinas, amigas y familiares ubicados en la misma zona, para el cuidado de niños en horarios laborales, que como una política de fortalecimiento a la primera infancia. En consecuencia, la diversidad en la entrega de los beneficios a los niños vinculados con el HCB puede ser una causa de los resultados heterogéneos que muestra la política en términos de cuidado infantil<sup>8</sup>.

## Conciencia de la discrecionalidad

El análisis de los criterios que utilizan las madres comunitarias entrevistadas respecto al ingreso de los niños y la distribución de beneficios ilustra el carácter discrecional y contingente de sus decisiones y la conciencia que tienen de ello. Esta última característica algunas veces la explican las mismas madres en función del rasgo inherente que tiene su labor: “¿Qué es

---

<sup>7</sup> La sección “El comportamiento de las madres comunitarias frente a las normas” ofrece un análisis más detallado del comportamiento de las madres comunitarias participantes respecto a las normas.

<sup>8</sup> Pese a ello, hay evidencia empírica que resalta el mejor desempeño del programa HCB frente al desarrollo infantil que otras políticas públicas con el mismo objetivo, como el programa “Más Familias en Acción” (Pineda Duque, comunicación personal, febrero de 2013).

lo que hago?, pues lo que sé hacer [...] ser mamá” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). Esta naturaleza femenina del servicio prestado está en constante tensión con la pretendida reglamentación por parte del ICBF del trabajo de cuidado. En este sentido, una madre comunitaria manifiesta: “[...] pues el trabajo es fácil [...] es que uno básicamente hace lo que le sale del corazón con los niños, nadie le enseña a hacer uno eso, ni el lineamiento, ni el ICBF ni la asociación [...] usted es mamá y punto. ¿O es que el lineamiento le va a enseñar a ser madre?” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

Dado que entienden su rol como algo inherente o natural a su identidad de madres, el manejo de las decisiones cotidianas no puede ser anticipado de ninguna manera.

Las madres comunitarias tienen diferentes reacciones cuando se las interpela por las situaciones en las cuales no siguen de manera estricta las indicaciones del lineamiento técnico del ICBF. Algunas reconocen abiertamente la discrecionalidad en el manejo de su HCB y vinculan su actuar con justificaciones concretas. Por ejemplo, esta fue la respuesta de una de las madres entrevistadas cuando le pregunté acerca de inscribir niños “remitidos” por sus familiares, amigas o conocidas: “[...] pero claro que tengo más niños hijos de mis conocidas, no ve que uno no le suelta su niño a cualquier persona. [...] se escuchan tantas cosas que las mamitas tienen que estar seguras de que los niños van a estar bien en su hogar, por eso yo tengo solo a los hijos de mis amigas o de vecinas que conozco ya tiempo y que confían en mí, que saben que yo les voy a cuidar bien al niño porque las conozco y ellas saben de mí” (Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima, 2012).

Otras madres comunitarias tratan de ocultar la agencia personal en sus decisiones y un tercer grupo la niega de manera directa. Para varias de ellas, el estado “les debe” el poder tener este nivel de agencia: “Estoy prestando mi casa, mis muebles, mi tiempo que no me lo pagan [...] por qué no voy a poder consentir más a mi sobrino” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

El alto grado de discrecionalidad que reportan las madres comunitarias participantes en el estudio de caso también se relaciona con el grado de conciencia que han desarrollado acerca de su capacidad para generar cambios sociales positivos. Mientras en los escenarios de debate nacional nunca se percibe a los HCB como políticas de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo<sup>9</sup>, algunas madres comunitarias reconocen sin pudor que ellas trabajan para las madres, no para sus hijos: “Los niños no son nuestro objetivo, son las madres” (Grupo focal realizado en San Cristóbal

---

<sup>9</sup> Sucede lo contrario con los programas del Distrito, directamente pensados como políticas de conciliación.

sur, 2012). En ese sentido, ellas ejecutan una política de conciliación “en acción” diferente a la política que, en teoría, favorece solo a los niños. Algunas de ellas tienen opiniones muy elaboradas acerca de por qué deben trabajar para las madres y cuál es el significado de trabajar en favor de la conciliación del trabajo y la familia: “[...] a nosotras nos pegan menos y nos respetan más si tenemos plata [...] nosotras mismas nos queremos más si tenemos trabajo, así que es bueno ayudar a que las vecinas vayan a sus trabajos; es bueno que lo hagamos cuidándoles sus hijos” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

Este comentario concreta bien lo que significa el activismo burocrático. En el caso de las madres comunitarias este radica precisamente en la creación de la política pública orgánica favorable a las mujeres, desarrollada mediante sus decisiones discrecionales. En este sentido, la discrecionalidad de sus decisiones constituye el sentido de legalidad en los barrios en donde los *НCB* operan. Hablaré más del activismo burocrático aplicado al caso de las madres comunitarias en la siguiente sección.

## **EL FENÓMENO DEL ACTIVISMO BUROCRÁTICO**

El *activismo burocrático* se refiere a las acciones de las burocracias callejeras o a aquellos funcionarios que teniendo un vínculo precario con el estado lo representan en la provisión de bienes y servicios a los ciudadanos e interactúan con ellos en el último nivel de la implementación de políticas públicas. Dado que los funcionarios de uno u otro modo toman decisiones discrecionales en ese último nivel, ellos terminan modificando el contenido y las políticas que originalmente había diseñado el estado. Para facilitar la comprensión del activismo burocrático en el caso analizado, identifiqué cuatro tipos de madres comunitarias en razón de dos criterios internos: su grado de conciencia respecto a su discrecionalidad y su relación paralela con el estado en cuanto al acatamiento o subversión de las reglamentaciones. Esto significa que mientras la discrecionalidad permanece (todas las madres comunitarias actúan con criterios distintos y favorables a las mujeres usuarias, pese a que narren o reporten su comportamiento como más o menos cercano al lineamiento técnico), su grado de conciencia sobre esa discrecionalidad y su grado de exteriorización o reconocimiento de ella varía. Así, este escenario recrea cómo el comportamiento de las madres media entre sentimientos de libertad y restricción.

La tipología propuesta también tiene en cuenta un criterio externo: la cercanía de las madres comunitarias a organizaciones de base o al *ICBF*, dado que el trabajo de campo también mostró que uno de los factores determinantes en la vida de las madres comunitarias es la creación de redes de capital social que representan “nuevos apoyos” en sus vidas. Así, vincularse como madres comunitarias significa para las mujeres de barrios de

estratos 1 y 2 pertenecer a una comunidad heterogénea movida por intereses comunes, tener amigas, compartir temas de conversación y tener visibilidad en las comunidades locales. La heterogeneidad de esta comunidad está dada, dentro de los lugares sociales observados, por la cercanía a distintos grupos de apoyo que despliegan discursos opuestos en torno a qué debe hacer el programa de los HCB, cuál es el rol de las madres comunitarias y si estas deben o no tener un impacto político. Mientras algunas madres son más cercanas a organizaciones sociales de base, sindicalizadas y muy activas en términos de las protestas y la movilización en contra del estado para lograr un salario justo, otras madres se hacen amigas y confidentes de las funcionarias del ICBF en los centros zonales. Estos contactos contingentes, que construyen las madres conforme a las empatías cotidianas, determinan también la pertenencia de la madre a uno u otro de los tipos ideales que esta investigación construye, porque afectan el marco de referencia social con el que ellas construyen su autoimagen y la necesidad de su rol dentro de un contexto más amplio (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012).

La siguiente tabla organiza los diferentes tipos de madres en razón de las variables propuestas<sup>10</sup>:

TABLA 4

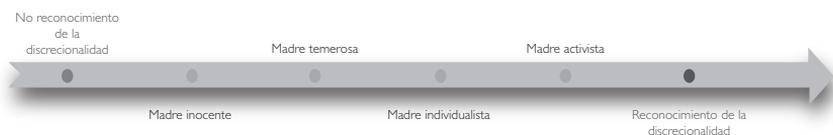
Tipos de madres

Consciencia de la discrecionalidad de las decisiones	Relación con el estado		
		Subvierte reglamentaciones	Acata reglamentaciones
Alta	Madre activista	Madre temerosa	
Baja	Madre individualista	Madre inocente	
Redes		Organizaciones de base	ICBF

De acuerdo con los criterios anteriores, las madres están organizadas en cuatro grupos: activistas, individualistas, temerosas e inocentes. Mientras las madres activistas y temerosas tienen una alta consciencia de la discrecionalidad de sus decisiones, las individualistas y las inocentes reportan o exteriorizan poca consciencia sobre su discrecionalidad. Sin embargo, las madres activistas e individualistas son cercanas a las organizaciones de base, en tanto que las temerosas y las inocentes construyen sus redes de apoyo en torno al personal del ICBF.

<sup>10</sup> Este ejercicio está inspirando en la clasificación de los jueces que hace Duncan Kennedy en su libro *A Critique of Adjudication*, en el cual le es útil describir varios tipos de jueces para explicar aproximaciones diferentes a los sentimientos de libertad y restricción en el escenario de la adjudicación (Duncan Kennedy, 1997). Esta clasificación fue sugerida por la socióloga María José Álvarez Rivaduilla, lectora de la tesis doctoral, el 17 de octubre de 2013, en la Universidad de los Andes. Ella es profesora del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad del Rosario.

Aunque las denominaciones se refieren a los rasgos de personalidad, los adjetivos seleccionados enfatizan lo que estas tipologías implican en términos de conciencia sobre la discrecionalidad de las decisiones o desapego a la ley. En este sentido, la denominación *madre activista* reúne a un grupo de mujeres que saben que tienen agencia como burócratas callejeras y exponen sin temor el grado de interferencia de sus preferencias en el resultado de la política social. Así, estas madres son las que mueven la agenda “nosotras trabajamos por la mujeres, no para sus hijos”, que expliqué en el capítulo anterior. Por el contrario, la *madre inocente* niega que tal discrecionalidad exista y narra su trabajo diario en términos cercanos al lineamiento técnico entregado por el ICBF. Los tipos intermedios tienen posiciones distintas: mientras la *madre individualista* es consciente de su discrecionalidad, no la justifica socialmente. Esto implica que no la usa en favor de fines comunitarios, pero es consciente de que podría hacerlo y lo expresa. De manera opuesta, la *madre temerosa* reconoce indirectamente su nivel de discreción tal vez por la presión que siente por parte de los supervisores.



Esta gráfica explica la ubicación de los tipos de madres comunitarias en razón al grado de discrecionalidad admitido. Mientras la madre inocente representa el grado de reconocimiento mínimo (mayor experimentación de restricción), la madre activista personifica el grado de reconocimiento máximo (mayor experimentación de libertad). A continuación explicaré cada tipo de madre comunitaria.

## La madre activista

Las madres que tienen un rol visible dentro de los HCB generalmente aceptan el alto grado de discrecionalidad de su labor y el nivel de agencia que ejercen frente a la política pública en acción, que da mayor prelación a las madres que a sus hijos. Son conscientes de que el trabajo que realizan solo es rentable socialmente si “traicionan” el guión del estado. Tienen claro que su rol debe ser estratégico para conseguir más y mejores condiciones, no solo para ellas sino para las mujeres de sus comunidades. Estas madres son lideresas comunitarias y conectan su rol de trabajo de cuidado en el HCB con otras labores visibles dentro del campo social: son lideresas políticas, sirven de bisagra con los representantes de los programas sociales en la localidad, manejan un alto grado de conocimiento del lenguaje legal, entre otros. Igualmente son madres ejemplares dentro de su labor, organizan

y guían a sus compañeras y usualmente movilizan las acciones de grupo<sup>11</sup>. Ellas lideran la interlocución con el ICBF en momentos de conflicto y con frecuencia tienen relaciones personales conflictivas con las supervisoras de los centros zonales (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012).

### **La madre temerosa**

La madre temerosa generalmente se encuentra en el círculo cercano de la madre activista: construyen una red de apoyo, se prestan los materiales, se intercambian el trabajo, van juntas a las reuniones (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012). Este tipo de madre se capacita, atiende a todos los llamados y siempre está presente en las movilizaciones del grupo. Pese a su constante capacitación e interacción social, pocas veces habla en público y es esquiva al momento de manifestar sus opciones o posiciones. No reconoce el carácter discrecional de su trabajo y siempre tiene respuestas diplomáticas a las preguntas que le hacen, y la mayoría de veces estas respuestas replican lo mencionado por sus compañeras.

### **La madre individualista**

La madre individualista es poco amiga de la movilización. No reconoce la discrecionalidad de su trabajo, pero tampoco esconde sus resultados. No va a las reuniones con las otras madres comunitarias, no abre su hogar para la indagación, no le interesa estar en contacto con su comunidad en otras esferas. Ella hace su trabajo. Manifiesta siempre que escogió ser madre comunitaria porque le permitía estar cerca de su familia mientras trabajaba, pero no reconoce su labor como “pública” o “social”. Dice que su trabajo “es la forma que tiene de ganarse la vida” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012), así que con frecuencia se ríe cuando sus compañeras tratan de defender el rol de la madre comunitaria como un papel visible dentro de la comunidad y con algunos efectos filantrópicos. Usualmente las madres individualistas tienen relaciones personales conflictivas con las madres activistas y temerosas.

### **La madre inocente**

La madre inocente suele ser cercana a la madre individualista, pero tiene un nivel de participación mayor en los escenarios de acción colectiva. Va a las reuniones que citan sus compañeras porque “lo entiende como parte

---

<sup>11</sup> Las movilizaciones de las madres como grupo son frecuentes. Como se explicó antes, pese a no tener un estatus laboral, las madres comunitarias están sindicalizadas y tienen una vida políticamente activa. No solo se movilizan con determinados propósitos sociales y políticos, sino que también acuden a las figuras de los paros nacionales y territoriales para llamar la atención de la Dirección del ICBF.

de su deber, mas no porque quiera hacer paros y problemas” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012). Siempre es muy cercana al ICBF y a las personas del centro zonal; hace parte de su red de apoyo. Visita frecuentemente a las supervisoras del centro zonal y las mantiene al tanto de la cotidianidad del hogar comunitario, así como de las movilizaciones o reuniones paralelas al ICBF que promueven las madres activistas.

Este tipo de madre percibe su trabajo como una “entrega a los niños”. Intenta tener siempre todo organizado para las visitas del ICBF y narra su actividad dentro de las mismas categorías que el ICBF lo hace. Pese a que en la cotidianidad ejecuta el mismo grado de subjetividad en las decisiones respecto al ingreso de niños y entrega de beneficios, se muestra ansiosa frente a esta realidad: “Es muy difícil organizar a la gente, aquí trabajamos con las uñas y a veces me queda difícil cumplir con lo que el ICBF nos pide” (Grupo focal realizado en San Cristóbal sur, 2012).

Los cuatro tipos de madres (activista, individualista, temerosa e inocente) construyen un mapa completo y particular del activismo burocrático. Es completo, en la medida en que agota la información disponible sobre el lugar social investigado. Es particular, porque muestra la especificidad del derecho entendido como decisiones de burocracias callejeras. Esta tipología está construida para organizar las diferentes variaciones de comportamientos burocráticos en torno a la conciencia de la discrecionalidad sobre las decisiones seleccionadas: ingreso de niños y distribución de bienes en los HCB. En ese sentido, es una tipología sensible a la categoría del activismo burocrático entendida como los distintos niveles de combinación de sentimientos de libertad y constricción frente a las normas, de un operador jurídico de nivel callejero.

## **A MANERA DE CONCLUSIÓN**

En la fase de la implementación de la política pública, las madres comunitarias han creado una política social “en acción” distinta a la política pública anunciada “en los libros” (Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012). Mientras el lineamiento técnico del ICBF se dedica a configurar el programa de Hogares Comunitarios de Bienestar como una política dirigida a la formación de la primera infancia en estratos bajos, las madres comunitarias han creado una política social en acción que tiene como principales beneficiarias a sus vecinas. Ello implica tener distintos grados de conciencia sobre el objetivo general que se cumple con el programa y el nivel de maleabilidad que dichos objetivos tienen en las manos de sus ejecutoras, las madres comunitarias. Mientras existen madres que son completamente conscientes de su nivel de agencia sobre los resultados del programa, y lo presentan como logro político para desarrollar sus agendas particulares, otras madres esconden u ocultan su grado de discrecionalidad

(Diario de campo, septiembre-diciembre de 2012). Pese a que este grado de conciencia varía, la verificación de la manera en que se toman las decisiones respecto del acceso al *НСВ* y la distribución de los beneficios que allí se entregan sostienen el activismo burocrático como fenómeno: este se compone de las acciones de los ejecutores de las políticas públicas, en las que el principio de legalidad no existe como realidad preexistente sino como realidad negociada en los puntos capitales, en donde el estado tiene contacto directo con los ciudadanos.

Ese universo de variación nos indica que el contenido de las decisiones legales en los espacios microsociales y los resultados de las interacciones de lo público con los ciudadanos en el último nivel de ejecución de las políticas públicas dependen de variables contingentes: las amistades de las madres, sus alianzas, sus simpatías, su temperamento. Así, el hecho de que las etiquetas de los tipos de madres tengan el sesgo de la personalidad de las madres nos lleva a pensar que son las personas y los contextos, y no las normas, las que determinan el resultado de la aplicación de la ley.



# **CONCLUSIONES**

Este trabajo de investigación ofrece una respuesta alternativa a la pregunta por las formas en que aparece el estado en la vida cotidiana de los ciudadanos, con base en una lectura crítica del derecho administrativo, desde una perspectiva neorrealista y fenomenológica. Esta pregunta surgió tras evidenciar algunas limitaciones en la forma habitual en que la academia legal ha pensado el estado. Por un lado, según la sociología jurídica, este aparece como algo ausente o fallido y, para el derecho administrativo clásico, las preguntas que conectan el derecho y el estado con la realidad son irrelevantes. Por otro lado, al aproximarme a la literatura clásica sobre las burocracias y la administración pública, también observé que había muy poca literatura cruzada entre la sociología del derecho y las lecturas sobre la administración pública. Además, había aun menos conexión documentada en torno al derecho administrativo y su relación con el tema de las burocracias desde el punto de vista teórico. Ya en el tema de las burocracias observé cómo algunas de las críticas al modelo weberiano dialogaban bien, sin citarse de manera expresa, con algunas de las tesis de la teoría jurídica en torno a la discrecionalidad de los operadores jurídicos y la indeterminación de las normas. Siendo la teoría jurídica mi área de concentración, traté de establecer el diálogo entre algunas propuestas de la teoría jurídica con el derecho administrativo clásico.

El derecho administrativo es la rama del derecho habitualmente encargada de construir la relación entre estado y ciudadano. Para su aproximación más tradicional o DAC, esta relación parte de ciertas premisas: el ciudadano siempre está subordinado al estado, el estado es un ente abstracto y el derecho administrativo es un proceso que debe garantizar que esa asimetría de poder no se desborde. El derecho administrativo es, como lo mencionaba alguna de mis entrevistadas expertas, “una oda al principio de legalidad” (C. Moreno, comunicación personal, octubre de 2012). En contraste, la evidencia recolectada en los Hogares Comunitarios de Bienestar, el lugar social seleccionado para desarrollar el trabajo de campo,

sugiere otros rasgos. El estado está disperso en la realidad de los ciudadanos. Lo que llamamos estado está concentrado en discursos y prácticas de personas que, pese a ser ciudadanos comunes, están de alguna manera conectados con lo público: le prestan servicios a la comunidad, manejan documentos oficiales y visten uniformes con logos de entidades estatales. Ellos no son más que ciudadanos entregando beneficios públicos en espacios periféricos o lejanos a los centros de poder. Sin embargo, son esas las personas que la mayoría de usuarios reconoce como lo público y lo oficial en su vida.

Los HCB son un buen ejemplo de cómo sucede esto. Este programa se encarga de distribuir el cuidado infantil en las localidades y es implementado por mujeres no vinculadas al estado que ejercen su tarea en sus casas. Las madres comunitarias son el *contacto* que los ciudadanos tienen con lo público en los lugares sociales estudiados. Para analizar esta realidad me basé en la teoría de las burocracias callejeras, teoría que desde 1980 habla, precisamente, de esas personas encargadas de administrar la existencia mundana del estado, gestionando de manera cotidiana la prestación de servicios públicos (Lipsky, 2010).

En las observaciones que desarrollé, vi cómo estas burocracias callejeras se relacionan de manera particular con la legalidad. A diferencia de lo que indica el derecho administrativo, su relación no es vertical, supeeditada, constreñida. Lo que prescriben las normas no es lo que sucede en la realidad, pero las normas sí afectan y producen muchos resultados materiales en la realidad de los HCB. Estas personas ubicadas en esas posiciones de interacción con el ciudadano tienen roles creados por el derecho mismo, y sus vulnerabilidades y afectaciones son determinadas de distintas formas por el derecho.

Pese a que su especial condición de marginalidad frente al estado se construye por las vías legales (por ejemplo, no se consideran servidoras públicas o contratistas del estado), estas personas, las burocracias callejeras, producen la legalidad en su actuar cotidiano. Esto quiere decir que, para los usuarios de los programas públicos y los vecinos de lugares concretos, estos burócratas representan al estado. Esta representación es importante porque para esos usuarios y vecinos los beneficios que estas personas administran son algo que se puede afectar, y el resultado de su distribución depende de la manera en la que las interacciones concretas sucedan en momentos específicos. La legalidad es lo que hace la madre comunitaria cuando está vestida con la camiseta del ICBF, mientras trata de decidir cuántos niños recibe y qué tanta comida, afecto y útiles escolares les entrega a cada uno de ellos. La legalidad es la decisión de esperar que toma la madre comunitaria después de recibir llamadas de las usuarias para informar que se demorarán dos o tres horas en recoger a sus hijos.

Esas burocracias callejeras tienen la peculiaridad de ser cercanas a los usuarios. Contrario a lo que se imaginaba el DAC, la manera en que los ciudadanos experimentan el estado no tiene nada que ver con la jerarquía, la verticalidad o la abstracción. El estado no es una ficción, no es nunca algo que no vemos, pero, además, no está ausente. Por el contrario, está siempre presente. Vive en la casa de al lado, produce la legalidad desde su experiencia diaria y puede decidir si me brinda o no ayuda dependiendo de cómo plantee yo la necesidad. Es esa fotografía de la realidad, que muestra relaciones en lo público marcadas por la horizontalidad, la cercanía y la sensación de afectación, la que debe afrontar el nuevo derecho administrativo para dar cuenta de una gestión de lo público distinta a la imaginada por franceses y españoles.

Considerar que el derecho administrativo se agota en el principio de legalidad, como el control de las conductas de los funcionarios públicos, deja por fuera estas realidades que parecen ser más comunes de lo que se piensa en la forma como se ejerce el poder: el regateo, el reclamo y la puja por la discrecionalidad dentro de las nuevas dinámicas de la gubernamentalidad en la sociedad política. Visibilizar esa limitación del DAC frente a situaciones como las de los HCB ha sido uno de los logros de este trabajo de investigación. Para superarla, propongo centrar la atención en dos categorías: las *burocracias callejeras* y el *activismo burocrático*. La primera permite abordar una manera particular en la que el estado existe y aparece en la vida cotidiana de los ciudadanos. La segunda visibiliza la discrecionalidad de los operadores jurídicos de base como un patrón que se relaciona con la manera en que se gestiona lo público. La sinergia entre estas dos categorías indica que los resultados de la interacción estado-ciudadano no pueden ser predecibles sino, por el contrario, contingentes e indeterminados. Otro logro de este trabajo de investigación consiste en construir teóricamente los hallazgos derivados de confrontar en escenarios de política social los preceptos del DAC y en describir las relaciones de poder que se generan entre ciudadano y burócrata en este tipo de contextos.

A continuación describiré en tres secciones el trabajo argumentativo desarrollado. La primera explica cómo se conectan los capítulos para construir teóricamente la respuesta a la pregunta general de investigación. La segunda presenta los resultados más representativos del estudio de caso. La tercera desarrolla las conclusiones puntuales en torno a los ejes de análisis: el debate sobre la ausencia del estado; la reconstrucción de las categorías de derecho administrativo, teoría general del estado y política social; así como la propuesta de utilizar una perspectiva ascendente para analizar el activismo burocrático y su relación con el nuevo derecho administrativo.

## CONSTRUCCIÓN TEÓRICA GENERAL

Desarrollé los capítulos con el siguiente plan de acción. En la introducción describo el alcance de este trabajo, partiendo de la crítica a dos hábitos de pensamiento que han determinado la manera en la que pensamos lo público en nuestro contexto: la patología del estado y el legalismo administrativo. Para superar esos lugares de análisis, propongo la categoría del *activismo burocrático*. Esta es una respuesta a la patología del estado en cuanto lo concibe como una presencia burocrática y también al legalismo administrativo en cuanto cuestiona el principio de legalidad y la división de poderes que orientan su visión clásica. Esta categoría asume que el estado y el principio de legalidad se construyen en la experiencia de burócratas callejeros que a diario interactúan con los ciudadanos. Ello implica que ambos, estado y derecho administrativo, pueden reducirse a una fenomenología de la decisión burocrática, que relate la experiencia de las personas que experimentan lo público en su vida cotidiana.

Para desarrollar el objetivo de construir el activismo burocrático como teoría, en el primer capítulo esbozo el mapa metodológico de la investigación. En él expongo los debates de la academia legal en los que busco intervenir. Partiendo del marco anterior, los capítulos posteriores abordan los ejes teóricos de la investigación: burocracias callejeras, trabajo reproductivo y feminismo, críticas al principio de legalidad, política social y estudio de caso. En esa línea, el segundo capítulo muestra por qué los НСВ, el lugar social seleccionado para anclar las reflexiones, constituyen un contexto que cuestiona el derecho administrativo como procedimiento encargado de reglar la verticalidad de la relación estado/ciudadano. De la mano con las nuevas teorías sociales y los argumentos que describen nuestro escenario social con categorías como sociedad política y gobernanza, que se refieren a una horizontalidad compleja en la que se desarrollan las relaciones estado/ciudadano hoy, concluyo que el nuevo derecho administrativo debe regular esa simetría en lugar de la verticalidad de la que hablaba el modelo weberiano. Esta crítica parte del supuesto de que el derecho administrativo refleja de manera implícita un diálogo directo con los planteamientos weberianos que conciben el estado y la administración pública como algo vertical, jerarquizado y reglado. En ese sentido, el derecho administrativo regula esa asimetría entre ciudadano y estado por medio de una confianza particular en el procedimiento y el principio de legalidad como algo preexistente y predecible.

Lo anterior es importante para el derecho porque el esquema de verticalidad del estado tenía una manera particular de narrar el comportamiento de las normas. El estado como verticalidad se materializaba en un conjunto organizado de funcionarios que aplican las normas y procedimientos de manera mecánica. El nuevo escenario de horizontalidad cuestiona

esa descripción y propone la aplicación de las normas y procedimientos como algo completamente ligado a la interacción concreta entre burócrata y ciudadano en escenarios particulares. Por ello, la categoría de *activismo burocrático* es fundamental para describir cómo el burócrata va más allá de la norma para crear derecho en la experiencia cotidiana y para explicar cómo funcionan hoy el estado y el derecho administrativo.

Mientras el segundo capítulo evidencia esa tensión entre las narraciones verticales y horizontales de la relación estado/ciudadano y visibiliza por qué es necesario empezar a desarrollar reflexiones en torno al modelo de la simetría, el tercero hace énfasis en las implicaciones de sostener que el derecho es indeterminado, contradictorio y político al explicar que la construcción legal de los HCB y el vínculo de las madres comunitarias con el estado pueden ser vistos como un campo de batalla. En ese campo de batalla las distintas interpretaciones legales configuran tensiones, y los órganos competentes para estabilizar alguna interpretación toman decisiones políticas que tienen efectos distributivos sobre la vida de las personas. Por ejemplo, la decisión del juez constitucional según la cual las madres comunitarias tienen una posición intermedia en cuanto a su vinculación con el estado entre lo civil y lo laboral, las despoja de los reconocimientos económicos y simbólicos derivados del hecho de ser empleadas públicas y tener un contrato laboral con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Cuando la Corte Constitucional toma este tipo de decisiones en el ámbito del trabajo reproductivo de las mujeres, concentrado esta vez en el cuidado infantil, ayuda a crear un espacio particularmente invisible para el derecho que, aunque marginal, desestabiliza las estructuras estándar que tenemos para entender la relación estado/ciudadano. En este punto, centrarnos en lo que hemos considerado excepcional o residual en el derecho puede ser una movida crítica que nos ayuda a revisar los acuerdos que tenemos sobre lo que pensamos como el centro o la regla.

El cuarto capítulo explica cómo el lugar social creado por las decisiones jurídicas de la Corte sobre los HCB construye una escena de tensión real entre lo público y lo privado, donde las madres comunitarias representan al estado sin pertenecer a él. Lejos de la legalidad y ubicadas en espacios decididamente “desregulados”, ellas construyen reglas inestables dentro del escenario de acción y deciden en el día a día cómo, cuándo y en qué cantidad el estado aparece en la vida cotidiana de los ciudadanos y nos hablan desde la excepcionalidad de la forma como se construyen el principio de legalidad y el estado en la experiencia cotidiana de un hogar comunitario. Tres imágenes articulan esta experiencia. La primera es una pared llena de instrucciones de la madre comunitaria en una casa de una niña de catorce años (y madre de una niña de dos meses) beneficiaria del programa del ICBF en El Espinal (Tolima). Estos apuntes de la madre comunitaria constituyen el único contacto con el estado: indican

dónde se debe registrar a los bebés, cuándo ir a la capital por el subsidio, qué documentos se deben organizar y de qué manera, cómo y por qué se debe cuidar a los hijos, cuáles son los derechos de los niños, y otra información desorganizada, todo esto en papeles que tienen el símbolo del ICBF y la expresión “República de Colombia”. La segunda es un niño beneficiario del programa durmiendo en la cama de la madre comunitaria a las ocho de la noche, mucho después de finalizada la jornada de cuidado, esperando a que su mamá llegue en algún momento de la noche. La tercera es la casa desordenada de la madre comunitaria a las seis de la mañana, antes de que los niños lleguen, donde todos los muebles están dañados y especialmente gastados por el juego de los infantes.

Estas imágenes expresan una legalidad distinta a la que conocemos porque remiten a un programa “marginal” para el estado, aunque esté completamente supervisado y vigilado por el ICBF. Según el principio de legalidad, es decir, las normas y el lineamiento técnico por el cual el ICBF regula a los *НСВ*, para las personas que viven en la periferia, los *НСВ* no solo funcionan como programas de ayuda a la primera infancia sino también como políticas de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo favorables a las mujeres usuarias; además, son heterogéneos y diversos de manera constitutiva. Esa diversidad y flexibilidad permite a las madres comunitarias aceptar que los niños permanezcan en su casa después de la jornada o alquilar su casa por una remuneración precaria para que esos niños jueguen mientras sus madres buscan un mejor sustento.

Lo anterior puede interpretarse como una derivación de los argumentos que separan las realidades del derecho en los libros y el derecho en acción, y explican cómo la desigualdad social es producto de esta brecha entre el derecho y la realidad. Sin embargo, siguiendo los patrones teóricos señalados por Isabel Cristina Jaramillo en su propuesta del derecho como distribución y legitimación (Jaramillo, 2006, 2007a, 2007b, 2013; Jaramillo & Alfonso, 2008), este argumento busca iluminar cómo el derecho distribuye recursos en el momento en que decide sobre nuestras identidades (construye la identidad legal de las madres comunitarias) y es al mismo tiempo el espacio donde se desarrollan las disputas políticas por la distribución de dichos recursos. En otras palabras, el derecho es el escenario político donde las madres comunitarias pierden recursos al no ser reconocidas como servidoras públicas, donde los niños experimentan un trabajo de cuidado de menor calidad cuando el estado opta por un esquema desregulado para desarrollarlo y donde las madres beneficiarias ganan al contar con un servicio que, pese a no estar diseñado en función de sus necesidades, actúa como si lo fuera.

Este conflicto inmerso en el lugar social estudiado está documentado en el quinto capítulo, dedicado a construir los debates en torno al tema

del trabajo de cuidado desde la perspectiva feminista. Aquí se vinculan los temas relacionados con la legalidad y la política social con los debates feministas sobre el trabajo reproductivo, y se materializan los conflictos identificados en el campo social estudiado: las madres comunitarias trabajan tanto para los niños como para sus amigas, familiares y vecinas; las madres usuarias del programa HCB también se benefician del programa creado originalmente para los niños; las madres comunitarias son explotadas por el estado al ejecutar un trabajo reproductivo; su vinculación con ese trabajo construye capitales paralelos al económico que les permiten “disfrutar” lo que hacen: las forma como lideresas comunitarias, crean la red de amigas de las madres como una red de apoyo vecinal, reciben el afecto de los niños. Además, las madres comunitarias generan el principio de legalidad en un escenario marginal y su experiencia nos enseña cómo podemos repensar la manera como entendemos al estado y al derecho administrativo en el centro.

El sexto capítulo organiza los hallazgos de esta construcción cotidiana del principio de legalidad con base en las decisiones que toman las madres en su experiencia con los HCB. Organicé la fenomenología de la decisión burocrática en los HCB en torno a dos aspectos: el ingreso de los niños a los hogares comunitarios y la entrega de beneficios a los niños dentro de la ejecución ordinaria de las tareas que realizan las madres comunitarias. Esas decisiones muestran que la oposición tradicional que los abogados hacemos entre legalidad y discrecionalidad es falsa y que, por el contrario, hay un continuo entre lo que entendemos como legal y lo que percibimos como discrecional.

La información obtenida en el trabajo de campo permite identificar cuatro tipos ideales de madres comunitarias como burócratas callejeras: la madre activista, la madre temerosa, la madre individualista y la madre inocente. La construcción de esos tipos constituye un recurso importante en dos sentidos. Por un lado, recopila las distintas manifestaciones de la decisión burocrática y los diferentes conflictos que experimentan las madres comunitarias dentro de su acción cotidiana en cuatro niveles: su relación con los niños, su relación con las madres usuarias, su relación con el ICBF y la narrativa que establecen de sí mismas. Por otro, es un ejercicio de modelación que inaugura la indagación por las burocracias callejeras dentro de la academia jurídica.

## **RESULTADOS DEL ESTUDIO DE CASO**

El enfoque teórico propuesto estuvo respaldado por el estudio de caso de los Hogares Comunitarios de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Aunque el programa ha funcionado durante más de veinte años, en 2007 fue reestructurado siguiendo las recomendaciones del

Conpes Social 109<sup>1</sup>, publicado en diciembre de 2007, y que desarrolló una nueva política para la primera infancia: *Colombia por la primera infancia*. El programa involucra la transferencia eficaz de paquetes de ayuda para beneficiarios elegibles (de los estratos 1 y 2 del Sisbén) y funciona gracias a las interacciones entre familias y burócratas. Las entidades opuestas, que son las madres comunitarias (estado/burócratas) y las familias beneficiarias (subalternos/ciudadanos), son sujetos creados por la ley, situados materialmente, cuyo capital simbólico también está definido por el discurso legal. Este escenario operativo me proporcionó una excelente oportunidad para contrastar la base teórica de esta investigación en tres niveles: (i) la relación de poder entre el burócrata y el subalterno/ciudadano en escenarios donde se distribuyen los bienes públicos asociados con la asistencia social; (ii) las acciones discrecionales de los burócratas y la contingencia de los resultados del ejercicio del poder público en la vida diaria; y (iii) la interacción entre género y política social.

Además, el estudio de caso fue estratégico para los propósitos de esta investigación por dos razones. La primera se relaciona con el hecho de que las estructuras del ICBF representan una presencia burocrática visible en las regiones. Esto implica que en las áreas marginales la presencia física de los burócratas del ICBF proporciona información importante acerca de las maneras en que el estado aparece en las vidas de los ciudadanos, en el punto donde se distribuyen los recursos de la política social diseñada para el cuidado infantil. La segunda razón es el carácter conservador de la política de asistencia social en cuanto se concentra en las mujeres y en la familia como mecanismos de solidaridad y colaboración.

Los resultados del estudio de caso evidencian que una política social diseñada para ayudar a la población infantil se puede tornar en una política de conciliación con implicaciones de género. De hecho, la investigación empírica muestra cómo los actores principales del campo (los beneficiarios y las madres comunitarias) experimentan el “verdadero” sentido de la política social como medio para estructurar una red cooperativa, que distribuye el trabajo de cuidado en espacios con condiciones socioeconómicas precarias. Esto quiere decir que el programa de asistencia social también permite que las mujeres de clases sociales bajas participen en el mercado laboral al emplear la ayuda de madres comunitarias durante la jornada. En otras palabras, existe una tensión clara entre los beneficios que pueden recibir las madres usuarias (aumentar el acceso al trabajo) y los beneficios que pueden obtener sus hijos (tener un mejor cuidado) derivada de dos interpretaciones de una misma política social. La lectura descendiente corresponde a la versión del programa HCB que favorece a

---

<sup>1</sup> El Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) es encabezado por el presidente de la República. Es responsable de preparar propuestas de políticas económicas y sociales.

los niños, mientras que la lectura ascendente<sup>2</sup> se refiere a la versión de la política social construida por las madres comunitarias en su acción cotidiana. La primera es creada por el gobierno en los documentos Conpes y el lineamiento técnico que regula los *НСВ*, favorece a la primera infancia y, por el contrario, se apropia de la vulnerabilidad explotable de las mujeres que ejercen el rol de madres comunitarias. La segunda es una política de conciliación entre trabajo productivo y reproductivo con una clara agenda de género que favorece también a vecinas, hermanas y amigas.

Para las lecturas descendientes de los resultados, que insisten en informes de fracaso relacionados con la política y que mueven la tecnocracia para eliminar los programas que proporcionan asistencia comunitaria, los resultados desde la otra perspectiva son inexistentes. Esto ocurre debido a que una lectura lineal de las políticas sociales considera los indicadores de desarrollo infantil como método para controlar el principal objetivo del programa (el objetivo descendiente), y no los objetivos de género (como objetivo ascendente), que es uno de los efectos de la política social. Al respecto, es conveniente analizar qué deben medir las políticas sociales: ¿los objetivos esperados o los objetivos alcanzados?

Otro resultado visible del estudio de caso indica que mientras para el lado oficial la madre comunitaria es un actor periférico, para los ciudadanos es un actor central. Si bien el programa de los *НСВ* se percibe como una cooperación independiente de las instituciones públicas como el *ICBF*, los ciudadanos de los escenarios de bajos ingresos reconocen en la madre comunitaria la única presencia del estado en su vida cotidiana. En el relato de los beneficiarios, ella representa las dinámicas públicas en los vecindarios de bajos ingresos: les informó cómo podían obtener subsidios, cómo debían registrar los nombres de sus hijos, qué documentos necesitaban para obtener ayuda oficial del gobierno, qué oportunidades tenían de obtener los beneficios de infancia del *ICBF* y qué otras instituciones podían ayudarles a mejorar su situación económica. El problema, paradójicamente, es que si bien la madre comunitaria desempeña un papel crucial en el escenario social, no tiene ninguna relación legal con el estado: no tiene un contrato laboral, ni una orden de prestación de servicios, ni un vínculo de solidaridad legalmente reconocido.

Esta idea de la solidaridad privada se encuentra en el medio del esquema legal que respalda a los *НСВ* como una política social en Colombia. El estado explota el trabajo social de las mujeres de bajos ingresos para

---

<sup>2</sup> Utilizo el adjetivo *ascendente* por tres razones. Indica que la legalidad producida por esas burocracias se genera de una perspectiva de abajo arriba, con la cual abandono los esquemas descendentes, que ven en el centro de las principales ramas del poder público la producción de lo que percibimos como legal. Señala también que esa perspectiva está en "emergencia", en contravía de las posturas tradicionales. Por último, tiene implicaciones en términos distributivos: visibiliza el empoderamiento de roles que tradicionalmente no estaban ubicados en posiciones de poder.

poder ayudar a otros hogares de bajos ingresos. Esta explotación está estructurada de acuerdo con muchas reglas de fondo: el carácter no remunerado del trabajo social, la división entre el estado de derecho y la política social, la desregulación de servicios sociales y la privatización del cuidado infantil, entre otras.

Sin embargo, la madre comunitaria es efectivamente un agente que distribuye bienes públicos. El ICBF le otorga algunos recursos para ayudarle a cuidar a los niños de su vecindario en un esquema de control muy débil. Durante esta investigación observé que las madres comunitarias combinan un verdadero ejercicio de discrecionalidad respecto a los beneficiarios del programa y también un rol redistributivo dentro de los contextos más precarios. De acuerdo con los resultados del estudio de caso, las madres comunitarias reciben en su hogar niños que están vinculados a su familia o a su grupo social, pero también a niños que consideran que “de verdad necesitan ayuda” (Grupo focal, noviembre de 2012). Es una decisión discrecional, regida por la subjetividad. Están motivadas por las historias personales de los beneficiarios que se asemejan a sus propias historias familiares, y por esta razón les brindan ayuda y cuidado a ciertos niños o familias. Sus decisiones son completamente autónomas y varían en cada HCB. Algunas madres comunitarias se dejan llevar por el criterio de raza (usan criterios discrecionales para admitir niños de hogares afrocolombianos), otras por el de edad (por ejemplo, en el caso de adolescentes embarazadas) o preferencias regionales (muchas madres comunitarias admiten familias originarias de Boyacá, Santander o Antioquia, por ejemplo).

En este contexto, el estudio de caso de los HCB es clave para demostrar que los burócratas callejeros no solo son verdaderos creadores de políticas públicas, sino que también son la cara del estado en la vida cotidiana de los ciudadanos. En esta nueva política creada por los burócratas callejeros, en una dinámica ascendente, las madres comunitarias experimentan un alto nivel de discrecionalidad en cuanto a la distribución de bienes públicos, lo que niega directamente las directrices del ICBF. Por tanto, si bien la agencia pública percibe a las madres comunitarias como filántropas sin ninguna relación con el estado, los ciudadanos reconocen a estas madres comunitarias como intermediarias cruciales y únicas entre ellos y el estado.

Ahora bien, como estudio de caso, podrían cuestionarme aquí si las conclusiones son o no aplicables a otras zonas de la administración, como un punto de partida de otras reflexiones. El estudio de caso es poderoso y la posibilidad de derivar conclusiones generales es compleja. La tesis “débil” del libro (una interpretación débil) muestra que el estudio de caso al menos cuestiona las generalidades del derecho administrativo clásico y la teoría burocrática ortodoxa (weberiana).

La lectura “fuerte” mostraría que el caso replantea las categorías en cuestión de las zonas clásicas del derecho administrativo, incluidas las

del activismo burocrático. Puede que la tesis “débil”, como la he llamado, haga el texto más poderoso. O puede que el estudio de caso sea un detonante para que otros investigadores e investigadoras indaguen sobre nuevas manifestaciones de activismo burocrático y burocracias callejeras. Dejo al lector (a) la libertad de derivar su propia conclusión.

## **CONCLUSIONES EN TORNO A LOS EJES ANALÍTICOS**

### **El debate sobre la ausencia del estado colombiano**

En el primer capítulo expuse mi hipótesis de trabajo según la cual el diagnóstico de la ausencia del estado colombiano produce una ceguera hacia el estado. Este se percibe como una idea, pero no como una entidad material, lo cual genera una profunda discrepancia entre el estado en teoría y el estado en acción. Esto también invisibiliza la manera en la que el estado aparece en las prácticas legales, construye el derecho público y es construido por abogados administrativos. Lo anterior es relevante porque cuando negamos al estado como una práctica cotidiana afectamos nuestras vidas: abandonamos la posibilidad de comprenderlo como un artefacto legal y una oportunidad de redistribución y perdemos la opción de entenderlo como un conjunto descentralizado de relaciones de poder, moldeadas por el derecho, en el que algunos ganan y otros pierden en la distribución de bienes públicos.

Como señalé, las referencias persistentes a la ausencia del estado en Colombia tienen un efecto perverso en los debates intelectuales en el dominio académico con respecto a lo que llamamos “estado”. Aquellos autores que niegan su existencia crean una representación falsa al denominarlo como idea o como entidad metafísica y no aceptan que exista en las actividades cotidianas. Adicionalmente, este marco de trabajo tiene implicaciones particulares. Por ejemplo, los ciudadanos no pueden reconocer al estado en el derecho. Por consiguiente, no pueden entenderlo como un acuerdo institucional, ni como un conjunto de reglas que confiere dotaciones, crea identidades y constituye posiciones de negociación.

Esta situación tiene efectos directos en la academia legal. A pesar de que esta acepta a Kelsen y a Duguit como sus padres teóricos, no consigue comprender la parte de su argumento que identifica al estado como un instrumento legal. Negar la existencia del estado en términos legales genera dos discursos independientes. El primero se refiere al estado a nivel de la jurisprudencia, en el desarrollo de discusiones, a la teoría legal y a la sociología del derecho. El segundo habla sobre las reglas que gobiernan al estado a medida que funciona en interacción constante con los ciudadanos (derecho administrativo). Los dos discursos son como dos vehículos transitando por carreteras diferentes.

En este escenario, la antropología del estado ofrece un marco de trabajo alternativo para luchar contra la representación del estado como una idea. Desplaza el trabajo teórico acerca de las cuestiones públicas hacia un nivel físico, en lugar de metafísico, y sugiere que el estado es un artefacto cultural. Si bien la antropología del estado permite crear una distancia crítica respecto al estado como una idea aislada, propongo comprenderlo como un artefacto legal y no cultural. Con esto quise llevar más allá la sugerencia de Kelsen y Duguit de que el estado es un conjunto de reglas legales, y reconocer su vida en un simple conjunto de normas.

Esto hace posible redefinir el debate de la ausencia del estado dentro de la academia legal regresando al aparato burocrático. En lugar de enfatizar su ausencia en la sociedad colombiana, este enfoque alternativo muestra que el estado es un conjunto legal que aparece en las relaciones cotidianas entre los agentes burocráticos y no burocráticos. Esta relación es una negociación que también está moldeada por la ley de manera compleja. Mientras que la ley crea identidades que están involucradas en la negociación y les da posiciones de poder expresadas en dotaciones políticas y privilegios que producen los intereses de los actores, no podemos prever el resultado de esta interacción. Esto quiere decir que el estado, como un artefacto legalmente construido, es un resultado contingente.

Para redefinir este debate es preciso reconocer que el derecho tiene un papel preeminente en la distribución de identidades y recursos: las reglas legales constituyen el campo de negociación en el que las entidades burocráticas y no burocráticas negocian sus oportunidades para aprovechar los recursos del estado. El poder relativo de negociación al que recurren los burócratas y quienes no lo son cuando se enfrentan entre sí desde posiciones públicas y privadas está influenciado por miles de "reglas legales discretas" que constituyen sus identidades como sujetos posicionados<sup>3</sup>. Como resultado del impacto de estas reglas, podemos decir que los términos de esta interacción y la forma de los resultados alternativos de la negociación social son *funciones del sistema legal*.

Este enfoque también descentra la idea del poder político al concebirlo como una red compleja que aparece en algún punto en la sociedad, dependiendo de las negociaciones particulares, y que tiene resultados impredecibles. En consecuencia, el estado se hace visible con la agencia del burócrata y el poder de negociación de las partes (del burócrata y el no burócrata), que es afectado por las reglas de fondo que definen la posición del sujeto en una esfera social. El hallazgo anterior está relacionado con el derecho porque el burócrata trabaja con estatutos que se pretenden

---

<sup>3</sup> Las reglas que afectan indirectamente estos resultados se llaman "reglas de segundo nivel" (o reglas de fondo) en el realismo legal de Estados Unidos. Esta teoría sostiene que traer a primer plano las reglas de fondo implica exponer la disposición legal que constituye indirectamente cada asunto legal (Kennedy, 1993).

unívocos, pero son indeterminados, y la identidad de las personas —o la posición que los sujetos tienen en la sociedad— está constituida por un conjunto de normas y reglas de fondo, que se nos entregan como reglas del derecho naturales y justas. Como resultado, podemos analizar la presencia del estado al ver los resultados de la interacción burocrática y reconocer cómo el derecho los ha constituido.

Para respaldar esta posición utilicé varios argumentos tradicionales de la teoría del derecho, de los que quiero resaltar tres en estas conclusiones: el estado solo es un conjunto de reglas; estas reglas son operadas por burócratas; ellos, como actores sociales, negocian con los ciudadanos la distribución de los bienes públicos y son discrecionales. Esta negociación ocurre en el contexto de una relación de poder en la que unos pierden y otros ganan. Esto quiere decir que la redefinición del debate del estado se relaciona con el guión legal burocrático como forma de redistribución. Necesitamos redescubrir el poder de la rama ejecutiva y del derecho administrativo en la distribución directa y material de los bienes públicos y el cambio social.

Por tanto, es posible que necesitemos dejar de analizar el estado en términos de lo que está ausente o de sus debilidades. Mi propuesta es que necesitamos estudiarlo como un conjunto de reglas, como una presencia que trabaja con los ciudadanos, maneja nuestros derechos y nuestras prestaciones sociales, y también crea oportunidades para la redistribución material del poder. Necesitamos ubicar la discusión sobre el estado dentro del debate de la distribución de los bienes públicos. Al respecto, propongo que estas reglas legales manejan la forma en la que los agentes burocráticos negocian los recursos públicos con los ciudadanos en contextos cotidianos con resultados impredecibles. Sin embargo, mientras esto ocurre, las reglas de fondo determinan la asignación de recursos y de poder entre diferentes identidades, de ahí que se afecte el resultado material como un asunto público. La distribución material de los bienes públicos es algo que la ley moldea de muchas maneras. Este trabajo de investigación contribuye precisamente a comprender cómo interviene la ley en este tipo de operaciones.

### **Hacia la reconstrucción de las categorías de derecho administrativo, teoría general del estado y política social**

En los capítulos 2 y 4 abordé los efectos que tiene el enfoque propuesto para el derecho administrativo, la teoría general del estado y la política social mediante la pregunta sobre cómo debería institucionalizarse el principio de legalidad en un estado de bienestar. Expuse que el derecho administrativo clásico requiere integrar aspectos fundamentales de la política social. Las discusiones sobre políticas de bienestar familiar llevaron

a la producción de una gran variedad de esquemas de desregulación, que están definidos por el derecho administrativo tradicional (legalismo administrativo) como “intervenciones de bajo nivel”. Muchos de los mecanismos que distribuyen los recursos de asistencia social a las poblaciones objetivo durante la fase de implementación no están incluidos dentro del sistema de organismos que el derecho administrativo clásico llama “entidades estatales”. Por consiguiente, el principio de legalidad subregistra muchas de sus acciones.

Los esquemas de política social y descentralización están fuertemente relacionados con modelos de administración pública arraigados en el Consenso de Washington. El objetivo detrás de la descentralización es someter las actividades gubernamentales a la lógica del mercado por medio de una desregulación estricta del establecimiento de reglas institucionales que asignan la distribución de recursos de asistencia social a entidades que están más allá del control regulatorio del estado. La estrategia de desregulación es clave para las reformas neoliberales con respecto a las maneras en las que la maquinaria gubernamental y su intervención residual en los problemas sociales deberían entenderse. Pese a que el programa Hogares Comunitarios de Bienestar fue creado con anterioridad al acuerdo de 1990, el modelo neoliberal que lo inspira influyó fuertemente el diseño de las políticas sociales del cuidado de niños en Latinoamérica, tal y como lo expuse en el capítulo 5.

Sin embargo, demostré que aquellos funcionarios públicos que, bajo los diferentes regímenes de externalización, son responsables de la ejecución de esquemas de seguridad social, ejercen una influencia considerable sobre la forma en la que el derecho crea identidades y distribuye recursos en la frontera entre lo público y lo privado. En este sentido, al entender que el derecho administrativo está caracterizado por una invisibilidad latente que existe en las esferas de acción en las que operan los burócratas callejeros, el proyecto de reconstituir el derecho administrativo se enfoca en las categorías de burocracia callejera y activismo burocrático para poder aprovechar una visión de la administración del sector público que opera como un *continuum* entre legalidad y discrecionalidad.

Con el estudio de caso mostré cómo la feminización del trabajo de cuidado es un ejemplo de la manera en la que el derecho construye la identidad femenina, y cómo esto está vinculado a escenarios desregulados o “informales”, donde se experimenta una presencia precaria del derecho y del estado. El hecho de que las madres comunitarias socialicen el trabajo reproductivo se relaciona con que los actores competentes encargados de estabilizar los regímenes de interpretación jurídica seleccionen paquetes de teorías y normas que las expulsan de la estructura dura del estado y las convierten en “meras filántropas”, sin nada que ver con la estructura pública reconocida como oficial. Por tanto, lo que está en juego es lo que

dice el derecho y quiénes están sujetos a lo que dice en los espacios en los que parece que “el derecho no tiene ningún rol”. El esquema de autoridad definido por el derecho administrativo clásico opera de una manera que es perjudicial pues invisibiliza el rol de las burocracias de nivel callejero como creadoras de políticas gubernamentales, dentro de la nueva comprensión de la organización burocrática.

Por tanto, la desregulación crea escenarios complejos de negociación en los que las reglas emergen a partir de las interacciones contingentes e inestables entre los ciudadanos y los burócratas callejeros, quienes, a pesar del hecho de que no están empleados por el estado ni deben responderle, se perciben a sí mismos como funcionarios “públicos” dedicados a la comunidad, en lugar de considerarse empleados del sector privado responsables de la distribución —vía mercado— de los servicios sociales. Es en estos escenarios donde el nuevo derecho administrativo, llamado así para distinguirlo del derecho administrativo clásico, asume los debates recientes que han surgido dentro de los campos de la administración pública y la práctica burocrática, para demostrar las maneras en las que el derecho se crea en las interacciones entre los funcionarios públicos (madres comunitarias) y los beneficiarios (la población vulnerable identificada como tal por el ICBF). Esta realidad da sentido al título de este trabajo: la construcción cotidiana del principio de legalidad.

El que estas transacciones parezcan estar “por fuera” de la órbita del derecho no quiere decir que la ley no tenga efecto sobre sus funciones o no las determine. El régimen que gobierna la responsabilidad por la política social está diseñado para asegurar que la desregulación convierta a la comunidad, a la familia y al mercado en protagonistas de la distribución. Esto quiere decir que a los actores privados se les imponen deberes mientras que a las agencias estatales se les quita autoridad como resultado de circunstancias que son propias del sector desregulado. El régimen de autoridad creado por el DAC para gobernar la política social está construido en un modelo de desarrollo que libera al estado de su deber de proporcionar beneficios de asistencia social y ubica en la esfera de lo privado la responsabilidad de asistir a los niños menores de cinco años. Esta alternativa está relacionada con los protocolos de la nueva gerencia pública descritos en el segundo capítulo.

Por tanto, las madres comunitarias —personas que colaboran con el estado y que, motivadas por una solidaridad hacia entidades privadas (sin ánimo de lucro), deciden contribuir para promover los intereses de niños pequeños— están privadas de la autoridad legal necesaria para “hablar del derecho” (no se les permite asumir funciones oficiales y sus decisiones no se regulan oficialmente). Su falta de autoridad no solo está relacionada con las reglas fundamentales vinculadas con la regulación de la esfera pública (conectadas con el litigio administrativo o el derecho constitucio-

nal), sino también con la regulación del trabajo de asistencia social, y su exclusión histórica de los sistemas productivos de la economía real y de los esquemas de medición de la riqueza (es decir, la contabilidad nacional o el sistema de cuentas nacionales, que ha excluido sistemáticamente al trabajo reproductivo). Uno de los retos de esta investigación consistió en visualizar la identidad de las madres comunitarias como producto del derecho pero también como sus creadoras.

### **Un legalismo burocrático alternativo: la perspectiva ascendente**

En los capítulos 2 y 4 argumenté por qué al trasponer el trabajo teórico de la adjudicación a la esfera burocrática, dentro de la rama ejecutiva del poder público, la negociación burocrática permitiría cambios incrementales importantes en cuanto a la distribución de bienes públicos. En esta sección reconstruiré dos aspectos: (i) la adopción del marco teórico de las posiciones heterodoxas para analizar el estudio de caso y la discusión entre las teorías ortodoxas y heterodoxas de la burocracia; y (ii) la dinámica ascendente que permite la creación orgánica de una política pública como herramienta de cambio social y resistencia.

#### **Burocracia: tendencias ortodoxas y heterodoxas**

Como mencioné en la introducción y en los capítulos 3, 5 y 6, desde la perspectiva de la antropología del estado, sugiero usar la categoría *burocracia* para referirme al estado y sus manifestaciones en la vida cotidiana de los ciudadanos. Por tanto, entiendo el poder como una red contingente, horizontal y descentralizada. Propuse, en consecuencia, que la burocracia callejera es una de estas manifestaciones de poder público que es esencialmente descentralizada, dispersa en relaciones sociales y diferente del estado como idea centralizada y metafísica.

El modelo callejero de burocracia rompe con la tradición weberiana del poder público. Este enfoque ortodoxo de la organización pública siempre enfatiza la importancia del estatuto en términos de predicción conductual y control de la incertidumbre en el contexto de transacciones en el capitalismo. El modo de dominio racional entiende estos efectos como función de una estructura de poder basada en jerarquías, de la "rutinización" del papeleo, de las dinámicas de la especialización, de los rituales de profesionalización, de la existencia de disposiciones procesales, de la impersonalidad y permanencia del personal, y del principio de legalidad. Por su parte, los enfoques heterodoxos a la conducta burocrática muestran la debilidad del modelo weberiano y desestabilizan el ideal de dominio racional entendido como una autoridad legal con un personal burocrático.

A diferencia del modelo weberiano, un enfoque heterodoxo muestra el carácter irracional y caótico del campo burocrático. Sus argumentos están

relacionados fundamentalmente con varios debates en la teoría legal asociada con la indeterminación legal. Mi posición al respecto indica que los debates clásicos alrededor de la adjudicación nos pueden ayudar a comprender la conducta burocrática hasta cierto punto, y que podemos revelar esto al explorar los vínculos entre la teoría del derecho y el derecho administrativo. Es importante señalar las similitudes entre el escenario de decisiones judiciales en la obra de Duncan Kennedy *A Critique of Adjudication and Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology* y el ámbito de acción pública descrito por autores como Lipsky, que usé en el capítulo 2 para explicar la tendencia heterodoxa en el campo burocrático. Al igual que en el escenario judicial, en la toma de decisiones los burócratas experimentan un conjunto de sensaciones ambivalentes que determinan su interacción con quienes no lo son. Es decir, los burócratas se ven afectados por la percepción que los usuarios tienen de ellos, buscan no defraudarlos o, por el contrario, desean sentir que recobran el poder frente a usuarios escépticos.

Usando la teoría de Lipsky y la aproximación del realismo legal a las reglas legales, podemos redefinir la discusión en torno al estado como un debate sobre la *negociación burocrática*, entendida como el contacto del burócrata con el ciudadano, esa interacción indeterminada e impredecible, pero también moldeada por la ley de manera compleja. La comprensión de la categoría *burocracias* desafía el enfoque weberiano en este argumento. Enfatiza la agencia y discreción de los burócratas como individuos con agendas políticas diferentes, y la importancia de la ley para moldear la realidad en la que ocurren estas negociaciones, en lugar de cualquier actividad predictiva de las leyes en cuanto a sus efectos. La primera idea proviene de las perspectivas heterodoxas con respecto al poder burocrático, mientras que la segunda se deriva del realismo legal. Así, el aspecto importante de estos agentes burocráticos es su autonomía relativa con respecto a la autoridad organizacional, y el nivel de discrecionalidad y agencia que poseen en su negociación cotidiana de los bienes públicos.

Mi intención al desarrollar este eje analítico fue mostrar cómo la ley ofrece, moldea y afecta los intereses de los burócratas y no burócratas. En esta visión realista de la ley, las reglas legales y las regulaciones, en lugar de dar respuestas únicas a las disputas legales que los burócratas deben resolver, delegan el poder a los actores del juego y asignan recursos a varias partes dentro de la sociedad. En consecuencia, las leyes y regulaciones ayudan a determinar la distribución de la riqueza y el ingreso, pero no pueden garantizar el resultado de un conflicto particular. La ley aparece en un papel diferente de la interpretación tradicional de cómo funciona la intervención.

### Dinámica ascendente de resistencia: cambio social y el Ejecutivo

La afirmación de que la ley moldea las relaciones implica que todos nuestros guiones como actores sociales son producto, en cierto nivel, de la aplicación de categorías legales y que debemos entender el contexto de las reglas para saber cómo las dotaciones legales constituyen las interacciones. Por ejemplo, los hombres de clase alta que están empleados a menudo están mejor situados para aprovechar los programas estatales que las mujeres de clase trabajadora. Podemos descubrir cómo el derecho produce esta mejor situación de negociación en términos de posición de distribución solo cuando trazamos las reglas legales discretas que moldean cada uno de los intereses, en situaciones particulares con identidades determinadas. Esto quiere decir que la ley, y no la ausencia de la ley, produce desigualdades. De hecho, es la aplicación de la ley lo que produce diferencias sociales y no las ineficiencias de la ley o el incumplimiento en su aplicación.

Sin embargo, la relación entre actores burocráticos y no burocráticos permite resistencia y cambio en los resultados distributivos. En la relación de poder, la estructura de negociación tiene una dinámica compleja que hace que el resultado de esta interacción también sea contingente. La relación de poder siempre es una estructura inestable donde el resultado de la transacción entre los burócratas discrecionales y los no burócratas es imprevisible, a pesar de que la ley constituye sus posiciones de negociación. Esta doble indeterminación implica que la conducta burocrática incluye dos niveles de contingencia: uno en las reglas legales y otro en la relación de poder.

En ese sentido, mientras que la ley y el estado producen desigualdad, también distribuyen guiones de resistencia como parte de su dinámica de autonomía relativa. Asimismo, la ley permite que las personas imaginen estrategias de cambio, acumulación y victoria, y despliega una oportunidad de redistribución. Aquí el estado es un artefacto legal, en el que la función principal de la ley es crear una realidad en la que los bienes públicos sean asignados y ocurran oportunidades de redistribución. No podemos prever el resultado de esta negociación dentro de la ley. Por tanto, el estado es un conjunto de reglas que gobierna la manera en la que los burócratas y los que no lo son negocian la distribución de los bienes públicos en una operación que está moldeada por la ley con resultados contingentes.

### **La dinámica ascendente propuesta y el nuevo derecho administrativo**

El recorrido por las opciones alternativas de pensar el estado desde la perspectiva burocrática y su conexión con los temas de la teoría jurídica relacionados con la crítica a la adjudicación me permite afirmar que los agentes burocráticos crean nuevas políticas públicas en el último nivel de

la ejecución, como manifestación del fenómeno que he denominado *activismo burocrático*. En otras palabras, la legalidad se crea “desde abajo”. Así, el estado puede verse como algo que se construye en el nivel de la interacción burocrática y su negociación tiene siempre resultados contingentes, imprevisibles y heterogéneos: no todos ganan ni todos pierden lo mismo como un resultado predeterminado, y, sobre todo, no siempre pierden y ganan los mismos, y no siempre pierden y ganan en la misma proporción. Eso es el activismo burocrático.

Si el principio de legalidad se construye en la experiencia de las burocracias callejeras y el estado se encuentra en una relación de horizontalidad con el ciudadano y los resultados de la interacción son indeterminados y contingentes, el derecho administrativo tendría que migrar desde una aproximación estática, vertical, jerarquizada y procedimental, a una aproximación dinámica, simétrica e informal. Por tanto, un nuevo derecho administrativo debería desplazarse a los escenarios de la política social y empezar a tomarse en serio la sociología de las burocracias callejeras, para entender cómo el derecho opera en los escenarios en los que lo público es uno de los elementos que está en juego.

El nuevo derecho administrativo es una sociología de la decisión burocrática antes que una nueva aproximación dogmática del derecho administrativo. No hago aquí ninguna crítica interna a la manera en la que el derecho entiende la interacción estado-ciudadano. Hago una crítica externa poniendo de presente que los supuestos teóricos en los que se fundamentaba el derecho administrativo clásico —estado como ente abstracto y ciudadanía como subordinada— han sido revaluados. El contexto de la sociedad política explicado en el capítulo 2 permite entender que lo público tiene retos mucho más complejos, mediados por personas que están en la mitad entre lo público y lo privado, que administran guiones de lo público mientras usan de manera instrumental lo privado de sus posiciones. Si el estado y el principio de legalidad se construyen en la experiencia de la vida cotidiana, necesitamos hacer un esfuerzo para redefinir las categorías con las que formulamos el derecho administrativo, entendido como contención de un poder que no vemos, pero que se nos superpone. Podemos intervenir en ese derecho administrativo tanto como podemos influir en la manera en la que somos gobernados. Esos retos se concretan en las denominaciones nuevo derecho administrativo, derecho administrativo en acción o activismo burocrático, categorías que capturan el sentido de este giro necesario dentro de los estudios de lo público.

## **REFLEXIÓN FINAL**

Espero que los hallazgos presentados sirvan para trazar una agenda de investigación en el tema de las burocracias callejeras dentro del sur global,

que supere los puntos comunes de discusión sobre el principio de legalidad y sus distintos mecanismos de gobernanza. La teoría weberiana clásica tiene un rol prevalente en la manera en la que el derecho administrativo clásico organiza la materialidad del estado. Como ya lo he mencionado, esa teoría afirma que el estado es una entidad burocrática, racional y unitaria. Pese a que esa es la tesis que domina la manera en la que pensamos el estado, sostenerla es problemático desde el punto de vista descriptivo. Eso implica que, si bien el canon weberiano y la organización burocrática del estado son un hábito de pensamiento que atraviesa transversalmente las tradiciones jurídicas de Occidente, su descripción también es limitada en varias fronteras. Yo me atrevería a decir que la administración pública weberiana es un hábito de pensamiento globalizado y su modelo de administración pública es un referente transnacional para desarrollar debates en torno a las nuevas maneras de narrar la organización del estado (Chevallier, 2011; Gupta & Sharma, 2006; Tamanaha, 2004; Trouillot, 2001). Por esa razón, las críticas que se le hacen resultan pertinentes en el contexto nacional, regional e internacional.

Esta aproximación al estado puede dinamizar la agenda de investigación de la academia jurídica latinoamericana e hispanohablante. Esta investigación aboga por la necesidad de distanciarnos del modelo weberiano y acercarnos en su lugar a la comprensión de cómo opera la administración pública tanto en el modelo de la nueva gerencia (*new management*) como en la gobernanza. Una tarea pendiente en la academia local es prestar la atención debida a la disolución del estado como ente superior, centralizado y coherente para centrar su estudio y sus indagaciones sociojurídicas en su carácter precario, disperso e inconexo. Al respecto, los capítulos que conforman este libro ofrecen herramientas para iniciar esa tarea al describir cómo el debate estadounidense ha trascendido el canon weberiano ortodoxo y ha explorado nuevas y variadas maneras de entender el estado.

Esta nueva manera de pensar el estado tiene dos retos fundamentales dentro de la academia jurídica latinoamericana. El primero se relaciona con descentrar el debate de la decisión judicial como eje articulador del pensamiento jurídico contemporáneo. Ello implica inaugurar una entrada a la exploración del Ejecutivo y las fases de la implementación como espacios parcialmente oscuros dentro de la investigación de la academia jurídica. Tomarse un descanso del escenario judicial y descubrir las burocracias administrativas como nuevo nicho de análisis nos permitirá ampliar la manera en que comprendemos el comportamiento de las normas, sus usos, sus efectos.

El segundo reto que acompaña la movilización de la investigación académica hacia las burocracias administrativas es un reto disciplinar. En el 2010, Mauricio García Villegas editó un libro en el que se documenta la salida de los abogados del Ejecutivo y una cesión de espacio considerable a los

economistas, con armas aparentemente más agudas para entender cómo se gestiona lo público en el contexto colombiano (Sánchez, 2010). Este patrón se replica en el escenario latinoamericano, donde se experimenta de manera creciente la pérdida de posiciones y poder de los abogados dentro de la administración pública. Pese a ello, si de la mano con las nuevas formas de pensar el estado que propone este trabajo nos dedicamos a entender cómo lo público se gestiona en la vida cotidiana, seguramente la disciplina jurídica se verá revitalizada para dar cuenta de cómo opera lo público, qué pasa con las normas en los escenarios administrativos y cuáles son las dificultades más frecuentes de la implementación. Empezar por visibilizar a las burocracias administrativas como operadores jurídicos, casi invisibles frente a la cantidad y la calidad de producción académica que le hemos dedicado a la indagación por cómo ocurre la aplicación judicial del derecho, es, sin duda, un paso hacia adelante.

Por último, espero también que este trabajo de investigación resulte evocador para las feministas socialistas que encuentran en el trabajo reproductivo la razón más poderosa de desigualdad de las mujeres. El análisis de los Hogares Comunitarios de Bienestar desarrollado en este trabajo busca contribuir a ese debate. Adicionalmente, las tensiones profundas encontradas en el campo objeto de estudio, como la oposición madre-niño y los efectos diferenciados que la política trae consigo en la afectación de distintos grupos de mujeres (ayuda a las mujeres beneficiarias mientras hace más vulnerables a las comunitarias), puede inaugurar nuevas líneas de investigación en los estudios de género con énfasis en los efectos distributivos diferenciados de las políticas públicas.

Esta investigación constituye un esfuerzo por dar un primer paso en estas direcciones. Dentro de la mirada que propongo, las burocracias callejeras son el “nuevo estado” y su activismo “el nuevo derecho administrativo”. Eso implica que debemos entender que lo público se gestiona en escenarios de alta indeterminación, donde el derecho construye las identidades enfrentadas en escenarios de poder pero también es el espacio donde esas identidades se encuentran. Pese a ello, es imposible para el derecho predecir cuál es el resultado de las interacciones burocráticas. Alejarnos del lecho de certeza que nos generaban las visiones liberales es riesgoso. Sin embargo, puede empezar a dar cuenta con mayor claridad de qué está en juego cuando decimos que nos acercamos a lo público o que tenemos contacto con el estado. Ser capaces de explicar de manera clara y consistente cómo se gestiona lo público en la vida cotidiana de los ciudadanos es la línea de investigación que aquí se inaugura.

# **REFERENCIAS**

- ASSMANN, EBERHARD SCHMIDT (2006). *El Derecho Administrativo como sistema: necesidad y presupuestos metodológicos*. En: Javier Barnes (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Colección de Pensamiento-Serie Blanca. Sevilla: Editorial Derecho Global.
- ABRAMOVITZ, M. (1996a). *Regulating the Lives of Women: Social Welfare Policy from Colonial Times to the Present*. South End Press. Descargado en: [http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=a5I-yk2sltlC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Regulating+The+Lives+of+Women.+Social+Welfare+policy+from+colonial+times+to+the+present&ots=kTS3-GKwj16&sig=sp0Roq9Ahwpv\\_ey1oyr\\_xawbi4](http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=a5I-yk2sltlC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Regulating+The+Lives+of+Women.+Social+Welfare+policy+from+colonial+times+to+the+present&ots=kTS3-GKwj16&sig=sp0Roq9Ahwpv_ey1oyr_xawbi4)
- (1996b). "A Woman's Place is in the Home. The rise of an Industrial Family Ethics". En: *Regulating the Lives of Women: Social Welfare Policy from Colonial Times to the Present*. South End Press. Descargado en: [http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=a5I-yk2sltlC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Regulating+The+Lives+of+Women.+Social+Welfare+policy+from+colonial+times+to+the+present&ots=kTS3GKwj16&sig=sp0Roq9Ahwpv\\_ey1oyr\\_xawbi4](http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=a5I-yk2sltlC&oi=fnd&pg=PR9&dq=Regulating+The+Lives+of+Women.+Social+Welfare+policy+from+colonial+times+to+the+present&ots=kTS3GKwj16&sig=sp0Roq9Ahwpv_ey1oyr_xawbi4)
- ABRAMS, P. (1988). "Notes on the Difficulty of Studying the State". *Journal of Historical Sociology*, 1(1), 58-89.
- ACKERMAN, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- AGUILAR, L. F. (2006). *Gobernanza y gestión pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ALTHUSSER, L. (2003). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- ALVIAR GARCÍA, H. (2008). *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina*. Bogotá: Temis y Uniandes.
- (2009). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis y Uniandes.
- (2011). "Legal Reform, Social Policy, and Gendered Redistribution in Colombia: The Role of the Family". *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19(2), 577.
- (en proceso de edición). "Política social y nuevo estado de desarrollo: El caso de Colombia".
- ALVIAR GARCÍA, H. & JARAMILLO SIERRA, I. C. (2012). *Feminismo y crítica jurídica: el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

- AMAYA CASTRO, J. M. (2010). *Human Rights and the Critiques of the Public-Private Distinction* (disertación doctoral). Ámsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam.
- ANDERSEN, B. R. (1995). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Londres: Verso.
- ARANGO, L. E. & POSADA, C. E. (2003). "La participación laboral en Colombia". En: *Borradores de economía*, 217. Bogotá: Publicaciones del Banco de la República.
- ARANGO, L. G. & MOLINIER, P. (2011). *El trabajo y la ética del cuidado*. Bogotá: La Carreta Editores y Universidad Nacional de Colombia.
- ARDILA TRUJILLO, M. (2012). Entrevista. Magistrada auxiliar de Humberto Sierra Porto. Autora en parte de la Sentencia T-628 de la Corte Constitucional.
- ARENAS MENDOZA, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- ARISTIZÁBAL, D. (2012, noviembre 20). Comunicación personal.
- ASTELARRA, J. (2005). "Políticas conciliatorias: conceptualización y tendencias". En: Luis Mora, Ma. José Moreno y Tania Rohrer (coords.) *Cohesión social, políticas conciliatorias y presupuesto público. Una mirada desde el género*. Ciudad de México: FPA, GTZ. Descargado en: [http://200.9.3.98/mujer/noticias/noticias/3/40283/UNFPA\\_GTZ.pdf#page=32](http://200.9.3.98/mujer/noticias/noticias/3/40283/UNFPA_GTZ.pdf#page=32)
- ATTANASIO, O., VERA-HERNÁNDEZ, M. & DI MARO, V. (2010). "El impacto de un programa de cuidado infantil sobre resultados en nutrición: evidencia en Colombia". Londres: Institute of Fiscal Studies.
- BADEL, A. & PEÑA, X. (2009). "Decomposing the Gender Wage Gap with Sample Selection Adjustment: Evidence from Colombia". Bogotá: Universidad de los Andes. Documento mimeografiado. Disponible en: <http://ximena.pena.googlepages.com/gender.pdf>.
- BARNES, JAVIER (ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Colección de Pensamiento-Serie Blanca. Sevilla: Editorial Derecho Global.
- BARRETO MORENO, A. (2012). "El modelo económico estatal en la Constitución Política de 1991 y su influencia en los servicios públicos domiciliarios". En: *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- BARRETO ROZO, A. (2011). *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BECKER, G. S. & BECKER, G. S. (2009). *A Treatise on the Family*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- BENERÍA, L. (2003). *Gender, Development, and Globalization: Economics as if all People Mattered*. Nueva York: Routledge.
- (2006). "Trabajo productivo/reproductivo, pobreza y políticas de conciliación". En: *Nómadas*, (24), 8-21. Bogotá: Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Central.
- BERGER, P. L. & LUCKMANN, T. (1967). *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Doubleday. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=BEEh1stk5NIC>
- BERGMANN, B. R. (1999). "Making Child Care 'Affordable' in the United States". En: *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 6(2), 245-262. Boston: American Sociological Association.
- BERNAL, R. (2013, enero 29). Entrevista personal. Directora del CEDE.

- BERNAL, R., FERNÁNDEZ, C., FLÓREZ NIETO, C. E., GAVIRIA, A., OCAMPO, P. R., SAMPER, B. & SÁNCHEZ, F. (2009). "Evaluation of the Early Childhood Program Hogares Comunitarios de Bienestar in Colombia". Bogotá: Instituto de Bienestar Familiar. Descargado en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1486209>
- BHUKUTH, A. (2008). "Defining Child Labour: A Controversial Debate". En: *Development in Practice*, 18(3), 385-394. Londres: soas.
- BUCHELY, L. (2010). "La patología del estado. Aproximación crítica a la utilización de la fórmula de la ausencia del estado en la academia legal". En: *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, 25, Bogotá: Universidad de los Andes.
- (2012a). "El precio de la desigualdad. Análisis de la regulación del trabajo doméstico desde el DDL". En: *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 107-143. Bogotá: Universidad del Rosario.
- (2012b). "Derechos + Migrantes: Atrapados en las fronteras. Estudio de caso de la Fundación Esperanza y la Plataforma Social HERMES". En: *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- (2012c). "Economic Inclusión? A landing of the Feminist Accounting Project: An Approach to Analyzing the Regulation of Domestic Work in Colombia". En: *GTSF Journal of Law and Social Sciences*. Vol 1. No. 2, julio 2012. Singapur: GTSF.
- (2013a). "The NGOisation Dilemma: International Cooperation, Grassroots Relations and Government Action from an Accountability Perspective". En: *Buffalo Public Interest Law Journal*. Nueva York: Universidad de Buffalo.
- (2013b). "La Melancolía y el Estado. Reflexiones desde el psicoanálisis aplicado". En: *Revista de Estudios Sociales*, 46.
- BUCKLEY V. VALEO. (1976) (Vol. 424). Supreme Court.
- BUMILLER, K. (n.d.). "Victims in the Shadow of the Law: A Critique of the Model of Legal Protection". En: *Signs*, 12, 421-439.
- BUTLER, J. (2002). *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós.
- CAMACHO, S. B. (2012, agosto 13). Entrevista. Profesional especializada del Grupo Prevención del ICBF.
- (2012, noviembre 6). Entrevista.
- CASSAGNE, J. C. (1986). *Derecho administrativo* (Vol. 2). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CASTILLO, L. C. (2008). *Etnicidad y nación. El desafío de la diversidad en Colombia*. Cali: Programa Editorial Universidad del Valle.
- CASTRO CRISTANCHO, M. VI. (2013). "El segundo tratado del gobierno civil de Locke". En: *Manual de teoría jurídica*. En preparación.
- CASTRO ROMERO, V. N. (2007). *Colombia: Oferta de servicios de cuidado y responsabilidades de cuidado en el hogar*. Red Internacional de Género y Comercio Capítulo Latinoamericano. Descargado en: <http://generoycomercio.org/areas/investigacion/colombia/Col-Cuidado.pdf>
- CHANEY, E., CASTRO, M. G. & SMITH, M. L. (1989). *Muchachas No More: Household Workers in Latin America and the Caribbean*. Philadelphia: Temple University Press.
- CHATTERJEE, P. (2004). *The Politics of the Governed-Reflections on Popular Politics in most of the World*. Nueva York: Columbia University Press.

- CHEVALLIER, J. (2011). *El Estado Posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (n.d.).
- COMMAILLE, J. & KALUSZINSKY, M. (2007). *La fonction politique de la justice*. París: La Découverte.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social [Conpes]. (2009, noviembre 9). Conpes Económico 3622.
- CORREDOR MARTÍNEZ, C. (2010). *La política social en clave de derechos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Ciencias Económicas.
- Corte Constitucional (1995). Sentencia T-269.
- (1998). Sentencia SU-224.
- (2004). Sentencia T-397.
- (2012). Sentencia T-628.
- Corporación Excelencia en la Justicia (2001). "Informe anual de la justicia". En: *Justicia y desarrollo. Debates*. Año IV, No. 18, noviembre de 2001.
- D'HALLUIN, E. (2010). "Passeurs d'histoires. De l'inconfort des acteurs associatifs impliqués dans l'aide à la procédure d'asile". En: *Les nouvelles frontières de la société française*, 363-383.
- DAS, V. & POOLE, D. (2004). "State and its Margins: Comparative Ethnographies". En: *Anthropology in the Margins of the State* (pp. 3-33). Santa Fe, N.M.; Oxford [Inglaterra]: School of American Research Press.
- DÁVILA VINUEZA, L. G. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.
- DAVIS, K. (2008). "Intersectionality as Buzzword: A Sociology of Science Perspective on what makes a Feminist Theory Successful". En: *Feminist Theory*, 9(1), 67-85.
- DE LA CUEVA, M. (2000). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Editorial Porrúa.
- DEAS, M. D. (1993). *Del poder y la gramática : y otros ensayos sobre historia, política y literatura colombianas*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- DERRIDA, J. (1971). *De la gramatología*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina Editores.
- DNP-Acción Social (2010). *El camino recorrido. Diez años de Familias en Acción*. Documento publicado por la Presidencia de la República.
- DOMHOFF, G. W. (2006). "Mills's 'The Power Elite' 50 Years Later". En: *Contemporary Sociology*, 35(6), 547-550.
- DUBOIS, V. (2009). "Le paradoxe du contrôleur". En: *Actes de la recherche en sciences sociales*, (3), 28-49.
- DUGUIT, L. (1917). "The Law and the State". En: *Harvard Law Review*, 31(1), 1-185.
- (n.d.). "The Law and the State". En: *The American Political Science Review*, 12(3), 536-539.
- DWORKIN, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Buenos Aires: Ariel.
- El Tiempo* (2012, mayo 6). "1'100.000 de niños, sin clases por paro de madres comunitarias". Bogotá.
- EMERSON, R. M. (1995). *Writing Ethnographic Fieldnotes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Entrevista a beneficiaria de HCB (2013, marzo 23).

- Entrevista a usuaria de HCB en San Cristóbal sur (2012, octubre 17).
- Entrevista realizada en El Espinal (2012, noviembre 22).
- EPP, C. R. (2010). *Making Rights Real: Activists, Bureaucrats, and the creation of the Legalistic State*. Chicago: University of Chicago Press.
- ERLANGER, H., CHAMBLISS, E. & MARYGOLD, S. M. (1987). "Participation and Flexibility in Informal Processes: Cautions from the Divorce Context". En: *Law and Society: Readings on the Social Study of Law* (pp. 119-128). Nueva York: Norton and Company.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1999). *Social Foundations of Postindustrial Economies*. Oxford; Nueva York: Oxford University Press.
- ESPING-ANDERSEN, G. & WOLFSON, L. (1996). "Después de la edad de oro: el futuro del Estado benefactor en el nuevo orden mundial". En: *Desarrollo económico*, 523-554.
- ESPINOSA, L. (2012, noviembre 20). Entrevista realizada en El Espinal.
- ESQUIROL, JORGE (2008). "The Failed Law of Latin America". En: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 56. No. 1, pp. 75-124.
- EVANS, A. (2010). *Professional Discretion in Welfare Services: Beyond Street-level Bureaucracy*. Farnham: Ashgate.
- EVANS, T. & HARRIS, J. (2004). "Street-level Bureaucracy, Social Work and the (Exaggerated) Death of Discretion". En: *British Journal of Social Work*, 34(6), 871-895.
- EWICK, PATRICIA & SUSAN SILBEY (1998). *The Common Place of Law: Stories from Everyday Live*. Chicago: The University of Chicago Press.
- FARINA, C. (1989). "Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State: Reconciling Modern Doctrines of Deference with the Judiciary's Structural Role". En: *Stanford Law Review*, 89(3), 452-528.
- FERGUSON, K. E. (1984). *The Feminist Case against Bureaucracy*. Philadelphia: Temple University Press.
- FISCHER, N. (2009). "Une frontière 'négociée'". En: *Politix*, 87(3), 71-92.
- FOSTER PARENTS (1999). Plan Internacional, *Lineamientos de los principios y ámbitos*. Londres: Departamento de Programas Plan Internacional, 1999.
- FOUCAULT, M. (1980). *Power/Knowledge: Selected Interviews and other Readings 1972-1977*. Nueva York: Pantheon Books.
- (1988). *La verdad y sus formas jurídicas*. Editorial Gedisa. Madrid.
- (1992). *Microfísica del poder*. Madrid: La Piqueta.
- (2005). *Historia de la sexualidad. 2: El uso de los placeres*. México: Siglo XXI.
- FRANCO GALLEGO, M. T. & SÁNCHEZ DUQUE, L. M. (2009). *Algunos problemas de la conciliación celebrada dentro del proceso penal de inasistencia alimentaria* (Trabajo de grado para optar por el título de abogada). Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.
- FRANK, J. (2009). *Law and the Modern Mind*. Nueva York: Transaction Publishers.
- FRASER, N. (1990). "Struggle over Needs: Outline of a Socialist-feminist Critical Theory of Late-capitalist Political Culture". En: *Women, the State, and Welfare*, 199-225.
- (1997). *Iusticia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialistas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes.
- (2013). *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*. Londres: Verso.

- FREUD, S. (1986). "Más allá del principio del placer". En: *Obras completas*. Buenos Aires: Amorrotu Editores.
- FRIEDMAN, L. (1986). "The Law and Society Movement". En: *Stanford Law Review*. Vol. 38, No. 3.
- FRUG, G. (1983-1984). *The Ideology of Bureaucracy en American Law*. 97 *Harv. L. Rev* 1276, 1983-1984.
- FRUG, M. J. (2006). "Comentario: Un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)". En: *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Uniandes.
- Fundación Integra. (n.d.). Sitio web de la organización. Descargado en: <http://www.integra.cl/>
- GALANTER, M. (1974). "Why the 'Haves' come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change". En: *Law and Society Review*, 9(95).
- GANDOUR, M. & MEJÍA, L. B. (1999). *Hacia el rediseño del estado*. Bogotá: TM Editores-DNP/40 años.
- GARAY SALAMANCA, L. J. (2002). *Repensar a Colombia: hacia un nuevo contrato social*. Bogotá: PNUD-ACCI.
- GARCÍA, C. (2012, noviembre 6). Entrevista. Profesional especializada del Grupo Prevención del ICBF.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. *Curso de derecho administrativo T.1* (11ª edición). Bogotá; Lima: Temis; Palestra, 2008.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- (2006). "El derecho como esperanza: Constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia". En: *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- (ed.). (2008). *Jueces sin estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; DeJusticia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Konrad Adenauer Stiftung; John Merck Fund.
- (2010). *Los abogados en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Colección DeJusticia.
- GARCÍA VILLEGAS, M (2011). *Los estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Colección DeJusticia.
- GARCÍA VILLEGAS, M & REVELO REBOLLEDO (2010). *Estado Alterado. Clientelismo, burocracias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Colección DeJusticia.
- GARCÍA VILLEGAS, M., JARAMILLO SIERRA, I. C. & RESTREPO SALDARRIAGA, E. (2006). *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá: Uniandes.
- GEERTZ, C. (2003). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa.
- (1994). *Hecho y ley*. Barcelona: Paidós.
- GELLNER, E. (1993). *Naciones y nacionalismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- GENY, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Editorial Comares.

- GIL BOTERO, E. (2011, mayo 9). Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912).
- GÓNGORA, C. (2013). "Políticas públicas en educación sexual y embarazo adolescente". En: Isabel Cristina Jaramillo Sierra (comp.) (2013). *Embarazo adolescente: entre la política y los derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 230-264.
- GONZÁLEZ JÁCOME, J. (2006). "¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968? Reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos". En: C. A. Bernal Castro (ed.), *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el estado contemporáneo*. Bogotá: Legis; Pontificia Universidad Javeriana.
- GORDON, R. (n.d.). "Critical Legal Histories". En: *Stanford Law Review*, 36(1/2), 57-125.
- GRAMSCI, A. (1971). *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*. Nueva York: International Publishers.
- Grupo focal realizado en San Cristóbal sur (2012, octubre 17).
- Grupo focal realizado en El Espinal, Tolima (2012, noviembre 22).
- GUERRERO, O. (2010). *La administración pública a través de las Ciencias Sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GUPTA, A. & SHARMA, A. (2006). *The Anthropology of the State: A Reader*. Oxford: Wiley. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=knyumGmLQ7YC>
- GUPTA, AKHIL, SHARMA, A., AGRAWAL, A., BENEI, V., CLARKE, J., ECHEVERRIGENT, J., et al. (2006). "Globalization and Postcolonial states". En: *Current anthropology*, 47(2), 277-307.
- GUTIÉRREZ SANÍN, F. (2010). "Estados fallidos o conceptos fallidos?: la clasificación de las fallas estatales y sus problemas". En: *Revista de Estudios Sociales*, (37), 87-104. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- HAGGARD, S. & KAUFMAN, R. R. (2008). *Development, Democracy and Welfare States: Latin America, East Asia, and Eastern Europe*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- HALE, R. L. (1923). "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State". En: *Political Science Quarterly*, 38(3), 470-494. Nueva York: Academy of Political Science.
- HALLEY, J. (2008). *Split Decisions: How and Why to take a Break from Feminism*. Nueva Jersey: PRINCETON UNIVERSITY PRESS.
- HART, H. L. A. (1990). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HAWLEY, W. D. & LIPSKY, M. (1977). *Theoretical Perspectives on Urban Politics*. Englewood Cliffs, N.J: Prentice-Hall.
- HEGEL, G. W. F. (1977). "Master-slave Dialectic". En: *Phenomenology of Spirit*. Oxford: Clarendon Press.
- HENAO, J.C. (2007). *El daño. Análisis comparado de la responsabilidad extracontractual del daño en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HERNÁNDEZ, J. (2005). *Las madres comunitarias y su situación en el derecho laboral colombiano. Un ejemplo más de discriminación femenina*. Tesis de grado no publicada para optar al título de abogada. Uniandes. Directora: Isabel Cristina Jaramillo Sierra.
- HERREÑO, A. L. H. (1999). *No hay derecho: las madres comunitarias y jardineras frente al derecho laboral*. Bogotá: ILSA.

- HESSE-BIBER, S. N. & YAISER, M. (2004). *Feminist Perspectives on Social Research*. Nueva York: Oxford University Press.
- HIRSCHMANN, N. J. & LIEBERT, U. (2001). *Women and Welfare: Theory and Practice in the United States and Europe*. Nueva Jersey: Rutgers University Press.
- HOHFELD, W. N. (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina.
- HOLLIS, M. & HOWE, D. (1987). "Moral Risks in Social Work". En: *Journal of Applied Philosophy*, 4(2), 123-133.
- HOLMES, O. W. (1987). *The Path of the Law*. Descargado en: <http://www.gutenberg.org/etext/2373>
- HOOD, C. (2005). "Public Management: The Word, the Movement, the Science". En: *The Oxford Handbook of Public Management*, 7-26.
- HOWE, D. (1991). "Knowledge, Power and the Shape of Social Work Practice". En: M. Davies (ed.), *The Sociology of social work*. Londres; Nueva York: Routledge.
- HOYOS, L.M. (2002). *Estrategia de intervención en hogares comunitarios de Bienestar: una experiencia local participativa en varios municipios de Colombia*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal.
- IHERING, R. VON. (1974). "En el cielo de los conceptos jurídicos". En: *Bromas y veras en la jurisprudencia: un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF). (1997). Bogotá: Primera Encuesta Sistema de Evaluación de Impacto de Hogares Comunitarios de Bienestar.
- \_\_\_\_ (1996). Acuerdo 21.
- \_\_\_\_ (2000). Satisfacción de los beneficiarios de los hogares comunitarios del ICBF.
- \_\_\_\_ (2011). "Lineamiento técnico administrativo, modalidad Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (familiares, grupales, múltiples, múltiples empresariales y jardines sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad". Dirección de prevención.
- \_\_\_\_ (n.d.). Hogares Comunitarios. Portal ICBF - Preguntas frecuentes. Descargado en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Servicios/PreguntasFrecuentesNew/Hogares>
- \_\_\_\_ (2012). Informe de resultados.
- ISRAËL, L. (2009). *L'arme du droit*. París: Presses de Sciences Po.
- JARAMILLO SIERRA, I. C. (2006). "Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: El caso de la Ley de Cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva". En: *Más allá del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- \_\_\_\_ (2007a). "El reto de pensar la distribución: A propósito del libro de Janet Halley *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*". En: *Revista de Estudios Sociales* (Bogotá), 28, 132-137.
- \_\_\_\_ (2007b). *A History of Family Law in Colombia*. Cambridge, MA: Harvard Law School.
- JARAMILLO SIERRA, I. C. & ALFONSO, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

- (2013). *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad 1540-1980*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- JOLLY, J-F. (2007). "Gobernanza de los territorios y gobierno del territorio en Colombia. El caso de la política pública de Vivienda de Interés Social en Bogotá y Chiquinquirá". En: *Papel Político*, 12(2), 417-458.
- JUÁREZ HERNÁNDEZ, C. (2003). "El cuidado infantil en México". Child Care Information Exchange. Descargado en: <https://www.childcareexchange.com/library/5015021.pdf>
- KALMANOVITZ, S. & LÓPEZ, E. (2005). "Tierra, conflicto y debilidad del Estado en Colombia". En: *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, 44.
- KELSEN, H. (1949). *Teoría general del derecho y del estado*. México: Imprenta Universitaria.
- (1994). *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- KENNEDY, DAVID (2012). "Laws and Developments". En: *Law & Development: Facing Complexity in the 21<sup>st</sup> Century*. Nueva York: Routledge.
- KENNEDY, DUNCAN (1976). "Form and Substance in Private Law Adjudication". En: *Harvard Law Review*, 89(8), 1685-1778.
- (1991). "Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination". En: *New Eng. L. Rev.*, 26, 1309.
- (1993). *Sexy Dressing, etc.* Cambridge, MA: Harvard University Press.
- (1997). *A Critique of Adjudication: fin de siècle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- (1998). "Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies". En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Londres; Nueva York: Macmillan Reference.
- (n.d.). "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!" (1991). En: *Legal Studies Forum*, Vol. 15, p. 327.
- (1999). *Libertad y restricción en la adjudicación judicial: Una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar y Uniandes.
- (2004). "The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or, Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought". En: *Hastings Law Journal*, 55(5), 1031-1076.
- KERBO, H. R. & DELLA FAVE, L. R. (1979). "The Empirical Side of the Power Elite Debate: an Assessment and Critique of Recent Research". En: *The Sociological Quarterly*, 20(1), 5-22.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. & STEWART, R. (2010). "El surgimiento del derecho administrativo global". En: *Revista de Derecho Público*, 24.
- LACLAU, E. & MOUFFE, C. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Madrid: Siglo XXI.
- LADD-TAYLOR, M. (1994). "Every Mother has a Right: The Movement for Mothers' Pension". En: *Mother-work: Women, Child Welfare, and the State, 1890-1930* (Vol. 88). Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- LAMB, M. E. (1992). *Child Care in Context: Cross-Cultural Perspectives*. Hillsdale, Nueva Jersey: Lawrence Erlbaum.
- LAMPIS, A. (2011). "Desafíos conceptuales para la Política de Protección Social frente a la pobreza en Colombia". En: *Revista de Estudios Sociales*, (41), 107-121.

- LAMPREA, E. (2009). "Los servicios públicos en Colombia: entra la libertad de mercado y la intervención estatal". En: *Manual de Derecho administrativo*. Bogotá: Temis-Uniandes.
- LANDRY v. FDIC. (2000) (Vol. 204). Court of Appeals, Dist. of Columbia Circuit.
- LASSO, M. (2007). *Myths of Harmony: Race and Republicanism During the Age of Revolution, Colombia 1795-1831*. Pittsburg: University of Pittsburg Press.
- LAWSON, G. (2009). *Federal Administrative Law*. St. Paul, MN: West.
- LEAL, A. (2006). "Burocracia, justicia y pluralismo jurídico. Una exploración de los espacios del poder en Oaxaca". En: *Alteridades*, 16(31), 39-48.
- LEAL BUITRAGO, F. & DÁVILA, A. (1994). *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales; Tercer Mundo Editores.
- LECHNER, N. (1986). *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- LEJEUNE, A. (2011). *Le droit au Droit: Les juristes et la question sociale en France*. París: Archives contemporaines.
- LEMAITRE RIPOLL, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- LIPSKY, M. (1984). "Bureaucratic Disentitlement in Social Welfare Programs". En: *Social Service Review*, 58(1), 3-27.
- (2010). *Street-level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. Nueva York: Russell Sage Foundation.
- LIPSKY, M. & WEATHERLEY, R. (1977). "Street-level Bureaucrats and Institutional Innovation: Implementing special-education reform". En: *Harvard Educational Review*, 47(2), 171-197.
- LLEWELLYN, K. N. (2009). *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. Nueva York: Oxford University Press.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2007). "El sueño weberiano. Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano". En: *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, 19.
- LÓPEZ, S. (2007). "Políticas de cuidado infantil, género y ciudadanía. El proyecto CAI en Tijuana". En: *Revista La Ventana*, 3(26), 125-166.
- LÓPEZ STERUP, H. (2009). "Principio de legalidad, discrecionalidad y confianza legítima". En: *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis y Uniandes.
- LUXEMBURG, R. (1986). *Social Reform or Revolution*. Londres: Militant Publications.
- LYNN JR, L. E. (2005). "Public Management: A Concise History of the Field". En: Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn en Christopher Pollitt (eds.), *The Oxford Handbook of Public Management*, 27-50.
- MACAULAY, S., FRIEDMAN, L. M. & STOOKEY, J. A. (1995). *The Law and Society Reader: Readings on the Social Study of Law*. Boston: Ed. LSA Boston. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=h1l2qgAACAAJ>
- MACPHERSON, C. B. & CUNNINGHAM, F. (2010). *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press. Descargado en: [http://books.google.com.co/books?id=edv\\_cgAACAAJ](http://books.google.com.co/books?id=edv_cgAACAAJ)
- MALAGÓN PINZÓN, M. A. (2003, febrero 8). Comunicación personal. Profesor de derecho administrativo de la Universidad de los Andes, Bogotá.

- (2009). *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MARSHALL, T. H. (1992). *Citizenship and Social Class*. Londres: Pluto Press.
- MARTÍNEZ BORDÓN, A., SOTO DE LA ROSA, H. & CEPAL-Naciones Unidas (2012, diciembre). CEPAL-Programas para el cuidado y el desarrollo infantil temprano en los países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). De su configuración actual a su implementación óptima. Descargado el 4 de julio de 2013, en: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/49274/p49274.xml&xsl=/tpl/p9f.XSL&BASE=>
- MARX, K. (2000). *On the Jewish Question*. Open University. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=ZFNWCGAACAAJ>
- MAYNARD-MOODY, S. W. & MUSHENO, M. C. (2003). *Cops, Teachers, Counselors: Stories from the Front Lines of Public Service*. Ann Arbor: University of Michigan Press. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=ofiszx7dwemc>
- MILLS, C. W. (1951). *White Collar; the American Middle Classes*. Nueva York: Oxford University Press.
- (1999). *The Power Elite*. Nueva York: Oxford University Press. Descargado en: [http://books.google.com.co/books?id=kn\\_oauktbq4C](http://books.google.com.co/books?id=kn_oauktbq4C)
- Ministerio de la Protección Social. (n.d.). Indicadores trazadores de la calidad en el sistema. Descargado el 16 de octubre de 2010, en: [http://201.234.78.38/ocs/cifras\\_indicadores.aspx](http://201.234.78.38/ocs/cifras_indicadores.aspx)
- MITCHELL, T. (1999). "Society, Economy, and the State Effect. En: *State/culture: state-formation after the cultural turn*. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press.
- MNOOKIN, R. H. & KORNHAUSER, L. (1979). "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce". En: *The Yale Law Journal*, 88(5), 950-997.
- MOLYNEUX, M. (2006). "Mothers at the Service of the New Poverty Agenda: Progreso/Oportunidades, Mexico's Conditional Transfer Programme". En: *Social Policy & Administration*, 40(4), 425-449.
- (2008). "The 'Neoliberal Turn' and the New Social Policy in Latin America: How Neoliberal, How New?". En: *Development and Change*, 39(5), 775-797.
- MONCADA ROA, P. (2007). "El fenómeno de la debilidad y el fracaso del estado: Un debate inconcluso y sospechoso [estudio preliminar]". En: *Estados fallidos o fracasados. Un debate inconcluso y sospechoso*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=g0swqwaacaaJ>
- MONCAYO, V. M. (2004). *El leviatán derrotado: reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. Descargado en: [http://books.google.com.co/books?id=PUUGQRp\\_sNQC](http://books.google.com.co/books?id=PUUGQRp_sNQC)
- MORENO, C. (2012a). *¿Transformando el derecho administrativo?: Estudio de caso de los recicladores y la gestión del servicio de aseo*. Proyecto de tesis de doctorado, Bogotá.
- (2012b, octubre 4). Entrevista. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes.
- (2013, febrero 14). Comunicación personal. .
- MORRISON V. OLSON. (1988) (Vol. 487). Supreme Court.
- MÚNERA, A. (1988). *El fracaso de la nación: región, clase y raza en el Caribe colombiano (1717-1821)*. Bogotá: Banco de la República.

- Municipalidad Provincial de Sullana. (n.d.). Wawa Wasi. Descargado en: [http://munisu-llana.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=538&Itemid=722](http://munisu-llana.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=538&Itemid=722)
- MURRAY, C. A. (2012). *Coming Apart: The State of White America, 1960-2010*. Nueva York, NY: Crown Forum.
- NAVARRO, R. M. (2012, noviembre 2). Entrevista. Exsecretaria general del ICBF.
- NOONAN, K. & SIMON, W. (2007). The Rule of Law in the Experimentalist Welfare State: Lessons from American Child Welfare Reform. Presented at the Annual Meeting of the The Law and Society Association, Berlín.
- NUIJTEN, M. (2004). "Between Fear and Fantasy: Governmentality and the Working of Power in Mexico". En: *Critique of Anthropology*, 24(2), 209-230.
- NUSSBAUM, M. C. (2011). *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Nutrinet.org. (n.d.). Programa de Hogares Comunitarios. Descargado en: <http://guatemala.nutrinet.org/areas-tematicas/materno-infantil/casos-exitosos/95-programa-de-hogares-comunitarios>
- OHNESORGE, J. (2002). *Western Administrative Law in Northeast Asia: A Comparativist's History* (disertación doctoral). Cambridge, MA: Harvard Law School.
- \_\_\_\_ (2006). "Chinese Administrative Law in the Northeast Asian Mirror". En: *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, 16, 103.
- OLSEN, F. (2000). "El sexo del derecho". En: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Ed. Biblos.
- OLSON, M. (1971). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, MA: Harvard University Press. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=myG3AAAAIAAJ>
- Organización de Estados Iberoamericanos. (n.d.-a). Plan nacional de acción en favor de la madre y el niño. *Educación inicial*. Descargado en: <http://www.oei.es/linea3/inicial/argentiane.htm>
- \_\_\_\_ (n.d.-b). Educación inicial, modalidades no escolarizadas, Perú. *Educación inicial*. Descargado en: <http://www.oei.es/linea3/inicial/perune.htm>
- \_\_\_\_ (n.d.-c). Educación inicial, modalidades no escolarizadas, Brasil. *Educación inicial*. Descargado en: <http://www.oei.es/linea3/inicial/brasilne.htm>
- ORLOFF, A. S. (1993). "Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States". En: *American Sociological Review*, 303-328.
- PARADA, R. (2008). *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- PATASHNIK, E. M. (2008). *Reforms at Risk: What Happens After Major Policy Changes are Enacted*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- PATASHNIK, J. (2012). "Bringing a Judicial Takings Claim". En: *Stanford Law Review*, 64, 255.
- PAUTASSI, L. (2009). "Programas de transferencias condicionadas de ingresos, ¿Quién pensó en el cuidado? La experiencia en Argentina". *Seminario Regional Las familias interrogadas. Hacia la articulación del diagnóstico, la legislación y las políticas*, 29. Descargado en: <http://www.cepal.cl/dds/noticias/paginas/0/37350/Ponencia-LauraPautassi.pdf>

- PAUTASSI, L. & ZIBECCHI, C. (2010). *La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil: programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias*. CEPAL. Descargado en: <http://orton.catie.ac.cr/cgi-bin/wxis.exe/?ISIScript=HCACRxis&method=post&formato=2&cantidad=1&expresion=mfn=034414>
- PÉCAUT, D. (1995). "De las violencias a la violencia". En: *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Vol. 2, pp. 262-273. Bogotá: IEPRI-CEREC.
- (1997). "Pasado, presente, y futuro de la violencia". En: *Análisis Político*, (30), 1-43.
- PENN, H. (2004). *Childcare and Early Childhood Development Programmes and Policies: Their Relationship to eradicating Child Poverty*. Childhood Poverty Research and Policy Centre London.
- PERKINS GILMAN, C. (2008). *Mujeres y economía. Un estudio sobre la relación económica entre hombres y mujeres como factor de evolución social*. Valencia: puv.
- PERRY, D. C. & SORNOFF, P. (1973). *Politics at the Street Level: The Select Case of Police Administration and the Community*. Beverly Hills: Sage Publications.
- PETERS, B. G. & PIERRE, J. (1998). "Governance without Government? Rethinking Public Administration". En: *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8(2), 223-243.
- PINEDA DUQUE, J. (2013, febrero 6). Entrevista. Profesor del CIDER de la Universidad de los Andes.
- PIVEN, F. F. (1977). *Poor People's Movements: Why they Succeed, How they Fail*. Nueva York: Pantheon Books.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- PITCH, T. (2003). *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- POLLITT, C. & BOUCKAERT, G. (2011). *Public Management Reform: A Comparative Analysis- New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State*. Cambridge, MA: Oxford University Press.
- PORTILLO, S., RUDES, D. S., VIGLIONE, J. & NELSON, M. (2013). "Front-Stage Stars and Backstage Producers: The Role of Judges in Problem-Solving Courts". En: *Victims & Offenders*, 8(1), 1-22.
- POULANTZAS, N. A. (1973). *Political Power and Social Classes*. Londres: New Left Books.
- PRATS CATALÁ, J. (2005). "De la burocracia al management, del management a la gobernanza". Madrid: INAP.
- PRESTON, L. M. (1987). "Freedom and Bureaucracy". En: *American Journal of Political Science*, 773-795.
- PRIOR, L. (1997). "Following in Foucault's Footsteps: Text and Context in Qualitative Research". En: *Qualitative Research: Theory, Method and Practice*, 63-79.
- QUINTERO, G. (2009). "La construcción de la responsabilidad del Estado en Colombia: Entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica". En: *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis y Uniandes.
- RAGIN, C. C. (2007). *La construcción de la investigación social: introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- RATTON SÁNCHEZ, M. (2010). "El proyecto derecho administrativo global: Una reseña desde Brasil". En: *Revista de Derecho Público*, 24, 3-17.

- RITTICH, K. (2002). *Recharacterizing Restructuring: Law, Distribution, and Gender in Market Reform*. La Haya: Kluwer Law International.
- (2006). “The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social”. En: Trubek, David y Santos, Álvaro (eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Nueva York: Cambridge University Press, pp. 95-173.
- RIVERA, J. & MORASSO, M. (2005). *La posición de Unicef en el desarrollo temprano. Hacia una política pública en desarrollo infantil temprano. Las buenas prácticas*. Descargado en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/sistematizacio.pdf>
- RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C. (2005). “Economía del cuidado y política económica. Una aproximación a sus interrelaciones”. En: *Documento presentado a la trigésimo octava reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*.
- (2011). “Programas de transferencias condicionadas de ingreso e igualdad de género. ¿Por dónde anda América Latina?”. Serie Mujer y Desarrollo, (109).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2010). “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”. En: *Texas Law Review*, 89(7), 1669.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. & PORTES, A. (coords.) (2012). *Las instituciones en Colombia: Un análisis sociológico*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- RODRÍGUEZ GARAVITO CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ FRANCO (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.
- RODRÍGUEZ, L. (2000). *Derecho administrativo: general y colombiano*. Bogotá: Temis. Descargado en: <http://books.google.com.co/books?id=AYEQAAAAYAAJ>
- (2011). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROJAS, A. (2012). *Las consecuencias del neopragmatismo en la Filosofía del Derecho*. Tesis de grado no publicada para optar al título de doctor en derecho. Uniandes. Director: Diego Eduardo López Medina.
- SALDIVIA, L. (2010). “Estudio preliminar”. En: *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- SÁNCHEZ, L. M. (2010). “Los abogados en el gobierno colombiano desde los albores del siglo xx hasta nuestros días”. En: M. García Villegas (ed.). *Los abogados en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- SANTAMARÍA-PASTOR (2010). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANTOS, B. DE S. & GARCÍA VILLEGAS, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*. Bogotá: Colciencias; Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas; Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra; Instituto Colombiano de Antropología e Historia; Universidad Nacional de Colombia; Siglo del Hombre Editores.

- SCHOR, J. (1991). *The Overworked American: The Unexpected Decline of Leisure*. Nueva York, NY: Basic Books.
- SCHRAM, S. F., SOSS, J., HOUSER, L. & FORDING, R. C. (2010). "The Third Level of US Welfare Reform: Governmentality under Neoliberal Paternalism". En: *Citizenship Studies*, 14(6), 739-754.
- Secretaría de Desarrollo Social. (n.d.). Sitio web de la organización. Descargado en: <http://www.sedesol.gob.mx/>
- Secretaría General-Alcaldía Mayor de Bogotá y Observatorio Colombiano de Migraciones. (2009). *Encuesta Nacional 2008-2009, Resultados Generales de Migraciones Internacionales y Remesas, Observatorio Distrital de Migraciones*. Bogotá: Fundación Esperanza-Red Alma Mater. Descargado en: <http://www.migracionescolombianas.edu.co/vieja/Documentos/documentos/DOCUMENTOS%20%20TRABAJO/cartilla.pdf>
- SEN, A. K. (1999). *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- SERJE DE LA OSSA, M. R. (2005). *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, CESO.
- SERRATO, L. DEL P. (2008). *Conciliación entre vida familiar y vida laboral: El caso del servicio de cuidado infantil en Bogotá*. Tesis de grado no publicada para optar al título de magíster sobre estudios en desarrollo. Universidad de los Andes, Bogotá.
- SHAMIR, H. (2010). "The State of Care: Rethinking the Distributive Effects of Familial Care Policies in Liberal Welfare States". En: *American Journal of Comparative Law*, 58(4), 953-986.
- SHAPIRO, M. M. (1981). *Courts, a Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press.
- SHARMA, A. (2008). *Logics of Empowerment Development, Gender, and Governance in Neoliberal India*. Minneapolis: Universidad de Minnesota Press. Descargado en: <http://public.eblib.com/EBLPublic/PublicView.do?ptiid=433205>
- SHIHATA, I. (2000). "Issues of Governance". En: *Borrowing Members: The Extent of their Relevance under the Bank's Articles of Agreement*. Washington: The World Bank Legal Papers.
- SIBLOT, Y. (2006). *Faire valoir ses droits au quotidien: les services publics dans les quartiers populaires*. París: Presses de Sciences Po.
- SILVA, GERMÁN (2001). *El mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVER, H. (1993). *Homework and Domestic Work*; Sociological Forum, Vol. 8, No. 2 (junio, 1993), pp. 181-204.
- SLEVIN *et al.*, (1978). *El trabajo no remunerado de la mujer*. Ministerio de Salud e ICBF. Subdirección de Promoción Social-División de Promoción. Bogotá: Distrito Capital.
- SMITH, S. R. & LIPSKY, M. (1997). *Nonprofits for Hire: The Welfare State in the Age of Contracting*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SOLANO, J. (2003). *Las madres comunitarias y la función social, recuperación de una aventura comparada: De amas de casa a socializadoras para una Colombia mejor 1987-2002*. Recuperación de Aprendizajes. Bogotá: Fundación Social.
- SOMMER, D. (1999). *Proceed with Caution, when Engaged by Minority Writing in the Americas*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- SOMMER, G. & OSTERGARD, M. (2013). *Street-Level and Front-Line Workers in the Context of the European Welfare State*. Documento no publicado. Ponencia en *Law & Society*. Boston, MA.
- SPIVAK, G. C. (1999). *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SPRAGUE, J. (2005). *Feminist Methodologies for Critical Researchers: Bridging Differences*. Walnut Creek, CA: AltaMira Press.
- STAAB, S. (2011, enero). *Políticas de cuidado y desarrollo en América Latina*. Seminario "La expansión de los servicios de cuidado infantil en Chile y México. ¿Para las mujeres, para los niños o para ambos?", CEPAL, Santiago de Chile. Descargado en: <http://www.cepal.org/ddc/noticias/paginas/7/41897/silke-staab-unrisd.pdf>
- STOLLAEIS, M. (2004). *A History of Public Law in Germany, 1914-1945*. Barcelona: Marcial Pons.
- (2011). *La textura histórica de las formas políticas*. Barcelona: Marcial Pons.
- SUCHMAN, M. C. (1997). "On Beyond Interest: Rational, Normative and Cognitive Perspectives in the Social Scientific Study of Law". En: *Wisconsin Law Review*, 3, 475-501.
- SUNSTEIN, CASS (1990). "Paradoxes of the Regulatory State". *57 University of Chicago Law Review* (427).
- TAMANAH, B. Z. (2004). *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- The World Bank (1991). *The Reform of Public Sector Management: Lessons from Experience*. Washington: World Bank.
- THOMAS, C. (2008). "Re-Reading Weber in Law and Development: A Critical Intellectual History of 'Good Governance' Reform". En: *Cornell Legal Studies Research Paper*, (08-034).
- (2010). "Law and Neoclassical Economic Development in Theory and Practice: Toward an Institutional Critique of Institutionalism". En: *Cornell L. Rev.*, 96, 967.
- THOMPSON, F. (2008). "Las tres caras de la gestión pública". En: *Gestión y Política Pública*, 17(2).
- TILLY, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos (990-1990)*. Madrid: Alianza Editorial.
- TODARO, R., REYES, N. & PAZ, C. (2007). Chile: Servicios de cuidado y división de responsabilidades de cuidado dentro del hogar. Santiago de Chile: CEM.
- TOKATLIAN, J. (2000). *Globalización, narcotráfico y violencia. Siete ensayos sobre Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- TRONTO, J. C. (2001). "Who Cares? Public and Private Caring and the Rethinking of the Citizenship". En: *Women and Welfare: Theory and Practice in the United States and Europe* (pp. 65-83). Nueva Jersey: Rutgers University Press.
- TROUILLOT, M-R. (2001). "The Anthropology of the State in the Age of Globalization". En: *Current Anthropology (Chicago)*, 42(01), 125-138.
- TRUBEK, D. M. (1972). *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. New Haven: Program in Law and Modernization, Yale Law School.
- (1977). "Unequal Protection: Thoughts on Legal Services, Social Welfare, and Income Distribution in Latin America". En: *Texas International Law Journal*, 13, 243.

- (2008). "Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law". En: *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, 1075, 1-34.
- TRUBEK, D. M. & GALANTER, M. (1974). "Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States". En: *Wis. L. Rev.*, 1062.
- TRUBEK, D. M. & SANTOS, A. (2006). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
- TRUJILLO, I. (2010). "Migraciones y trabajo doméstico: Del retablo a la vida, construyendo ciudadanía". En: *América Latina en Movimiento*. Descargado en: <http://alainet.org/active/41525>
- U.S. Department of Health & Human Services. (n.d.). Acerca de Head Start. *Early Childhood Learning & Knowledge Center*. Descargado en: <http://eclkc.ohs.acf.hhs.gov/hslc/Espanol/acerca>
- Unicef (1998). "La voz de los niños". Encuesta de participación infantil.
- (2012). Estudio de opinión y de percepción sobre la situación de las poblaciones de infancia, mujer y familia.
- UPRIMNY YEPES, R., RODRÍGUEZ GARAVITO, C., y GARCÍA VILLEGAS, M. (2006). *¿Justicia para todos: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- URICOECHEA, F. (1986). *Estado y burocracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- URUEÑA, R. (2013). *El surgimiento del Estado regulatorio-constitucional en Colombia: El caso de la regulación de agua potable*. En proceso de edición.
- VALENCIA VILLA, H. (1987). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- VARGAS, O. (2005). *Discrecionalidad administrativa: naturaleza, límites y garantías ciudadanas*. En: Vidal, J., Díaz, V., y Rodríguez, G. A. (2005). En: *Temas de Derecho Administrativo contemporáneo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- VEBLEN, T. (2004). *Teoría de la clase ociosa*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VEGA, G. (2005). "La discrecionalidad administrativa". En: Vidal, J., Díaz, V., y Rodríguez, G.A. (ed.) (2005). *Temas de Derecho Administrativo contemporáneo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- VIDAL PERDOMO, J. (2004). *Derecho Administrativo* (12ª edición). Bogotá: Temis.
- VILLEGAS, J. (2013). *Derecho Administrativo Laboral* (10ª edición). Tomo I. Bogotá: Legis Editores.
- WARIN, P. (2006). *L'accès aux droits sociaux*. Grenoble: Presses universitaires de Grenoble.
- WARING, M. (1988). *If Women Counted: A New Feminist Economics*. San Francisco: Harper & Row.
- WATKINS-HAYES, C. (2009). *The New Welfare Bureaucrats: Entanglements of Race, Class, and Policy Reform*. Chicago: University of Chicago Press. Descargado en: [http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=miclsvw37\\_qc&oi=fnd&pg=PR7&dq=watkins-hayes+2009&ots=vp76BK31DK&sig=3Izar4Pgf1dyvQdyEviwljfo1Gc](http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=miclsvw37_qc&oi=fnd&pg=PR7&dq=watkins-hayes+2009&ots=vp76BK31DK&sig=3Izar4Pgf1dyvQdyEviwljfo1Gc)
- WEBER, M. (1963). *Economy and Society; An Outline of Interpretive Sociology*. Nueva York: Bedminster Press.

- (2000). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Reus.
- WECTER, D. (1937). *The Saga of American Society; A Record of Social Aspiration, 1607-1937*. Nueva York: C. Scribner's Sons.
- WELLER, J-M. (1999). *L'État au guichet: sociologie cognitive du travail et modernisation administrative des services publics*. París: Desclée de Brouwer.
- WILLIAMS, F. (1995). "Race/Ethnicity, Gender, and Class in Welfare States: A Framework for Comparative Analysis". En: *Soc Pol Social Politics*, 2(2), 127-159.
- ZANOBINI, G., MASNATTA, H. & PICONE, F. (1954). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Arayú.



**ANEXOS**

## ANEXO 1. DIARIO DE CAMPO: FASE EMPÍRICA

### Resumen de actividades

Actividad	Total	
Entrevistas ICBF	16 funcionarios y exfuncionarios	
Entrevistas a administrativistas	3 expertos	
Observaciones de administrativistas	60 horas-Universidad del Rosario	
Observaciones HCB	31 horas, 35 min	
Análisis documental	7 tipos documentales (ficha integral del niño y la familia; formato para visita domiciliaria para selección de agente educativo HCB; formato para entrevista a aspirante a madre o padre comunitario (a); pasantía de aspirantes a desempeñarse como agente educativo comunitario (madre o padre comunitario [a]) en el programa HCB; formato resultados taller de inducción; minuta patrón por tiempo de consumo semanal; ciclo de minutas-guía de preparaciones); planilla para la recolección de datos antropométricos-sistema de seguimiento nutricional; criterios para la selección de niños en hogares múltiples.	
Grupos focales	3	
Municipios	3	Bogotá, El Espinal-Tolima, El Darién-Valle del Cauca
Localidades en Bogotá	4	San Cristóbal sur, San Cristóbal norte, Suba, Simón Bolívar
Actividades documentadas en diario de campo	13	Conversaciones informales con madres comunitarias y beneficiarios

## Entrevistas ICBF

N.	Categoría	Fecha	Cargo	Nombre	Lugar	G*
1	Funcionario	3 de agosto de 2012	Exdirectora del ICBF	Elvira Forero	Apto personal	No
2	Funcionario	10 de agosto de 2012	Gerente Madres Comunitarias	Claudia García	ICBF-Sede principal	No
3	Funcionario	13 de agosto de 2012	Profesional especializado-Grupo Prevención	Sandra Bibiana Camacho Rodríguez	ICBF-Regional Bogotá	Sí
4	Funcionario	12 de septiembre de 2012	Directora Hogar Bambi Darién	Gladys Meneses	Llamada telefónica	No
5	Funcionario	2 de noviembre de 2012	Exsecretaria general ICBF	Rosa María Navarro	Centro Internacional	Sí
6	Funcionario	6 de noviembre de 2012	Profesional especializado-Grupo Prevención	Sandra Bibiana Camacho Rodríguez	ICBF-Regional Bogotá	Sí
7	Funcionario	6 de noviembre de 2012	Excoordinadora madres comunitarias Córdoba	Yidis Tovar	Apto personal	No
8	Funcionario	16 de octubre de 2012	Coordinadora prevención Centro Zonal San Cristóbal sur	Elisabeth Mora Melcom	San Cristóbal sur	No
9	Madre comunitaria	20 de noviembre de 2012	Madre comunitaria FAMI	Ligia Espinoza	Hogar Comunitario (Espinal-Tolima)	Sí
10	Funcionario	20 de noviembre de 2012	Comisario de familia	Diego Aristizábal	ICBF Espinal	No
11	Funcionario	29 de enero de 2013	Directora CEDE	Raquel Bernal	CEDE-oficina 902	No
12	Experto	6 de febrero de 2013	CIDER	Javier Pineda	CIDER-oficina	No
13	Funcionario	24 de enero de 2013	Magistrada auxiliar Corte Constitucional-Humberto Sierra Porto	Mariana Ardila Trujillo	Correo electrónico	No
14	Experto	5 de febrero de 2013	Abogado administrativo	Hugo Arenas	Uniandes	No
15	Experto	8 de febrero de 2013	Profesor derecho administrativo	Miguel Malagón	Uniandes	Sí
16	Activista	4 de abril de 2013	Sisma Mujer	Linda Ma. Cabrera	Sede Sisma Mujer	Sí
<b>Total</b>						<b>16</b>

\* Grabación de soporte.

**Entrevistas a administrativistas**

Fecha	Categoría	Cargo	Nombre	Lugar	G
30 de agosto de 2012	Experto	Magistrado Sala de Consulta y Servicio Civil	Enrique José Arboleda Perdomo	Universidad del Rosario	No
31 de agosto de 2012	Experto	Profesor Universidad del Rosario	Álvaro Andrés Motta Navas	Universidad del Rosario	No
4 de octubre de 2012	Experto	Profesora Universidad de los Andes	Carolina Moreno	Universidad de los Andes	Sí
<b>Total</b>					<b>3</b>

**Observaciones de administrativistas**

Fecha	Objeto	Horas
21 de agosto-28 de septiembre de 2012	Curso Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de enero 18 de 2011	60

**Análisis documental**

Tipo de documento	Número de documentos revisados
Ficha integral del niño y la familia	11
Formato para visita domiciliaria para selección de agente educativo HCB	2
Formato para entrevista a aspirante a madre o padre comunitario (a)	1
Pasantía de aspirantes a desempeñarse como agente educativo comunitario (madre o padre comunitario [a]) en el programa HCB	1
Formato resultados taller de inducción	1
Mínuta patrón por tiempo de consumo semanal	7
Ciclo de minutas-guía de preparaciones	7
Planilla para la recolección de datos antropométricos-sistema de seguimiento nutricional	7
Criterios para la selección de niños en hogares múltiples	1
<b>Total</b>	<b>39</b>

## Grupos focales

Fecha	Participantes	Lugar	Grabación
17 de octubre de 2012	Grupo Focal Madres Comunitarias	San Cristóbal sur	No
17 de octubre de 2012	Observación reunión regional UNAFAS	ICBF-sede principal	No
22 de noviembre de 2012	Grupo focal madres FAMI (11 madres y coordinadora de Asociación Tolima Progresa)	Espinal-Tolima	Sí
<b>Total</b>			<b>3</b>

## Observaciones

La autorización de acceso se entregó para las horas de la mañana, por lo que la mayoría de observaciones se realizaron en el intervalo de 8 am a 11 am.

Fecha	Lugar	Horas
29 de agosto de 2012	Hogar Comunitario Múltiple Empresarial ICBF-Regional Bogotá	35 minutos
13 de septiembre de 2012	Atención al cliente-Personería Supercade 26-Linda Rodríguez	2 horas
11 de septiembre de 2012	Asociación HCB San Cristóbal norte	1 hora
13 de septiembre de 2012	Hogar Comunitario Múltiple Empresarial ICBF Regional Bogotá	2 horas
25 de septiembre de 2012	Asociación HCB Ciudad Bolívar	6 horas
28 de septiembre de 2012	Asociación HCB Suba	6 horas
17 de octubre de 2012	Asociación HCB San Cristóbal sur	3 horas
20 de noviembre de 2012	Hogar múltiple ICBF Espinal-Tolima	2 horas
21 de noviembre de 2012	Visita domiciliaria madre comunitaria programa FAMI-Ligia Espinoza	5 horas
22 de noviembre de 2012	CDI Espinal-Tolima	2 horas
22 de noviembre de 2012	HCB Espinal-Tolima	2 horas
<b>Total</b>		<b>31h 35min</b>

## ANEXO 2. NOTICIAS SOBRE HOGARES COMUNITARIOS Y MADRES COMUNITARIAS DEL ICBF (2011-2013)

Fecha	Título	Medio	Link
22 de febrero de 2011	La primera política. Ayer, el presidente Juan Manuel Santos lanzó en la Casa de Nariño la política para la primera infancia de su gobierno. Esta estrategia de atención a la niñez, bautizada "De cero a siempre", destinará a los más pequeños unos 5,6 billones en cuatro años	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/">http://www.eltiempo.com/archivo/</a>
24 de febrero de 2011	Santos inaugura moderno jardín social en zona deprimida cartagenera	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8923122">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8923122</a>
5 de julio de 2011	ICBF: beneficios y resultados de impacto familiar	<i>Portafolio</i>	<a href="http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4662641">http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4662641</a>
21 de septiembre de 2011	Respuesta del ICBF sobre el informe de la Contraloría	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10404784">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10404784</a>
21 de octubre de 2011	Petro capacitará a madres comunitarias	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4911017">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4911017</a>
3 de noviembre de 2011	Madres comunitarias tendrán riesgos profesionales	<i>Portafolio</i>	<a href="http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4940685">http://www.portafolio.co/detalle_archivo/MAM-4940685</a>
16 de noviembre de 2011	Sanear el ICBF, tarea urgente	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4966092">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4966092</a>
31 de enero de 2012	Carolina Isakson de Barco, pionera del programa "Madres comunitarias"	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11033082">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11033082</a>
10 de abril de 2012	ICBF garantiza atención alimentaria	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11530042">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11530042</a>
7 de mayo de 2012	Madres comunitarias van a paro indefinido	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5402777">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5402777</a>
8 de mayo de 2012	Madres comunitarias rechazaron reforma	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5406083">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5406083</a>

9 de mayo de 2012	Madres comunitarias levantan paro	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5408291">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-5408291</a>
27 de agosto de 2012	Hogares comunitarios pagarán servicios públicos con tarifas de estrato uno	<i>El Espectador</i>	<a href="http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hogares-comunitarios-pagaran-servicios-publicos-tarifas-articulo-370362">http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hogares-comunitarios-pagaran-servicios-publicos-tarifas-articulo-370362</a>
11 de septiembre de 2012	Tres mil madres comunitarias tendrán renta vitalicia	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12210341">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12210341</a>
14 de septiembre de 2012	Salario de madres comunitarias costará \$700.000 millones	<i>Portafolio</i>	<a href="http://www.portafolio.co/detalle_archivo/DR-63307">http://www.portafolio.co/detalle_archivo/DR-63307</a>
14 de septiembre de 2012	Corte ordena que madre comunitaria con VIH sea reintegrada a su labor	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12221183">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12221183</a>
9 de noviembre de 2012	77.000 madres comunitarias recibirán lo equivalente al mínimo	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12369699">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12369699</a>
10 de noviembre de 2012	Madres del ICBF recibirán el equivalente al mínimo	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12370570">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12370570</a>
23 de febrero de 2013	Madres comunitarias del Eje Cafetero se graduaron "De cero a siempre"	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12614001">http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12614001</a>
2 de abril de 2013	Gobierno crea subsidio para madres comunitarias en edad de pensión	Ministerio de Trabajo	<a href="http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2013/1690-gobierno-crea-subsidio-para-madres-comunitarias-en-edad-de-pension.html">http://www.mintrabajo.gov.co/abril-2013/1690-gobierno-crea-subsidio-para-madres-comunitarias-en-edad-de-pension.html</a>
15 de junio de 2013	Madres comunitarias recibirán bonificación equivalente al salario mínimo	<i>El Espectador</i>	<a href="http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-428068-madres-comunitarias-recibiran-bonificacion-equivalente-al-salari">http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-428068-madres-comunitarias-recibiran-bonificacion-equivalente-al-salari</a>
26 de agosto de 2013	Protestas de madres comunitarias contra el ICBF, en Villavicencio	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/colombia/llano/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13014687.html">http://www.eltiempo.com/colombia/llano/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13014687.html</a>
26 de agosto de 2013	Más de 50.000 madres comunitarias y sustitutas entran a paro indefinido	Caracol Radio	<a href="http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/mas-de-50000-madres-comunitarias-y-sustitutas-entran-a-paro-indefinido/20130826/nota/1957600.aspx">http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/mas-de-50000-madres-comunitarias-y-sustitutas-entran-a-paro-indefinido/20130826/nota/1957600.aspx</a>

26 de agosto de 2013	Las madres comunitarias protestan y se unen al paro nacional	<i>El Universal</i>	<a href="http://www.eluniversal.com.co/cartagena/las-madres-comunitarias-protestan-y-se-unen-al-paro-nacional-132489#sthash.dfKnpt5z.dpuf">http://www.eluniversal.com.co/cartagena/las-madres-comunitarias-protestan-y-se-unen-al-paro-nacional-132489#sthash.dfKnpt5z.dpuf</a>
27 de agosto de 2013	Madres comunitarias del país siguen en paro	<i>El Tiempo</i>	<a href="http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13020864.html">http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-13020864.html</a>
27 de agosto de 2013	Madres del ICBF, inconformes	<i>El Mundo</i>	<a href="http://www.elmundo.com/portal/noticias/poblacion/madres_del_icbf_inconformes.php">http://www.elmundo.com/portal/noticias/poblacion/madres_del_icbf_inconformes.php</a>

### **ANEXO 3. SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO**

Se analizaron las siguientes sentencias del Consejo de Estado:

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 31 de julio de 1996. MP Carlos Orjuela. Se resuelve una acción de nulidad impetrada contra los actos administrativos que niegan el registro sindical, de un sindicato conformado por los trabajadores de los hogares comunitarios.
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 28 de noviembre de 1996. MP Javier Díaz Bueno. Se resuelve una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra una decisión del ICBF de revocar del cargo a una funcionaria que actuó con injurias contra las madres comunitarias que tenía a su cargo.
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 1998. MP Juan de Dios Montes. Se resuelve el recurso de apelación de una acción de reparación directa. La acción tiene que ver con una falla en el servicio de uno de los hogares comunitarios del ICBF, que ocasionó la muerte de un menor que ahí recibía servicios.
4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. MP María Elena Giraldo. Se resuelve la apelación de una sentencia de acción de reparación directa. La acción se sustenta en la pretensión de responsabilidad patrimonial del ICBF, por un accidente de tránsito, en donde un dependiente del ICBF le causó daños al demandante.
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2010. MP Gladys Agudelo. Se resuelve acción de reparación directa fundamentada en una falla del servicio de un hogar sustituto del ICBF. Se alega que dos menores de edad que fueron llevados a dicho hogar fueron víctimas de violencia sexual.
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Sentencia del 9 de diciembre de 2010. MP Gerardo Arenas Monsalve. Se resuelve una tutela contra una sentencia de acción de reparación directa, en donde el tribunal resuelve en contra de la accionante. La acción tiene que ver con una falla en el servicio de los hogares comunitarios del ICBF, que le ocasionó daños a un menor que ahí recibía servicios.
7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2011. MP Enrique Gil Botero. Se resuelve una acción de reparación directa. Esta se funda-

menta en una falla en el servicio de los hogares comunitarios del ICBF, que le ocasionó daños graves a un menor que ahí recibía servicios.

8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, subsección A. Sentencia de 23 de junio de 2011. MP Mauricio Fajardo. Se resuelve acción de reparación directa. Esta se fundamenta en una falla en el servicio de un hogar sustituto del ICBF, que ocasiona la desnutrición de un niño que recibía los servicios de aquel hogar.
9. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. MP Olga Mélida Valle. Se resuelve recurso de apelación contra una sentencia de reparación directa contra el ICBF. La acción se fundamenta en la muerte de un menor de edad, quien estando bajo el cuidado de un hogar comunitario, es atropellado.
10. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera, subsección C. Sentencia del 5 de julio de 2012. MP Olga Melida Valle. Se resuelve acción de reparación directa. Esta se fundamenta en una falla en el servicio por parte de uno de los hogares comunitarios del ICBF, que ocasionó la muerte de un menor que ahí recibía servicios.

## **ANEXO 4. PROGRAMAS DE CUIDADO INFANTIL EN LATINOMÉRICA Y NORTEAMÉRICA**

### **Programa de hogares comunitarios en Guatemala**

Política pública impulsada por el gobierno, que se basa en la colaboración y participación, organizada entre las instituciones del gobierno y los miembros de la comunidad, para atender a los niños que, por su estatus socio económico, se encuentran en estado de indefensión.

El programa de hogares comunitarios está dirigido prioritariamente a los niños de escasos recursos, menores de seis años. Por medio del programa se busca facilitar su sano desarrollo. Principalmente se prestan servicios de estimulación temprana, salud preventiva, protección, formación de valores y hábitos. Adicionalmente, con este programa también se busca apoyar a la mujer trabajadora, de manera que con su desempeño laboral consiga traer más ingresos económicos a su familia.

El programa se llama Hogares y Multi-hogares de Cuidado Diario y está a cargo de la Secretaría de Obras Sociales, con la esposa del presidente de la República a la cabeza. Los hogares funcionan a través de la designación de un espacio físico dentro de una familia, en comunidades urbanas y rurales marginales. El programa tiene presencia en 196 municipios, de los 22 departamentos de Guatemala. Atienden en dos modalidades: hogares comunitarios y centros de atención integral. En promedio se atienden 13.496 niños, brindado así la oportunidad a, aproximadamente, 8.995 madres para que realicen actividades generadoras de ingresos.

Los hogares son atendidos por una madre, denominada madre cuidadora, que presta el servicio doce horas diarias, a máximo diez niños. La madre es asistida por un voluntario juvenil y un orientador, además, recibe el apoyo de una maestra de primaria, con el objetivo de darle un componente educativo a los hogares. La madre cuidadora recibe una capacitación para poder atender adecuadamente a los niños.

Los niños que pueden asistir a los hogares deben ser hijos de madres trabajadoras de la comunidad. Los componentes de la atención que se brinda a los niños en los hogares son los siguientes: cuidado y resguardo; alimentación y nutrición; salud preventiva y curativa; y educación inicial (Nutrinet.org, n.d.).

### **Centros de desarrollo infantil en Argentina**

De acuerdo con el artículo segundo de la Ley 26.233 de 2007, un centro de desarrollo infantil es un espacio de atención integral de niños de hasta cuatro años de edad. En estos centros se realizan acciones para instalar, en los ámbitos familiar y comunitario, capacidades que favorezcan la promoción y protección de los derechos de los niños.

En Argentina, los centros de desarrollo infantil no dependen exclusivamente de la financiación del estado, estos pueden existir a partir de la gestión de entidades privadas. En esta medida, lo que hace la legislación argentina es establecer un marco de regulación mínima, al cual deben ajustarse todos los centros de desarrollo infantil, sean públicos o privados. La ley encargada de establecer la regulación es la Ley 26.233 de 2007, también el Decreto Nacional 1202 de 2008. En estas normas se establece que la autoridad encargada de regular el tema es la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, la cual depende del Ministerio de Desarrollo Social.

Sin embargo, sí existe un programa relacionado con los centros de desarrollo infantil que es gestado desde el gobierno. Este cuenta con el apoyo de la Unicef y con el respaldo económico del estado y de otras agencias internacionales. Se llama Plan Nacional de Acción a Favor de la Madre y el Niño, cuyo objetivo es conseguir un cabal desarrollo de los niños, desde la gestación hasta la adolescencia.

Hay prioridad en prestar los servicios en áreas en donde predomine la pobreza, de manera que sea posible garantizar, en cierta medida, la satisfacción de las necesidades básicas de las familias residentes en esas zonas. Las áreas de trabajo que desarrolla el Plan Nacional de Acción a Favor de la Madre y el Niño son: nutrición, salud materna, salud integral del niño y adolescente (Organización de Estados Iberoamericanos, n.d.-a).

### **Sistemas de cuidado infantil en México**

En México, el ente gubernamental encargado del desarrollo de sistemas de cuidado infantil es la Secretaría de Desarrollo Social o Sedesol, que ha lanzado un programa de estancias infantiles para madres trabajadoras.

Según Sedesol, las estancias infantiles a su cargo son espacios dedicados al cuidado y atención infantil; estas son operadas por personas capacitadas por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional) y el mismo Sedesol.

Las estancias están abiertas al público, pero su atención prioritaria es para las madres trabajadoras cabeza de familia, y sin acceso a la seguridad social.

Principalmente existen para brindar soporte a hogares con madres trabajadoras, que tengan por lo menos un niño entre uno y cuatro años edad, o hasta cinco años en casos de menores con alguna discapacidad. Adicionalmente, es un requisito, para que exista atención prioritaria, que los ingresos per cápita de la familia del menor no sobrepasen la llamada Línea de Bienestar, y que, además, no tengan acceso a servicios de cuidado infantil por medio de instituciones públicas.

Con las estancias infantiles se tiene como propósito, por un lado, mejorar la calidad de vida de los niños que viven en condiciones de pobreza,

y, por el otro, fomentar el desarrollo, facilitando la incorporación de las mujeres en el mercado laboral (Juárez Hernández, 2003).

Las estancias infantiles funcionan a partir de subsidios estatales: el estado le otorga un monto fijo a las organizaciones sociales o individuos para que adapten sus espacios para el funcionamiento de las estancias. Generalmente son mujeres que ofrecen sus hogares para prestar los servicios. Adicionalmente se paga también un subsidio por niño atendido. Este subsidio se divide entre el estado y las familias beneficiarias; el porcentaje es 65% para el estado y 35% para los hogares (Secretaría de Desarrollo Social, n.d.).

### **Fundación Integra en Chile**

Integra es una fundación privada que se encarga de atender y educar a niños menores de seis años, que viven en situación de pobreza. Es de carácter nacional, lo que le permite tener presencia en los barrios populares, tanto de zonas urbanas como rurales, de manera que haya provisión de cuidado, educación y alimentación para la infancia que vive en condiciones de pobreza.

Su servicio se caracteriza por organizar y utilizar los recursos de la misma comunidad, y ponerlos al servicio de los niños. La fundación se encarga de potenciar la participación de la comunidad proporcionando profesionales que se encarguen de planificar y supervisar el cuidado y educación de los niños.

Integra está presidida por la esposa del presidente de la República. Los recursos de la fundación provienen de aportes del estado, las municipalidades, la comunidad, las empresas y diversos organismos internacionales. En promedio, Integra atiende a 60.000 niños chilenos, en 775 establecimientos, que se encuentran ubicados a en todas las comunas del país. La atención de cuidado a menores que presta la fundación en sus establecimientos tiene un horario que va de 8:30 am a 4:30 pm. No obstante, si se trata de madres trabajadoras, el horario se extiende hasta las 7:30 pm. El servicio de alimentación cubre el 70% de las necesidades calóricas que requieren los niños; se les brinda desayuno, almuerzo, onces y, para los que se quedan en horario extendido, una comida adicional (Fundación Integra, n.d.).

### **Programa de Atención a la Población Infantil (PAPI) en Brasil**

El Programa de Atención a la Población Infantil se crea en un contexto en el que la pobreza que flagela la población infantil es cada vez mayor. A través de este programa se crean jardines comunitarios para atender a los niños desamparados, buscando establecer un espacio en el cual sea posible garantizar sus derechos.

En los jardines comunitarios se atienden niños menores de seis años, con el fin de contribuir a su crecimiento físico, intelectual, afectivo y social. De esta manera, el enfoque de los jardines se basa principalmente en ofrecer una orientación pedagógica, promoción del desarrollo, nutrición y salud. El programa tiene cobertura nacional, tanto en zonas rurales como urbanas. Se cumple con un horario de atención de cuatro horas mínimas. A los niños se les dan alimentos de acuerdo con el tiempo que pasan en el jardín, por ejemplo, si permanecen cuatro horas reciben desayuno, refrigerio y almuerzo.

Los responsables de los niños dentro del jardín se llaman monitores, ellos se encargan del cuidado del niño y ejercen un control sobre su crecimiento y desarrollo. Cada monitor es responsable del cuidado de hasta veinte niños.

Los jardines funcionan con una participación colaborativa entre comunidad y estado. El estado, en todo caso, está comprometido con las construcciones locativas necesarias para el establecimiento del jardín, así como con el equipamiento y manutención. También se encarga de la asistencia administrativa y educacional.

La Unicef patrocina el programa de jardines comunitarios, aportando apoyo técnico y financiero. Adicionalmente, las familias beneficiadas hacen un pequeño aporte dependiendo del tiempo de permanencia de sus niños en el jardín. El programa ocasionalmente recibe recursos de fondos internacionales (Organización de Estados Iberoamericanos, n.d.-b).

### **Programa nacional WAWA WASI en Perú**

El término WAWA WASI proviene del lenguaje quechua y significa casa de niñas y niños. En efecto, se trata de un programa social patrocinado por el estado peruano que busca dar un servicio, durante el día, a niños menores de cuatro años. Se trata de hogares en donde son recibidos los menores, especialmente de poblaciones vulnerables, para que puedan recibir cuidado, estimulación temprana, alimentación y educación (Municipalidad Provincial de Sullana, n.d.).

Para que se pueda crear un WAWA WASI es necesario que la comunidad se organice en comités de gestión, conformados por representantes que elige la comunidad. Estos comités son los encargados tanto de gestionar la apertura de los hogares, como de conseguir sus recursos.

Los hogares están a cargo de una madre de la comunidad, quien es la encargada de brindar atención integral a los niños entre los seis meses y tres años de edad. Desde 1996, el programa está a cargo del Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH).

La financiación del programa resulta de un trabajo conjunto de varios actores. Por un lado, los aportes de las familias usuarias del programa,

que deben ser lo más bajos posible, de manera que estas familias, que viven en extrema pobreza, no se vean perjudicadas; están también los dineros que recolecten los comités de gestión y el dinero entregado por el estado, el cual abarca más de la mitad de la financiación de los programas. Adicionalmente, el Banco Interamericano de Desarrollo apoya el programa por medio de una cooperación técnica, que no es reembolsable.

Dentro de las casas para niños y niñas se busca satisfacer las necesidades básicas para su desarrollo. Esto involucra nutrición, salud, protección y afecto. En cuanto a la nutrición, se vela porque los niños lleven una dieta balanceada, que cubra por lo menos el 70% de los requerimientos calóricos y 100% de los proteicos. En cuanto a la salud, se trabaja para llevar un control estricto de vacunas y, además, una evaluación de crecimiento y desarrollo. La protección y afecto viene dada por la madre de familia encargada, quien está capacitada para atender a los niños mientras sus padres trabajan (Organización de Estados Iberoamericanos, n.d.-c).

### **Hogares Comunitarios de Bienestar Familiar (Colombia)**

Los HCB son una modalidad de atención orientada a niños o niñas menores de seis años de edad, donde se les brinda atención integral en afecto, nutrición, salud, protección y desarrollo psicosocial.

Los hogares funcionan con el trabajo conjunto del estado y la comunidad. El ICBF es el ente estatal encargado de regular el desarrollo de los hogares y los miembros de la comunidad son representados a través de una asociación de padres.

El ICBF proporciona un presupuesto para que con este se cubra alimentación, dotación y adecuación del espacio que servirá como locación del hogar. Adicionalmente, establece los parámetros para la escogencia de la madre encargada del hogar. La asociación de padres se encarga de administrar los recursos.

La financiación del programa no depende solo del ICBF, existen otras instituciones que aportan en esta tarea. El sector empresarial, los sindicatos, las organizaciones no gubernamentales y la comunidad también juegan un papel importante. El ICBF solo financia hasta un 47% del total de programa. Un 3% proviene de la nómina que pagan las entidades públicas y privadas. Los usuarios de los hogares deben pagar un 25% del jornal mínimo por cada niño. Adicionalmente, también existe un apoyo técnico por parte de la Unicef y el SENA.

Dentro de los hogares comunitarios, las encargadas de velar por el bienestar de los niños son las madres comunitarias, ellas obtienen una remuneración de un poco más de medio salario mínimo por sus labores. Por cada madre en el hogar se puede atender un máximo de quince niños. En promedio, un niño es atendido en el hogar durante ocho horas diarias.

Los hogares comunitarios de bienestar están concebidos para atender niños menores de seis años. Dentro de los hogares, las madres comunitarias prestarán servicios, durante cinco días a la semana, de cariño, protección, alimentación y pedagogía, con el fin de que los niños puedan crecer sanos y felices (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, n.d.).

### **Programa Head Start en Estados Unidos**

El programa Head Start, además de ser un programa de cuidado infantil implementado en la mayoría de estados de Estados Unidos, también funciona como un programa marco, que sirve de guía para la implementación de programas de cuidado infantil en todo el mundo.

En Estados Unidos es una política federal encargada de promover la educación de los niños de familias que tienen bajos ingresos, por medio del desarrollo cognitivo, social y emocional (U.S. Department of Health & Human Services, n.d.). Con Head Start se pretende compensar las desventajas que puedan tener los niños provenientes de estas familias, con respecto a sus pares de estratos altos (Bergmann, 1999).

El programa funciona mediante subvenciones que el gobierno otorga a entidades públicas o privadas, para que estas se encarguen de brindar los servicios integrales para el desarrollo infantil. A través de estas entidades, bien sea en centros, en el hogar o de manera mixta, se da a los niños y a sus familias servicios de nutrición, salud y educación. De igual forma, el gobierno federal realiza evaluaciones periódicas para asegurarse de que los programas cumplan con los estándares mínimos de calidad (Martínez Bordón *et al.*, 2012).

